

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

**LEGITIMIDADE ATIVA INDIVIDUAL NO DIREITO
PROCESSUAL COLETIVO: O PROBLEMA DE SUA AMPLIAÇÃO
COMO CANAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E CONSEQÜENTE
EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

FELIPE D' OLIVEIRA VILA NOVA

RECIFE

2010

FELIPE D' OLIVEIRA VILA NOVA

**LEGITIMIDADE ATIVA INDIVIDUAL NO DIREITO
PROCESSUAL COLETIVO: O PROBLEMA DE SUA AMPLIAÇÃO
COMO CANAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E CONSEQÜENTE
EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação Final apresentada
como critério de conclusão do
curso de Mestrado em Direito
pela Universidade Católica de
Pernambuco sob a orientação
do Prof. Dr. Gustavo Ferreira
Santos.

RECIFE

2010

V6951

Vila Nova, Felipe D'Oliveira

Legitimidade ativa individual no direito processual coletivo : o problema de sua ampliação como canal de participação popular e conseqüente efetivação do estado democrático de direito / Felipe D' Oliveira Vila Nova ; orientador Gustavo Ferreira Santos, 2010. 219 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2010.

1. Direito processual. 2. Ação coletiva (Processo civil) 3. Cidadania.
I. Título.

CDU 347.9

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**LEGITIMIDADE ATIVA INDIVIDUAL NO DIREITO PROCESSUAL
COLETIVO: O PROBLEMA DE SUA AMPLIAÇÃO COMO CANAL DE
PARTICIPAÇÃO POPULAR E CONSEQUENTE EFETIVAÇÃO DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

FELIPE D'OLIVEIRA VILA NOVA

Dissertação defendida e aprovada em 17/09/2010, pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Gustavo Ferreira Santos, Doutor em Direito
Orientador – Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Sérgio Torres Teixeira, Doutor em Direito
Avaliador Interno (Titular) – Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

João Paulo Allain Teixeira, Doutor em Direito
Avaliador Interno (Titular) – Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Raymundo Juliano Rêgo Feitosa, Doutor em Direito
Avaliador Externo (Titular) – Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

**RECIFE
2010**

A vida, as vezes, se encarrega de conceder-nos a injustiça de encurtar a estadia neste mundo daqueles que amamos e admiramos sem nos possibilitar a chance de dizer o quanto o seu exemplo de vida serviu de inspiração e o quanto foram importantes na nossa caminhada. Este trabalho é dedicado ao estimado amigo e Prof. Dr. Manoel Severo Neto (in memoriam) numa tentativa tardia, mas válida, de expressar singelamente tudo o que eu gostaria de ter-lhe dito após o final de mais esta etapa concluída da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus e amigo Jesus por, mesmo sem eu merecer, estar sempre derramando suas graças sobre minha vida. Essa vitória é antes Dele do que minha.

Aos meus pais, Félix e Fátima, por serem meus melhores amigos e por sempre estarem preocupados com o meu bem-estar; a vocês todo o meu amor expressado nessa singela homenagem.

À minha irmã Marília, por ter dividir comigo o cotidiano e por ser o exemplo de filha, namorada, amiga, profissional, irmã e mulher!

À minha namorada, companheira, amiga, meu amor, Ana Cristina, minha “Aninha”, pelo suporte nos meus projetos e por compreender minhas ausências do seu convívio em virtude de minhas obrigações.

À Faculdade ASCES, por sempre ter acreditado no meu trabalho dando-me a honra de fazer parte do seu seletor corpo docente.

Aos colegas e amados amigos professores: Roberta Cruz, Catarina Oliveira, Edmilson Maciel, Paulo Muniz Lopes, Marileide Rosa, Xisto Valones, Raymundo Juliano, Saulo Miranda, Conceição Valença, Ademário Tavares, José Armando, Roney Lemos, Adilson Ferraz, Émerson Assis, Walber Agra, Bruno Galindo, Alexandre Costa, Carolina Ferraz, Glauber Salomão, Glauco Salomão, Felipe Negreiros, Clarissa Marques, Paula Rocha, Oton Vasconcelos, Agnelo Limeira, João Alfredo Filho, Gleydson Gleber, Luiz Gustavo, George Pessoa, Francisco Glauber, Jan Grunberg, Jean Bezerra, Fernando Andrade, Teresa Tabosa, Adenice Léo, Josélia Ventura, Saulo Amazonas, Marupiraja Ramos, Brasília Guerra, Lindair Araújo, Renata Lima, Waleska Bezerra, Perpétua Dantas, Marcos Jordão, Henrique Andrade, Hodor Flávio, Késia Lyra, Ronaldo Lira e Clodoaldo Batista. A todos vocês, a expressão do meu orgulho pela sincera amizade e ótima convivência nas atividades acadêmicas.

Ao estimado amigo e “chefe” Dr. João Alfredo Beltrão, pela valiosa ajuda dada a mim para que eu pudesse concluir este mestrado e pela confiança depositada neste jovem advogado que, com ele, tem muito ainda a aprender.

Aos meus colegas e estagiários da Procuradoria Jurídica de Caruaru: José Carlos Oliveira, Virna Diniz, Maria Zulaier, Camila Daniele, Gilson Monteiro, Gilvan Florêncio, Gustavo Henrique, Brenno Amazonas, Ércio Tabosa, Carlos Henrique, Alan Ventura e Sávio por toda a ajuda concedida a mim.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	VI
RESUMO	V
RIASSUNTO	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I: DESPONTAMENTO DE UMA VERTENTE AUTONOMA DO DIREITO PROCESSUAL	07
1.1. O QUE SE ENTENDE POR DIREITO PROCESSUAL COLETIVO?	07
1.1.1. À GUISA DE ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS	07
1.1.1.1. Determinando a sua Natureza Jurídica.....	11
1.1.2. APONTAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	14
1.1.2.1. A Evolução do Direito Processual Coletivo no Brasil	18
1.1.3. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	24
1.1.4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	28
CAPÍTULO II: DIREITO PROCESSUAL COLETIVO ANALISADO SOB A ÓTICA DA TEORIA GERAL DO DIREITO E DO PROCESSO	41
2.1. ANÁLISE DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO À LUZ DA INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO	41
2.1.1. PROGRESSO DOCTRINÁRIO QUANTO AO MODO-DE-SER PROCESSUAL	41
2.1.1.1. Aspecto Positivo da Instrumentalidade e sua relação com o Direito Processual Coletivo	44
2.1.2. MICROSSISTEMA PROTETIVO FORMADO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	49
2.1.3. NASCIMENTO DE UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO POSITIVO.....	52

2.1.3.1. Direitos ou Interesses Difusos.....	57
2.1.3.2. Direitos ou Interesses Coletivos <i>Stricto Sensu</i>	61
2.1.3.3. Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos.....	65
2.1.4. A TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO (CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ESPECÍFICA).....	67

CAPÍTULO III: LEGITIMIDADE E COISA JULGADA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO: ASPECTOS PROCESSUAIS PECULIARES74

3.1. SISTEMA DE AFERIÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	74
3.1.1. QUEBRA DE PARADIGMAS CONCEITUAIS NO TOCANTE À LEGITIMIDADE ATIVA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	74
3.1.1.1. Legitimidade Ativa na Ação Civil Pública.....	77
3.1.1.2. Legitimidade Ativa na Ação Popular.....	80
3.1.1.3. Legitimidade Ativa no Mandado de Segurança Coletivo.....	81
3.1.1.4. Natureza Jurídica da Legitimidade no Processo Coletivo.....	85
3.1.2. O REGIME DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	88
3.1.2.1. Existem <i>Terceiros</i> Não Partes no Processo Coletivo?.....	99
3.1.3. LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO COMPARADO.....	104
3.1.3.1. Legitimidade nas Ações Coletivas da Itália.....	106
3.1.3.2. Legitimidade nas Ações Coletivas dos Estados Unidos da América (<i>Class Action</i>).....	109
3.1.4. MUDANÇAS E PROPOSTAS ATUAIS NO QUE TANGE À AMPLIAÇÃO DO ROL DE LEGITIMADOS ATIVOS NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	118
3.1.4.1. Controle Adequado da Representação Individual: Necessidade de Critérios Objetivos e Exemplificativos Para Se Aferir a Legitimidade Individual.....	122
3.1.4.2. Influência da <i>Class Action</i> Norteamericana e o Problema da Adequada Representação (As Críticas de Antonio Gidi).....	128
3.1.4.3. Argumentos Favoráveis à Ampliação do Rol dos Legitimados Individuais Ativos no Direito Processual Coletivo.....	131

CAPÍTULO IV: AMPLIAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO NUMA SOCIEDADE PLURALISTA131

4.1. PLURALISMO CONTEMPORÂNEO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO NUMA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES.....	134
4.1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO NO DEBATE SOBRE OS IDEAIS DE JUSTIÇA TRAVADO ENTRE LIBERAIS, COMUNITÁRIOS E CRÍTICO-DELIBERATIVOS.....	134
4.1.1.1. Caracterização do Pluralismo nas Sociedades Contemporâneas.....	135
4.1.1.2. Acerca da Hermenêutica Constitucional	136
4.1.1.3. Constitucionalismo Comunitário no Brasil	148
4.1.1.4. Direito Processual Coletivo como Instrumento da Soberania Popular	153
4.1.2. PARTICIPAÇÃO COMO SUPERDIREITO À CONSECUÇÃO DE UMA SOCIEDADE ABERTA	161
4.1.2.1. Participação como o Direito dos Direitos na Obra de Jeremy Waldron e sua Direta Relação com a Legitimidade Ativa no Direito Processual Coletivo.....	168
4.1.2.2. Ação Popular como Instrumento Maior de Legitimação do Indivíduo.....	174
4.1.3. AMPLIAÇÃO DO ROL DOS LEGITIMADOS ATIVOS COMO FATOR PROPULSOR À SEDIMENTAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	178
4.1.3.1. Incremento da Cidadania pela Outorga da Legitimação Ativa ao Cidadão para Mover as Ações Coletivas	195
CONCLUSÕES	202
REFERÊNCIAS	207

ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública.

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

CC – Código Civil.

c/c – combinado com.

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CF – Constituição Federal.

CNDC – Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

CNMP – Confederação Nacional do Ministério Público.

CPC – Código de Processo Civil.

CPP – Código de Processo Penal.

CSMP – Conselho Superior do Ministério Público.

DOU – Diário Oficial da União.

EC – Emenda Constitucional.

EUA – Estados Unidos da América.

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

LACP – Lei da Ação Civil Pública.

LAP – Lei da Ação Popular.

LC – Lei Complementar.

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil.

MP – Ministério Público.

MSC – Mandado de Segurança Coletivo.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

ss – seguintes.

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo).

RESUMO

Trabalho científico elaborado no intuito de demonstrar a importância de conceder ao indivíduo legitimização ativa para mover ações coletivas, abordando temas que inserem o leitor na análise crítica do Direito Processual Coletivo, ao mesmo tempo em que permite eficazes compreensões conceituais, como natureza jurídica, princípios, efetividade e instrumentalidade processual, legitimidade ativa nas ações coletivas, Direito Processual Coletivo como instrumento da Soberania Popular e ampliação do rol dos legitimados ativos como forma de fomento à cidadania. No primeiro capítulo estuda-se o conceito de Direito Processual Coletivo, sua natureza jurídica, evolução histórica, bases constitucionais e princípios peculiares. No segundo capítulo, o Direito Processual Coletivo é visto sob o olhar da teoria geral do direito e do processo; estuda-se também a nova classificação do direito positivo e as espécies de direito objeto de tutela. No terceiro capítulo, abordam-se aspectos processuais peculiares do Direito Processual Coletivo, como o regime da coisa julgada e legitimidade ativa; finalizando traremos argumentos favoráveis à ampliação do rol dos legitimados ativos para englobar a legitimidade dos indivíduos e suas conseqüências positivas. No quarto capítulo será feita análise das teorias compreensivas sobre o *fato do pluralismo* nas sociedades contemporâneas; no capítulo será feita abordagem da concretização das políticas públicas pelo Poder Judiciário e como o Direito Processual Coletivo, via participação popular, pode ser útil a este fim. A pesquisa foi realizada com base em livros, artigos especializados e jurisprudência. Após os debates chega-se à conclusão de que o Direito Processual Coletivo é dotado de autonomia; constitui-se meio eficaz para assegurar a participação popular e fomenta a cidadania, resguardando direitos coletivos e concretizando os objetivos do Estado Democrático, transformando a sociedade positivamente.

Palavras-chaves: Legitimidade ativa – Processo Coletivo – Cidadania – Estado Democrático de Direito.

RIASSUNTO

Lavoro scientifico sviluppato al fine di dimostrare l'importanza di dare legittimazione singoli principi attivi per spostare le azioni di classe, su argomenti che rientrano nel lettore in una analisi critica di diritto processuale collettiva, consentendo nel contempo efficace comprensione concettuale, come diritto, principi, l'efficacia e la strumentalità legittimità procedurale attiva in azioni collettive, diritto processuale collettiva come strumento della sovranità popolare e l'espansione del roster di download legittimo come un modo di promuovere la cittadinanza. Il primo capitolo esamina il concetto di diritto processuale Collective, giuridico, storico, base e dei principi costituzionali peculiari. Nel secondo capitolo, il diritto processuale collettiva è visto dalla prospettiva della teoria generale del diritto e di procedura, sta anche esaminando la nuova classificazione del diritto positivo e le specie di diritto oggetto di tutela. Nel terzo capitolo espone su aspetti procedurali proprie al diritto processuale Collective, come il regime del giudicato e la legittimazione attiva; fine porterà argomenti a favore di ampliare le fila dei beni legittimo includere la legittimità degli individui e delle loro conseguenze positive. Nel quarto capitolo sarà un'analisi completa delle teorie circa il fatto del pluralismo nelle società contemporanee, in questo capitolo ci si avvicina l'attuazione delle politiche pubbliche da parte della magistratura e come il diritto processuale collettiva attraverso la partecipazione popolare, può essere utile per questo scopo. La ricerca è stata basata su libri, articoli professionali e giurisprudenza. Dopo la discussione giunge alla conclusione che il diritto processuale collettiva è dotato di autonomia, costituisce un mezzo efficace per garantire la partecipazione popolare e favorisce la cittadinanza, la tutela dei diritti collettivi e la realizzazione degli obiettivi dello Stato democratico, trasformando la società in modo positivo.

Parole-chiave: Legittimazione attiva – Collettiva di Processo – Cittadinanza – Stato di Diritto Democrático.

ABSTRACT

Scientific work done in order to demonstrate the importance of granting the individual its active legitimacy to file class action lawsuits, approaching themes that insert the reader into a critical analysis of Collective Procedural Law, allowing simultaneously efficient conceptual comprehension, as legal status, principles, effectiveness and procedural instrumentality, active legitimacy to file lawsuits, Collective Procedural Law as an instrument of Popular Sovereignty and the magnification of active legitimates list as a way of fostering citizenship. Collective Procedural Law's concept, legal status, historical evolution, constitutional base and peculiar principles will be studied in this first chapter. Collective Procedural Law is analyzed through a legal and procedural general theory in the second chapter; the new classification of positive law and the species of object of protection rights. Collective Procedural Law peculiar procedural aspects, as the judicial stoppel and active legitimacy will be approached in the third chapter, arguments in favor of the magnification of active legitimates list to include individual's legitimacy and positive consequences will be brought to end this chapter. In the fourth chapter, the analysis of comprehensive theories about *pluralism deed* in contemporary societies will be done; in this chapter, will be approached the concretization of public policies by Judiciary and Collective Judicial Power, through popular participation, being useful to this goal. The research was carried based on books, specialized articles and jurisprudence. After the debates, it can be concluded that Collective Procedural Law is full of autonomy; it is a efficient way to assure popular participation and foster citizenship, protecting collective rights and materializing Democratic State's goals, transforming society positively.

Keywords: Active Legitimacy – Collective Procedure – Citizenship – Democratic State.

INTRODUÇÃO

A problemática do presente trabalho se desenvolve em torno de um tema da mais extrema importância para o Direito Processual e dos tempos onde as relações de massa são cada vez mais constantes, os direitos transindividuais. O surgimento desses direitos, oriundos das grandes transformações ocorridas no seio da sociedade desde o início da Revolução Industrial do século XVIII até os dias atuais, passou a requerer uma espécie de tutela mais eficaz e condizente com a sua característica de imprescindibilidade para a harmoniosa vida em sociedade e ao mesmo tempo desprovida dos ideais liberais-individuais que sempre marcaram o direito processual.

Estes direitos, como, por exemplo, o meio ambiente, consumidor, saúde pública, probidade da administração pública etc., ao longo dos séculos que se seguiram, foram ganhando cada vez mais relevância, principalmente com a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, atingindo o seu ponto culminante com a sua inserção em textos constitucionais, bem como nas pautas de discussões de acordos internacionais. Todavia, mesmo com a elevação do *status* destes direitos, os sistemas processuais de ideologia liberal-individual, apresentavam-se, e até hoje se apresentam, como meios deficientes para a efetiva tutela reclamada por eles. É necessário, agora, criar instrumentos processuais diferenciados de tutela, dado o caráter primacial destes direitos considerados transindividuais, os quais não se contentam apenas com uma atuação repressiva do órgão jurisdicional, mas requerem, acima de tudo, uma tutela preventiva.

Trazendo o problema para a nossa realidade, é de fácil percepção a presença de uma cultura individual-liberal na mente dos juristas, nos programas de disciplina das universidades e na maioria das compilações legais do nosso país. Para termos uma ligeira noção do problema, basta voltarmos nossas atenções para a dispersão das leis que tratam da tutela coletiva dos direitos; da mesma forma, voltemos nossos olhos para o ensino jurídico do país e para as produções jurídico-científicas para constatarmos o mesmo problema. A cultura individualista (e por quê não dizer *egoísta*?) que permeia a sociedade – fruto dos resquícios colonialistas e da conseqüente formação cultural patrimonialista que inspirou nossa formação axiológica – é refletida ainda nos moldes e instrumentos de tutela dos novos direitos considerados metaindividuais. Ao longo deste trabalho teremos a oportunidade de observar, dentre outras coisas, que não existe no ordenamento jurídico nacional um “Código de Processo Coletivo”, mas sim, leis dispersas, as quais, uma vez unidas, compõem o que nós chamamos de *microsistema processual protetivo*.

O que mais nos chamou a atenção neste estudo, e com certeza foi um dos fatores de peso na escolha do tema, foi justamente este tratamento outorgado pela doutrina à tutela dos direitos transindividuais, em especial a questão da legitimidade ativa para manejo das ações coletivas. Ora, se vivemos numa sociedade cercada de complexidade, na qual os direitos coletivos – que em sua grande maioria se apresentam como primaciais e constituem um importante pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito –, como conceber e aceitar a idéia de que o cidadão, em muitos casos, fique somente fazendo as vezes de mero espectador quando o próprio Texto Maior alicerça o Estado na cidadania? Afinal de contas, o que se entende por cidadania hoje? Outro fato que nos chamou bastante a atenção foi a edição de anteprojetos de código de processo coletivo da USP (Código Brasileiro de Processos Coletivos, UERJ/Unesa e Ibero-*am*ericano), os quais pretendem sistematizar num único documento todos os institutos processuais para a tutela dos direitos e interesses metaindividuais, institutos estes que procuram se desvencilhar das amarras retardatárias do desenvolvimento da ciência processual e impeditivas de uma eficaz e efetiva preservação daqueles direitos primaciais da sociedade, os “novos” direitos chamados de coletivos *lato sensu*.

Aliado a outras questões, como por exemplo, a falta do mencionado Código de Processo Coletivo, o adjetivo “micro” nos despertou uma inquietação. Ora, em se tratando de direitos indispensáveis a uma perfeita convivência em sociedade e ao mesmo tempo necessários para a boa qualidade de vida dos seres humanos, quais os motivos para não possuímos uma disciplina processual autônoma cientificamente, que conte com uma codificação compacta, a exemplo do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal? Embora a legislação processual hoje existente em matéria de direitos coletivos esteja, na medida do possível, dando conta do recado e esteja à frente de outras, espalhadas pelo mundo, a falta do reconhecimento de uma disciplina processual própria, autônoma – o Direito Processual Coletivo –, contribui, como veremos, para a permanência daquela cultura individual-*liberal*, impregnada como está no direito moderno.

Nesse contexto surge a questão da legitimidade ativa para manejar as indigitadas ações coletivas. A escolha deste instituto como tema central do nosso estudo não foi por acaso. Primeiramente, porque a aferição da legitimidade é a porta de acesso para a prestação jurisdicional; segundo, a legitimidade ativa conferida a alguns entes – e negada ao particular – para ingressar em juízo para a tutela de outros direitos coletivos, que não somente aqueles expressos na Lei da Ação Popular, foi rechaçada pelas disposições dos anteprojetos de código de processo coletivo. Pelos atuais anteprojetos, as figuras da Ação Civil Pública e Ação

Popular saem de cena para dar lugar à *Ação Coletiva*, simplesmente, por meio da qual os particulares podem pedir a tutela jurisdicional estatal a fim de defenderem direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos; e em terceiro lugar, as razões que levam o atual sistema a excluir o particular do manejo das ações coletivas podem, à primeira vista, estar contribuindo para o atrofiamiento do sistema processual coletivo e, por tabela, pode também estar impedindo a concretização da cidadania e consecução dos ideais do Estado Democrático de Direito, haja vista ser o direito processual coletivo um meio idôneo e eficaz de transformação da realidade social, como se verá neste ensaio. Cremos que, depois de reconhecida a almejada autonomia do Direito Processual Coletivo frente ao direito processual civil, ao qual muitos acham que a este esteja vinculado, bem como a outorga de legitimidade ativa ampla ao indivíduo, os direitos objeto de sua tutela serão melhor resguardados e os objetivos a serem atingidos pelo Estado Democrático de Direito serão mais facilmente efetivados.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho consistiu na análise de livros e artigos específicos ao tema e aos demais assuntos correlatos, contando também com o apoio de vários julgados afetos aos institutos processuais do Direito Processual Coletivo.

Relativamente à estrutura de nossa pesquisa, esta foi dividida em quatro capítulos, nos quais trataremos desde os aspectos conceituais do Direito Processual Coletivo até as implicações que esta novel ramificação do direito processual está apta a produzir no mundo do direito, mais especificamente na seara processual e na sociedade.

No primeiro capítulo, seguindo a lógica das pesquisas, começaremos tratando dos aspectos mais elementares e conceituais do Direito Processual Coletivo, como seu conceito, a sua finalidade e sua natureza jurídica. Nesta etapa destacamos duas abordagens feitas, consideradas de extrema relevância para a aferição da autonomia do Direito Processual Coletivo, quais sejam, os seus fundamentos constitucionais, onde teremos a oportunidade de constatar a sua dignidade constitucional e a sua posição na classificação bipartida das normas processuais em *direito processual constitucional* e *direito constitucional processual*; faremos também a análise dos princípios peculiares ao Direito Processual Coletivo. Da mesma forma, faremos uma análise histórica deste novo ramo do direito processual tanto no Brasil quanto no resto do mundo, a fim de que possamos compreender melhor a sua importância para a tutela dos direitos transindividuais. Destaque para as primeiras manifestações deste tipo de tutela nas constituições brasileiras e a luta dos juristas na elaboração do Código de Defesa do Consumidor, o qual traz consigo uma parte processual destinada à tutela destes direitos.

No capítulo seguinte procuraremos demonstrar, mais uma vez, que o Direito Processual Coletivo é ramo autônomo por atender aos escopos da instrumentalidade processual. Nesta oportunidade mostraremos a intrínseca relação do processo coletivo com o aspecto positivo da instrumentalidade. Aqui, também, começaremos a tecer as primeiras considerações acerca da interação existente entre as leis que compõem o chamado *microsistema processual protetivo*, fazendo uma análise dos dispositivos legais que permitem esta mútua integração. Fechando este capítulo, estudaremos a nova ramificação do direito positivo, desfazendo a até então absoluta e clássica dicotomia em direito público e privado. Neste mesmo espaço estudaremos o objeto do Direito Processual Coletivo que são justamente os direitos e interesses coletivos em sentido amplo. Destaque para a colocação do termo “interesse” no mesmo patamar que os direitos subjetivos. Outrossim, um dos pontos mais imprescindíveis e importantes a serem tratados nesta parte do nosso trabalho serão as considerações feitas acerca dos institutos processuais da tutela inibitória. Demonstraremos a eficiência e a importância da tutela inibitória para a efetivação dos direitos coletivos.

No capítulo de número três, nossas preocupações estarão voltadas para os apontamentos dos aspectos processuais peculiares do Direito Processual Coletivo, os quais o distingue da tutela processual individual, principalmente no que tange ao regime da coisa julgada e, obviamente, à legitimidade ativa.

Torna-se imprescindível o estudo, primeiramente, do atual sistema de aferição da legitimidade ativa no Direito Processual Coletivo para que se possa ter uma ligeira compreensão das regras processuais desse instituto, bem como entender os motivos que levaram o legislador ordinário a estabelecê-las. Num segundo momento, fará-se a análise da legitimidade ativa nas três principais ações coletivas do ordenamento jurídico nacional, quais sejam, a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Mandado de Segurança Coletivo; finalizando com o estudo da natureza jurídica da legitimidade ativa, onde se demonstra a divergência doutrinária atual acerca da taxionomia do instituto em comento e suas aplicações.

É de todo oportuno, também, fazer-se um estudo do fenômeno da coisa julgada no Direito Processual Coletivo. É impensável arredar o estudo da legitimidade ativa do regime da coisa julgada nas demandas coletivas, dada a sua interdependência com aquele instituto. Ora, como ter em mente a possibilidade de afetação de um julgado, oriundo de uma demanda coletiva, a uma gama considerável de pessoas e dissociá-la da questão da legitimidade do autor da ação? Particularmente este estudo da *res iudicata* coletiva será de extrema valia quando for feito de forma interligada à questão da legitimidade ativa no direito comparado, principalmente nos Estados Unidos da América onde existem critérios de inclusão (*opt-in*) e

exclusão (*opt-out*) dos representados que constituem o grupo para efeitos da irradiação da autoridade da coisa julgada. Com isso, indaga-se sobre a possibilidade de importação destes critérios para o direito nacional se for admitida a legitimidade individual ampla no Direito Processual Coletivo.

Em virtude do problema da extensão dos efeitos da coisa julgada, torna-se imprescindível o estudo do controle de uma representação adequada do indivíduo para manejar as ações coletivas, caso seja admitido como legitimado ativo, uma vez que agirá em seu nome, tutelando interesses de outrem. Nesta etapa do presente capítulo, analisar-se-á como se poderá desenvolver este controle e como ele é proposto pelos anteprojetos de código de processo coletivo. Também procuraremos demonstrar a influência que estas ações de classe (*class action*) do direito norteamericano exerce no sistema proposto pelos anteprojetos e quais as críticas doutrinárias feitas em razão dessa influência exercida, bem como pela possibilidade de ampliação do rol dos legitimados ativos para abarcar o particular, tendo em vista nossa realidade social. Por fim, procurando fazer um contraponto a essas críticas, colocaremos argumentos doutrinários favoráveis à ampliação do rol dos legitimados ativos para englobar a legitimidade dos indivíduos e suas conseqüências positivas.

No último capítulo será feita uma análise das teorias que compreendem de formas distintas o chamado *fato do pluralismo* nas sociedades contemporâneas. Aqui se estudará as três concepções do pluralismo, quais sejam, a liberal, a comunitarista e a crítica-deliberativa no intuito de justificar a inserção da nossa ordem constitucional na classificação comunitarista. Esta identificação se apresenta como um dos pontos maior relevância para o presente trabalho, pois sendo a Constituição Federal de concepção comunitarista deverá primar pela inserção do indivíduo no debate e processo político comunitário como forma de ampliar o espaço público, e nisto o Direito Processual Coletivo pode ter um relevante papel, uma vez que para a concepção comunitarista deve existir uma abertura à participação por meio de instrumentos processuais-procedimentais dispostos no texto constitucional e na legislação ordinária.

E por falar em abertura constitucional, logo em seguida será abordado o tema proposto por Peter H. Hallerle, o qual defende a tese de que o rol de intérpretes da Constituição não poderá ser cerrado pois quanto mais pluralista for uma sociedade, mais aberta deverá ser a interpretação das normas constitucionais no intuito de conformar as perspectivas, valores e interesses locais ao texto constitucional; este deve espelhar aqueles e vice-versa. Nesse ponto o Direito Processual Coletivo pode assumir um papel não de mero coadjuvante, mas de ator principal em virtude de seu poder de transformar a realidade social. Aqui, indubitavelmente,

pretenderemos responder a estas indagações, quais sejam: é o Direito Processual Coletivo instrumento hábil para se interpretar os valores insculpidos nos direitos por ela assegurados em uma sociedade pluralista? E até que ponto a legitimação individual ativa no Direito Processual Coletivo é valiosa para fomentar essa participação?

Terminando o presente capítulo será feita uma abordagem da concretização das políticas públicas pelo Poder Judiciário, a chamada *Judicialização da Política*. Nesse contexto, o debate girará em torno da possibilidade da ampliação do rol dos legitimados ativos, englobando em especial o particular para manejo de ação coletiva representar um fator impulsionador à consecução dos ideais buscados pelo Estado Democrático de Direito, através da efetivação dos direitos sociais e outros direitos e interesses coletivos *lato sensu*. O Judiciário vem constantemente, nos tempos atuais, controlando cada vez mais a implementação das políticas públicas que redundam na efetivação dos direitos e interesses retromencionados. Nesse diapasão, pode-se imaginar que quanto maior for o rol de legitimados ativos a mover a ação coletiva, na busca de efetivar aqueles direitos massificados, maior será a probabilidade de concretização dos objetivos buscados pela República Federativa do Brasil (Art. 3.º, CF). Sendo assim, cremos que estendendo a legitimidade ativa ao particular além de possibilitar uma efetiva implantação de políticas públicas, estar-se-á fomentando a consecução da cidadania, haja vista ser o conceito deste fundamento da República Federativa do Brasil bem maior e mais significativo do que aquele significado de participação por meio apenas da capacidade eleitoral ativa.

Na parte conclusiva desta dissertação iremos constatar se os nossos objetivos foram alcançados depois de todo o estudo acerca do presente tema, quais sejam, demonstrar que a ampliação do rol dos legitimados ativos para incluir o indivíduo representa um adequado e eficaz canal para participação popular na definição de concretização dos direitos e interesses coletivos em sentido amplo e, conseqüentemente, dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, esperamos dar uma ínfima contribuição que seja para o despertar da necessidade inafastável em outorgarmos maiores atenções a esta temática tão importante para a preservação dos direitos ditos “primaciais” da sociedade.

CAPÍTULO I

DESPONTAMENTO DE UMA VERTENTE AUTONOMA DO DIREITO PROCESSUAL.

1.1. O QUE SE ENTENDE POR DIREITO PROCESSUAL COLETIVO?

1.1.1. À GUIA DE ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS.

A doutrina brasileira ainda não foi capaz de compreender por completo a existência desta nova ramificação do direito processual denominada de *Processo Coletivo*. Como bem assevera Gregório Assagra “a idéia de existência de um *direito processual coletivo* propriamente dito, com princípios e regras próprias” não se encontra totalmente sedimentada.¹

Poucas são as obras jurídicas que ostentam este título. Algumas aparecem com a denominação de *Ações Coletivas*, outras utilizam *Demandas Coletivas* etc., mas, conforme veremos em capítulo mais à frente, terminologias como, v.g., *Ações Coletivas*, são imprestáveis para se definir com exatidão o objeto de estudo do direito processual que ora analisamos.

Acreditamos que esta ausência de obras doutrinárias acerca do tema em comento, seja fruto da forma como o nosso ordenamento jurídico trata da defesa dos interesses e direitos transindividuais. Por exemplo: a legislação processual penal, assim como a legislação processual civil, possui sua própria codificação, tendo apenas um número muito reduzido de normas dispersas destas e com assento na legislação esparsa. Como teremos a oportunidade de estudar mais adiante, o processo coletivo é regulado, basicamente, por duas leis, as quais não têm caráter eminentemente processual. Estamos falando do CDC e da LACP – Leis 8.078/90 e 7.347/85, respectivamente.

Tais legislações constituem o que chamamos de “microsistemas protetivos” que, pela definição de José Geraldo Brito Filomeno são aqueles que contêm:

- a) princípios que lhe são peculiares...;
- b) por ser interdisciplinar (isto é, por relacionar-se com inúmeros ramos de direito, como constitucional, civil, penal, processual penal, administrativo etc.);
- c) por ser também multidisciplinar (isto é, por conter em seu bojo normas de caráter também variado, de cunho civil, processual civil, processual penal, administrativo etc.)².

¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15.

² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. Pp. 31-32.

O simples fato, portanto, de não haver um “Código de Processo Coletivo”, ao nosso ver, constitui um óbice ao reconhecimento da autonomia metodológica desta nova espécie do direito processual.

Ao contrário do que se pode pensar, ao termos o primeiro contato com esta disciplina, a unidade do direito processual permanece intacta, não sendo violada em nenhum momento, pois, como veremos em momento oportuno, este ramo do direito pertence ao *direito processual constitucional* como bem assevera Gregório Assagra:

Não se quer negar, com essa assertiva, a existência de uma teoria geral do processo e, por assim dizer, a *unidade do direito processual*, até porque a teoria geral do processo tem fundamento no *direito constitucional processual*. O *direito processual coletivo* está enquadrado no *direito processual constitucional*, e poderá tutelar matéria penal e não-penal. Em se tratando de *direito individual*, aplica-se o direito processual penal ou o direito processual civil, e em se tratando de *direito coletivo* ou de *interesse coletivo objetivo legítimo*, aplica-se-lá o *direito processual coletivo*³. (Destques do autor)

Por ter método próprio, este novo ramo do direito processual erige-se a essa qualidade. A composição do seu método é resultado da reunião de nove elementos, acrescentados a mais um que constitui seu elemento primordial, qual seja, a busca incessante pela justiça. Estes nove elementos, segundo a classificação de Gregório Assagra, são: o técnico, o jurídico, o sistemático-teleológico, o político, o econômico, o histórico, o ético e o social.⁴ Fazendo uma rápida análise de alguns destes elementos, à luz da obra de Gregório Assagra, podemos dizer que o Direito Processual Coletivo tem a necessidade de abarcar técnicas processuais adequadas à tutela dos interesses supraindividuais (*elemento técnico*), bem como de ser estudado como um sistema dotado de regramento constitucionais e infraconstitucionais próprios (*elemento sistemático-teleológico*); deve também levar em conta a evolução do meio social, quando está a procura de um aperfeiçoamento de seus institutos (*elemento histórico*). Outro elemento do seu método traduz-se na obrigação de assegurar o máximo de garantia social sem ter que sacrificar demasiadamente direitos individuais e sociais (*elemento político*) etc.⁵

³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17.

⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22.

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. Pp. 23-24.

Em relação ao *elemento econômico* será objeto de capítulo próprio (Cap. IV, N.º 02), pois no nosso ponto de vista, trata-se de elemento de extrema relevância para o momento atual por que passa a prestação jurisdicional brasileira, a qual vem sendo assolada pela sua descomunal morosidade.

Mas, continuando o conceito do Direito Processual Coletivo, este novo ramo do direito processual é tido como conseqüência do fenômeno da massificação das relações jurídicas e fáticas. A complexidade da sociedade contemporânea, somada às crescentes relações internacionais próprias da era da globalização, constitui fator de peso para o surgimento da tutela processual coletiva.

O ser humano é, por natureza, tendente à formação de grupos. Todos nós já escutamos o famoso brocardo de que “o homem é um ser social”. Aristóteles, por sua vez, nos primórdios da civilização já afirmava: “(...) o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade, e aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstância, deixa de participar de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem”.⁶

Em outras palavras, o ser humano sempre buscou a formação de um grupo para poder atingir a consecução de suas necessidades, bem como para se proteger, atitude esta que o faz renunciar a muitos de seus interesses individuais em prol da coletividade, conforme nos mostra Rodolfo de Camargo Mancuso: “É curioso observar que o indivíduo buscou o grupo como forma de melhor assegurar sua realização pessoal, como também, para se proteger”.⁷

Em razão desta renúncia por parte dos indivíduos que compõem a sociedade surgiram o que conhecemos hoje por interesses ou direito difusos, coletivos e individuais homogêneos (direitos coletivos *lato sensu*), os quais constituem o objeto jurídico do Direito Processual Coletivo. Em momento oportuno analisaremos mais detalhadamente estes conceitos, mas, desde já, na intenção de nos situarmos mais confortavelmente sobre o tema, podemos definir os direitos ou interesses direitos coletivos *lato sensu* como aqueles não pertencentes a um indivíduo isolado, ou seja, o titular de um direito divisível cujo titular é uma pessoa individualmente considerada e plenamente identificada.

Kazuo Watanabe define bem a diferença entre os interesses de ordem sociais e particulares. Para ele, os *interesses de massa*, como chama os interesses sociais, “não mais se

⁶ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 14.

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 36.

trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objetivo comum e indivisível”.⁸

Após a análise de todos esses conceitos e de toda essa evolução por que passou o direito nos últimos tempos, a conclusão por nós atingida é a de não mais se conceber um sistema processual unicamente pautado nos ideais individuais liberais que marcaram as codificações desde o século XIX, haja vista o surgimento de direitos os quais estão além das pretensões individuais, impossibilitando dessa forma uma estrita aplicação dos “institutos ortodoxos do direito processual civil”, como os chama Nelson Nery Jr., para a tutela destes direitos e interesses transindividuais.⁹ A herança trazida pelos ideais revolucionários do século XVIII fincou-se de tal modo no tempo que, no atual Estado Contemporâneo estes valores ainda permanecem muito latentes. Dalmo Dallari nesta mesma linha de raciocínio escreve o seguinte:

A necessidade de eliminar o absolutismo dos monarcas, que sufocava a liberdade dos indivíduos, mantinha em situação de privilégio uma nobreza ociosa e negava segurança e estímulo às atividades econômicas, levou a uma concepção individualista da sociedade e do Estado.¹⁰

Este mesmo jurista classifica este fenômeno como “a crise do Estado contemporâneo”. Não é por menos, pois não estamos diante de uma evolução axiológica do atual modelo de Estado. O direito, neste ponto, permaneceu hibernando durante estes três últimos séculos, que apesar de ter sido passível de muitas alterações no campo material, em pouca coisa evoluiu na seara processual, mais precisamente no que tange à tutela de interesses transindividuais. Embora nas últimas décadas a tutela jurisdicional dos direitos e interesses coletivos tenha ganhado corpo, em especial com o advento do CDC, não se faz necessário despende um grande esforço para perceber a presença em nossas grandes codificações, como v.g. o CPC e o CC, a ausência quase que completa de matérias que tratem de interesses não somente restritos a um indivíduo unicamente considerado – fato que se traduz na concepção individualista do Estado e sociedade de Dallari.

Não exitamos, portanto, em dizer que o Direito Processual Coletivo se constitui hoje instrumento para a consecução também dos ideais democráticos, especificamente da

⁸ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 783.

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 21. p. 116.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 300.

preservação da igualdade – valor elevado à categoria de direito constitucional –, que na concepção de José Afonso da Silva “constitui o signo fundamental da democracia”.¹¹

Por fim, o direito moderno, pelos dizeres de Luís Roberto Barroso, vem sofrendo em conseqüência da *progressiva acentuação das exigências de ordem social*, uma espécie de *transmigração* que, segundo ele, caracteriza-se como sendo a necessidade de uma *tutela jurídica para além das situações subjetivas*. Ainda consoante ao seu magistério, os direitos coletivos se traduzem em valores destinados à melhoria da qualidade de vida da sociedade moderna, e, portanto, ensejam medidas processuais que se adaptem ao novo modelo de tutela de interesses das massas.¹²

Eis um grande pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, o Direito Processual Coletivo que em poucas linhas tentamos definir, cujo estudo torna-se imprescindível em tempos onde as relações jurídicas de massa são cada vez mais freqüentes e os contratos têm em uma de suas partes um número considerado de pessoas indeterminadas. Estudar o Direito Processual Coletivo é estar em sintonia com a realidade jurídica do século XXI. Sendo assim, avante!

1.1.1.1. Determinando a sua Natureza Jurídica.

Não poderíamos iniciar esta parte do nosso trabalho sem citar a ocorrência de um verdadeiro embate acadêmico que há tempos atrás perdurou na doutrina acerca da existência de uma teoria geral do direito processual. Muitos negavam a sua unidade, bem como o seu caráter global.

Sabemos que o direito processual, compreendido em seu caráter uno, possui várias ramificações feitas exclusivamente com o fito de atender a critérios didáticos, assim como facilitar a atividade legislativa.¹³ Dentre estas ramificações destacamos as mais conhecidas por todos, quais sejam, o direito processual civil e o direito processual penal.

Ao contrário do que se pode imaginar, o Direito Processual Coletivo não constitui um *braço* do direito processual civil, embora, como observaremos mais adiante, dependa dele quando as legislações que tratam de suas regras forem omissas (aplicação subsidiária).

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 214.

¹² BARROSO, Luís Roberto *Apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 208.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 11.

Ademais, já afirmamos no tópico anterior que a idéia de autonomia do Direito Processual Coletivo – bem como as demais ramificações do direito processual –, não agride a unicidade do direito processual, uma vez que este último é detentor de institutos comuns a todos os seus ramos como, *v.g.*, a jurisdição, o processo e a ação, os quais, pela definição de Alexandre Câmara, constituem a chamada “Trilogia Estrutural do Direito Processual”.¹⁴ Este mesmo autor afirma em sua obra que não há quaisquer diferenças ontológicas entre os diversos ramos do direito processual, uma vez que todos eles visam regulamentar o exercício da função jurisdicional. Em outras palavras, possuem uma finalidade comum a todos eles.¹⁵ Complementando a idéia da unidade do direito processual, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos A. Cintra e Cândido Dinamarco assim dispõem: “Como é uma a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição”.¹⁶

Todavia, os autores negam identidade aos ramos do direito processual, além de classificá-los apenas em direito processual civil e penal. Neste diapasão, O direito Processual Coletivo para estes doutrinadores estaria atrelado a apenas uma, das duas espécies do direito processual, existentes, que neste caso é o direito processual civil:

Obviamente, a unidade fundamental do direito processual não pode levar à falsa idéia da identidade de seus ramos distintos. Conforme a natureza da pretensão sobre a qual incide, o processo será civil ou penal. Processo penal é aquele que apresenta, em um dos seus pólos contrastantes, uma pretensão punitiva do Estado. E civil, por seu turno, é o que não é penal e por meio do qual se resolvem conflitos regulados não só pelo direito privado, como também pelo direito constitucional, administrativo, tributário, trabalhista etc.¹⁷

Somos obrigados a discordar deste magistério por vislumbrarmos a vivência de princípios e regras próprias do Direito Processual Coletivo, embora, muitas vezes, tenhamos que recorrer às regras do direito processual civil para fins de integração da norma.

Também defendemos a autonomia do Direito Processual Coletivo em relação ao direito processual civil por ter o primeiro expressa previsão constitucional, sendo justamente neste ponto onde reside a sua natureza jurídica.

Está o Direito Processual Coletivo classificado como ramo do *direito processual constitucional*, sendo-lhe aplicados todos os princípios constitucionais processuais existentes.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 11.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. Pp. 11-12

¹⁶ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 48.

¹⁷ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 49.

Estes princípios, por sua vez, orientam todas as ramificações oriundas do direito processual, incluindo também o Direito Processual Coletivo, como não poderia deixar de ser.

Nelson Nery Júnior, fazendo referência a Karl Schwab, José Almagro Nosete e Sálvio de Figueiredo Teixeira, estabelece uma classificação didática a fim de podermos compreender com mais facilidade todos os institutos processuais insertos na Lei Maior. Diz este doutrinador que estes institutos são classificados, levando-se em conta sempre a unidade processual, em: *direito constitucional processual* e *direito processual constitucional*, sendo esta categorização, ressalte-se, meramente didática, como ele mesmo define:

Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.¹⁸

Portanto, princípios constitucionais a exemplo do *devido processo legal*, *isonomia*, *inafastabilidade do controle jurisdicional* entre outros, fazem parte daquilo que Nelson Nery Júnior denominou de *direito constitucional processual*, ao passo que institutos como Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, a Ação Popular etc, fazem parte do chamado *direito processual constitucional*, os quais compõem, conforme já foi dito, a *jurisdição constitucional*.

No entanto, a natureza jurídica do Direito Processual Coletivo não se restringe apenas ao caráter constitucional. De acordo com Gregório Assagra, o ramo do Direito Processual em estudo também possui natureza social, pois, segundo suas lições “o Direito Processual Coletivo é instrumento de mobilização e transformação da realidade social. Deve ser concebido como instrumento de realização da paz social”.¹⁹

Finalizando essa parte do nosso estudo, gostaríamos de manifestar nossa favorável opinião acerca da existência de uma terceira categoria do direito processual, a qual vem posicionada ao lado do direito processual civil e do direito processual penal, o Direito Processual Coletivo. Insistimos que, embora existam alguns óbices ao reconhecimento de sua autonomia, tais como a inexistência de um “Código de Processo Coletivo” (já citada nas primeiras linhas deste ensaio), bem como a falta de uma justiça especializada no Brasil, o Direito Processual Coletivo, hoje, é colocado num patamar privilegiado bem ao lado dos dois

¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 21. Pp. 20-21.

¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

maiores ramos do direito processual, haja vista a existência de um “microssistema processual” próprio constituído a partir da interação entre a parte processual do CDC e a LACP, aplicável, ainda, no que couber, ao CPC;²⁰ constituindo igualmente o meio mais hábil, nos tempos atuais, de resguardo a direitos e interesses cuja aplicabilidade vai além da individualidade e que cada vez mais as relações jurídicas das quais são objetos estes direitos, crescem de uma forma bastante célere.

1.2.1. APONTAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.

A história do Direito Processual Coletivo nos remonta, antes de qualquer coisa, aos primórdios da evolução do Direito Romano, de modo que, sem o estudo deste, particularmente no que tange à divisão do Direito em Público e Privado, fica impossível compreendermos a origem embrionária daqueles direitos e interesses massificados que constituem o objeto do Direito Processual Coletivo.

Desde os tempos do Direito Romano existe uma bifurcação do direito positivo de caráter estritamente prático, mas que perdura até hoje. Trata-se da clássica divisão do direito em Público e Privado, a qual, de acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, “era compreensível naquelas priscas eras, onde, efetivamente, os dois únicos pólos de referência eram o indivíduo e o Estado”.²¹

Nunca na doutrina se conseguiu estabelecer um marco divisório, uma cristalina distinção entre estes conceitos que fosse capaz de separá-los conceitualmente de forma plena. Fica difícil estabelecer uma diferenciação entre o Direito Público e o Direito Privado, haja vista um e outro manterem por muitas vezes uma interferência nas suas respectivas áreas, como bem assevera Caio Mário da Silva Pereira:

Não há cogitar, porém, de dois compartimentos herméticos, incomunicáveis, estabelecendo uma separação total e absoluta das normas públicas e das normas privadas. Ao revés, intercomunicam-se com frequência constante, tão assídua que muitas vezes se encontram regras atinentes ao direito público nos complexos legais de direito privado, e, vice-versa, diplomas de natureza privada envolvem inequivocamente preceitos juspublicos.²²

²⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21.

²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 33.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I. p. 11.

Entretanto, foram os romanos os primeiros a enfrentarem o problema conceitual □ distintivo entre as divisões em comento. No Digesto, as palavras de Ulpiano tentavam estabelecer esta diferenciação: “Ius publicum est quod statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem”.²³

No entanto, na sociedade romana – bastante estratificada por sinal –, não se concebia a existência daquilo que Montesquieu chamou de “corpos intermediários”, que constituem novos focos de poder, os quais, como o próprio nome sugere, estariam dispostos entre o que é público e o que é privado,²⁴ ou seja, um meio termo, uma espécie de *check and balances* entre a divisão supramencionada. Embora não existisse na Roma Antiga uma força própria do particular capaz de limitar os poderes estatais (corpos intermediários), todos os bens públicos eram considerados pertencentes à coletividade, aos cidadãos romanos, os quais, como bem define Elival S. Ramos, exerciam um verdadeiro condomínio sobre estes bens, fato que legitimava a qualquer do povo intentar ação para a proteção do bem público²⁵.

Temos aqui a primeira manifestação do Direito Processual Coletivo no tempo por meio de uma *Ação Popular*, tudo isso graças “à falta de uma concepção nítida de personalidade jurídica do Estado”, nos dizeres do mesmo Elival S. Ramos²⁶. Mas, mesmo assim, ainda na Roma Antiga o direito do Estado não poderia ser tolhido para favorecer aos interesses particulares; o que era do Estado era do Estado; o que era do particular era do particular. Essa exatidão conceitual é melhor explicada por Caio Mário:

Se no direito romano aqueles conceitos tinham conteúdo exato era porque o Estado sobrepairava a todos os indivíduos, conservando-se deles destacado e inconfundível, na sua qualidade de ente soberano. Nenhum direito se reconhecia ao súdito contra o Estado.²⁷

Em outras palavras, mesmo havendo apontamentos de uma espécie de ação coletiva no Direito Romano, não estamos seguros ainda para, com convicção, afirmar que o Direito Processual Coletivo surgiu nesta etapa da história ocidental, pois, como já vimos, o particular – leia-se: cidadão romano –, não dispunha de qualquer meio capaz de fazer

²³ Digesto, Livro I, Título I, § 2.º (Direito público é o que corresponde às coisas do Estado; direito privado, o que pertence à utilidade das pessoas). *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I. p. 11.

²⁴ MONTESQUIEU *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 33.

²⁵ RAMOS, Elival S. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38.

²⁶ RAMOS, Elival S. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I. p. 12.

reconhecer um direito seu em detrimento de um direito do Estado.²⁸ Interessante anotar nesta oportunidade que foi também em Roma – através da ação popular – que se vislumbrou os primeiros traços da representação adequada.²⁹

Entretanto, essa regalia do ente estatal oriunda do Direito Romano, começou a ser mitigada durante o período medieval. O crescimento dos chamados “corpos intermediários” ganhou impulso em decorrência do surgimento de instituições que, de certa forma, neutralizaram um pouco o poder do Estado. Duas dessas instituições, as quais julgamos ser as mais importantes para essa mudança, foram, sem sombra de dúvidas, os feudos e as corporações de ofício.

Indiscutivelmente, estas instituições marcam o ponto de partida inicial da massificação das relações da sociedade, fato este que ganhou mais corpo com o advento da Revolução Industrial no século XVIII, tornando-se o marco definitivo da ascensão dos novos direitos sociais. Vejamos o que diz Gregório Assagra a esse respeito:

(...) a Revolução Industrial do século XVIII pode ser considerada a circunstância social que veio dar origem aos movimentos sociais conflitivos em razão da denominada *ascensão das massas*, que se intensificou no decorrer da história, passando a exigir a tutela coletiva desses conflitos massificados.³⁰ (Destques do autor)

A importância deste acontecimento histórico é ímpar para o Direito Processual Coletivo, pois além de trazer a consciência do coletivo, inseriu os interesses das massas (corpos intermediários) entre o Direito Público e o Direito Privado: “Essa nova ‘ordem coletiva’ emergente aparece como o *tertium genus* desse processo, porque representa um ponto intermediário entre o Estado e o indivíduo: menos do que aquele, mais do que este”.³¹

²⁸ Aliás, como bem ressalta Ricardo de Barros Leonel, os escorços históricos servem mais para se compreender com mais clareza as feições atuais dos institutos jurídicos, sem significar a sua gênese absoluta e imaculada: “O proveito do estudo da história não se identifica em ‘filiar’ pura e simplesmente fenômenos ou institutos atuais a outros identificados no passado. Não se pode formular ‘saltos lógicos’, aduzindo que determinadas normas, medidas, providencias ou institutos de hoje sejam pura e simplesmente fruto ou ‘descendentes’ de outros similares verificados na antiguidade. Mas não se deve negligenciar a sabedoria haurida nos estudos e na prática dos antigos.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.)

²⁹ “Outro dado interessante diz respeito à representatividade adequada. Os romanos já tinham a concepção no sentido de que, quando se apresentassem vários cidadãos, postulando ou pretendendo postular em juízo o mesmo interesse por meio da ação popular, preferência deveria ser dada àquele que tivesse melhores condições de promover a defesa do referido interesse, preservando-se a categoria envolvida, particularmente dos membros ausentes.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.)

³⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 42.

³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 34.

Dessa forma, o Direito Processual Coletivo começa a tomar forma de uma tutela, a nosso ver, garantidora da efetividade dos direitos sociais surgidos após toda essa evolução. O Estado, agora, passa a ter o dever de assegurar ao particular direitos que, pela definição de José Afonso da Silva, “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real”.³² Neste sentido, o indivíduo adquire o poder de reivindicar do Estado a prestação desses direitos, hipótese que era impossível de acontecer quando não havia ainda esta obrigação estatal, a exemplo do que acontecia no Direito Romano; da mesma forma não havia a possibilidade de investida contra o ente estatal por parte do cidadão.

Por último, é importante ressaltar que toda essa análise evolutiva percorrida até o presente momento, se constitui na primeira classificação acerca da origem do Direito Processual Coletivo feita por Gregório Assagra e por nós adotada neste trabalho, qual seja, a *origem remota*. Sobre a próxima classificação – origem próxima – passamos a tecer os comentários que se seguem.³³

Em se tratando da origem próxima do Direito processual Coletivo, temos na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a sedimentação dos ideais da tutela jurídica das massas.

O trabalho intitulado de “Acesso à Justiça” teve por finalidade trazer à baila fatos impeditivos ao efetivo acesso a uma ordem jurídica justa, bem como os remédios necessários para supri-los. No entanto, ainda não é chegada a hora de tecermos maiores considerações acerca do acesso à justiça, trabalho este que será melhor destrinchado em capítulo próprio à frente, oportunidade que teremos para estudarmos a fundo este importante movimento de renovação do acesso à justiça em todo o mundo. O importante neste momento é apenas termos a ciência de que foi esta obra – mais precisamente na segunda metade do século passado –, o fator mais importante na busca de uma tutela jurisdicional capaz de proteger interesses e direitos que estavam despontando com toda a força no seio social naquele momento.

Três foram as ondas renovatórias do acesso à justiça visando a efetiva consecução de um único ideal, o acesso a uma ordem jurídica justa. Para nós, no presente momento, só irá interessar a segunda delas, qual seja, a representação dos interesses difusos.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 290.

³³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. Pp. 37/38.

Este movimento renovatório foi legitimado pela fase instrumentalista do século XX, a qual tem como seu maior defensor, aqui no Brasil, Cândido Rangel Dinamarco. Esta atual fase do direito processual rompe com a visão arcaica do processo, o qual pela definição de Alexandre Câmara, “deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material, e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos”.³⁴

Com o surgimento desta teoria, corroborado pelo movimento renovatório do acesso à justiça, temos, portanto, o momento da gênese do Direito Processual Coletivo como uma ramificação do direito processual apto para atender ao fim a que se destina, a proteção dos direitos e interesses supraindividuais, surgidos após a Revolução Industrial e robustecidos graças às mudanças sociais ocorridas, principalmente no século passado, no que tange à massificação de interesses.

Este, portanto, foi o marco inicial para a compreensão do Direito Processual Coletivo como ramo autônomo do direito processual, o qual encontra respaldo na necessidade (cada vez mais crescente) de resguardo dos interesses transindividuais.

1.2.1.1. A Evolução do Direito Processual Coletivo no Brasil.

Chega a ser um pouco complicado quererem relatar quando exatamente o Direito Processual Coletivo surgiu no ordenamento jurídico brasileiro. Há autores, como Gregório Assagra, por exemplo, que fazem uma separação na história do Direito Processual Coletivo dividindo em antes e depois da Lei da Ação Civil Pública. Para o mencionado autor, o Direito Processual Coletivo teve sua gênese após a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública, uma vez que anteriormente ao referido diploma legal não havia no arcabouço legal pátrio um microssistema protetivo dos direitos de massa:

Não há como falar ou pensar em *direito processual coletivo comum*, no Brasil, antes da entrada em vigor da Lei n. 7.347/85, que instituiu a *ação civil pública*. Isso porque não existia em nosso país um microssistema próprio, como existe hoje, de tutela dos direitos de massa.³⁵ (Destaques do autor)

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 10.

³⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 263.

Não comungamos do entendimento de Gregório Assagra, *data maxima venia*, pois antes da edição da LACP existiam instrumentos que, de alguma forma ou de outra, tutelavam direitos que transcendiam a esfera do particular.

É bem verdade que, antes do surgimento da Ação Civil Pública o remédio processual usado para a tutela de direitos de massa era, por excelência, a Ação Popular, a qual comporta apenas um restrito rol de direitos difusos a ser tutelados, como, *v.g.*, patrimônio público, moralidade administrativa etc. Esta ação, por sua vez, só poderia ser usada exclusivamente pelo cidadão, excluindo os chamados “corpos intermediários” da tutela dos interesses transindividuais como nos relata Ada Pellegrini Grinover, citada por Kazuo Watanabe:

Mas a ação popular não tinha condições de cobrir o amplo espectro de tutela dos interesses difusos, nem mesmo pelo que respeitava ao meio ambiente, uma vez que seu exercício ainda permanecia subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva e omissiva do Poder Público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos freqüentemente provinha de ações privadas. Por outro lado, a legitimação, atribuída exclusivamente ao cidadão, excluía os corpos intermediários, mais fortes e preparados do que o indivíduo à luta contra ameaças ou lesões ambientais.³⁶

A Ação Civil Pública veio ampliar o rol de direitos difusos a ser tutelados, bem como a legitimação ativa para a defesa deles, fato este que representou um avanço incontestável da legislação nacional na busca da efetivação dos direitos coletivos.

Todavia, é também incontestável que antes da Lei n.º 7.347/85, havia meios processuais aptos a tutelar direitos inerentes à toda coletividade – a exemplo disso citamos a Ação Popular –, e que estes instrumentos já constituíam, a nosso ver, reflexos do Direito Processual Coletivo no ordenamento jurídico nacional, até porque possuíam, e possuem até hoje, algumas peculiaridades. Portanto, nesta etapa do nosso ensaio, trataremos das mais importantes manifestações legislativas do Direito Processual Coletivo no que concerne à evolução histórica dos institutos que o compõe.

O primeiro reflexo do Direito Processual Coletivo no Brasil foi, sem dúvida, o advento da Ação Popular, introduzida no ordenamento, pela primeira vez, por intermédio da Constituição Federal de 1934, especificamente no seu art. 113. Esta ação permitia ao particular pleitear perante o Judiciário a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público dos entes da federação.³⁷

³⁶ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pp. 784-785.

³⁷ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Ação Popular: Rumo à Efetividade do Processo Coletivo**. 2.ª ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 29.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1937, outorgada por Getúlio Vargas – a famosa “Polaca” –, extinguiu-se a Ação Popular do ordenamento por uma simples razão, qual seja, o novo Estado brasileiro criado tinha como característica a centralização do poder nas mãos do chefe do executivo, não sendo do povo, portanto, o exercício da soberania nacional como a concebemos nos tempos hodiernos. A Ação Popular só iria reaparecer no ordenamento jurídico pátrio após a promulgação da nova Constituição Federal de 18 de setembro de 1946. A partir desta carta constitucional, a Ação Popular figurou em todos os demais textos magnos, permanecendo até os dias atuais.³⁸³⁹

Entretanto, só em 1965 a Ação Popular foi regulamentada, graças à edição da Lei n.º 4.717/65, que a disciplinou por completo. Essa nova lei regulamentadora da Ação Popular, além de trazer novos aprimoramentos ao instituto, alargou ainda mais o conceito de patrimônio público – seu objeto de tutela. A nova lei abarcou ao conceito de patrimônio público os bens e direitos de valor estético, histórico, artístico e paisagístico, bem como os bens e direitos de valor econômico.⁴⁰

Ainda sob a égide da Constituição de 1946 – democrática e garantidora das liberdades de opinião e pensamento –, começou a haver no país uma preocupação quanto à efetiva aplicabilidade destes novos direitos que vinham surgindo na sociedade. Atento a essas mudanças, e percebendo a importância destes direitos serem amplamente resguardados, o Ministério Público, buscando intensificar ainda mais o brilho que lhe é próprio, começa a apeter em atuar na defesa desses direitos transindividuais, o que culminou com a aprovação da Lei n.º 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e da LC 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público), ambas legitimando o Ministério Público a promover a Ação de Responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e também a Ação Civil Pública nos termos da lei⁴¹.

Com o entusiasmo pela aprovação das leis supramencionadas, juristas de renome como Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz resolveram organizar um anteprojeto de lei que já havia sido requerido por José Alberto Weiss de Andrade após um seminário sobre o tema que aconteceu no ano de 1982. Este

³⁸ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História do Brasil**. São Paulo: Scipione, 1997. p. 364.

³⁹ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Ação Popular: Rumo à Efetividade do Processo Coletivo**. 2.ª ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. Pp. 29-30.

⁴⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional**. [Coleção **Temas Atuais de Direito Processual Civil**]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 192.

⁴¹ Pela primeira vez na legislação brasileira era utilizado o termo “Ação Civil Pública”, mais precisamente no art. 3.º, III, da LC 40/81, todavia, sua regulamentação só iria acontecer quatro anos mais tarde. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional**. [Coleção **Temas Atuais de Direito Processual Civil**]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 193.)

trabalho ganhou o aval da Associação Paulista de Magistrados, bem como sugestões de melhoramentos por ninguém menos do que o Barbosa Moreira. Após todas essas críticas, o mencionado anteprojeto foi encaminhado ao então Deputado Federal Flávio Bierrenbach que o apresentou na sua respectiva casa legislativa no ano de 1984 como projeto de lei de n.º 3.034.⁴²

Mas antes disso, ao final do ano de 1983, ocorria em Minas Gerais o XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudo do Ministério Público de São Paulo, onde nesta oportunidade foi colocado à mostra um outro anteprojeto capitaneado por alguns membros daquele órgão. Eram eles: Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior. Nesse novo anteprojeto o que se propunha, principalmente, era a regulamentação do art. 3.º, III, da LC 40/81 (o qual previa, justamente, o uso da Ação Civil Pública), além de trazer consigo sugestões de melhoramentos ao anteprojeto anterior como, *v.g.*, o inquérito civil e a ampliação do objeto da Ação Civil Pública para compreender outros direitos e interesses difusos e coletivos.⁴³

Após intensos debates sobre os dois anteprojeto existentes no referido seminário, a proposta patrocinada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela CNMP foi enviada ao então Ministro Ibrahim Abi-Ackel, o qual encampou-a por ser mais abrangente que a primeira⁴⁴, encaminhado-a logo em seguida ao Presidente da República, na época João Figueiredo, para que por intermédio dele fosse submetida à apreciação do Congresso Nacional. O mencionado anteprojeto foi submetido à Câmara dos Deputados sob o n.º 4.984 e ao Senado sob o n.º 20. Em 24 de julho do ano de 1985 o projeto foi aprovado e transformado na Lei n.º 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública. Todavia, só podemos dizer que o Direito Processual Coletivo no Brasil ganhou o seu maior impulso rumo à efetivação com o advento da Constituição Cidadã de 1988.⁴⁵

A nova ordem jurídica trouxe consigo a proteção jurisdicional dos interesses de massa, mais precisamente nos Arts. 5.º, XXI, LXXIII, LXIX; e 129, III, onde, na oportunidade, foram elevadas à categoria constitucional a Ação Civil Pública e a Ação

⁴² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 194.

⁴³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 335.

⁴⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1308.

⁴⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. [Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil]**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. Pp. 194-195.

Popular, além de ter sido criado mais um remédio para a proteção dos direitos e interesses transindividuais, o Mandado de Segurança Coletivo.

A grande contribuição, no entanto, que adveio com a Constituição de 1988 para a tutela desses novos direitos se deu no campo da Ação Civil Pública, que teve ampliado o seu objeto. Em razão dessa mudança consagrou-se o *Princípio da Não Taxatividade do Objeto Jurídico da Ação Civil Pública*. Inicialmente, ela se prestava apenas à tutela do patrimônio público, social e do meio ambiente. Afora esses bens a Ação Civil Pública não seria meio idôneo de proteção, delimitação esta que teve seu fim decretado com a nova Constituição Federal vigente, uma vez que seu art. 129, III, acrescentou ao rol do objeto da Ação Civil Pública a expressão “(...) e de outros interesses difusos e coletivos”, retirando -lhe dessa forma a taxatividade.⁴⁶ Mas a importância da promulgação da Constituição Federal de 1988 para o Direito Processual Coletivo não se restringe somente a estes fatos até aqui narrados.

Foi de grande importância a previsão constitucional de criação de um *Código de Defesa e Proteção do Consumidor*, a qual deveria se efetivar em cento e vinte dias após a promulgação da nova *Lex Mater* (art. 48, ADCT, CF). Esta previsão viria a coroar de vez a proteção dos interesses transindividuais como veremos a seguir, embora o prazo previsto no texto constitucional para a confecção do novo *codex* não houvesse sido obedecido. É importante ressaltar que, antes mesmo da promulgação da Constituição vigente, as primeiras idéias do Código de Defesa do Consumidor começaram a ser pensadas. O idealizador do revolucionário diploma legal foi o então presidente do CNDC, Flávio Bierrenbach, que, por sua iniciativa, reuniu alguns dos juristas mais especializados no assunto a fim de trabalharem juntos na construção do tão almejado Código. Este grupo era composto pelas seguintes estrelas do direito brasileiro: Ada Pellegrini Grinover (esta na qualidade de coordenadora do anteprojeto), Zelmo Denari, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno e Kazuo Watanabe.⁴⁷⁴⁸

O anteprojeto, fruto do trabalho dos juristas supramencionados, foi enviado ao governo, tendo sido publicado no DOU no dia 04 de janeiro de 1989. Após este ato, vários

⁴⁶ Gregório Assagra, em sua obra sobre o tema, fala que o texto constitucional em comento outorga uma grande abertura para a utilização da Ação Civil Pública, instituindo assim o *Princípio da Não Taxatividade da Ação Civil Pública*. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 337.

⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 335

⁴⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional**. [Coleção **Temas Atuais de Direito Processual Civil**]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 197.

outros projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional tendo como parâmetro o anteprojeto coordenado por Ada Pellegrini. Em decorrência da apresentação desses vários projetos, nas respectivas casas legislativas do Congresso Nacional, foi organizada uma comissão mista no intuito de agregar estes vários projetos ao anteprojeto que estava servindo como uma espécie de matriz.⁴⁹

Coordenado pelo Deputado Joaci Góes, o projeto elaborado por essa comissão foi publicado no dia 04 de novembro de 1989, e, logo em seguida, após ser emendado algumas tantas vezes, foi colocado em pauta de votação no plenário do Congresso, sendo aprovado em julho de 1990 durante sessão extraordinária e sancionado pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello, transformando-se na Lei n.º 8.078 – Código de Defesa do Consumidor –, publicada em 12 de setembro de 1990 e entrando em vigor cento e oitenta dias após. Este novel diploma legal inseriu de uma vez por todas, no ordenamento jurídico, um microsistema protetivo para a defesa dos direitos e interesses transindividuais. Isto porque o Código de Defesa do Consumidor, especificamente na sua parte processual, não se limita a dar guarida apenas aos direitos e interesses consumeristas (leia-se: individuais homogêneos), mas traz consigo também, em dispositivo próprio (art. 117)⁵⁰ ⁵¹, a defesa de quaisquer direitos ou interesses difusos ou coletivos, como nos mostra Castro Mendes finalizando brilhantemente toda esta evolução legislativa:

O Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas, também, em geral, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21, da Lei 7.347/85, acrescentado em razão do art. 117, da Lei 8.078/90⁵².

Com a chegada do Código de Defesa do Consumidor todo o arcabouço jurídico relativo ao Direito Processual Coletivo restou perfeitamente acabado, sendo ele, o termo *a quo* para se falar na existência de um microsistema protetivo dos direitos coletivos, e, ao mesmo tempo, o termo *ad quem* do aperfeiçoamento de toda compilação legal referente ao

⁴⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional**. [Coleção **Temas Atuais de Direito Processual Civil**]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 197.

⁵⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional**. [Coleção **Temas Atuais de Direito Processual Civil**]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. Pp. 197-198.

⁵¹ Este art. 117, CDC, acrescentou à Lei n.º 7.347/85 o art. 21, segundo o qual, “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

⁵² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional**. (Coleção **Temas Atuais de Direito Processual Civil**). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 198.

Direito Processual Coletivo brasileiro⁵³, o qual se constitui num dos mais perfeitos, senão o maior, conjunto de leis especializadas do mundo em dar efetividade aos direitos de massa, servindo, dessa maneira, como parâmetro para legislações de outros países.

1.3.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.

Várias são as manifestações constitucionais do Direito processual Coletivo espalhadas, como estão, na nossa Lei Magna. No entanto, nesta etapa do nosso trabalho cuidaremos apenas dos fundamentos supremos do Direito Processual Coletivo inseridos no texto da nossa Constituição Federal.

Sempre é benéfico lembrarmos que as normas processuais contidas na Lei Maior ensejam uma divisão, de caráter meramente didático, do direito processual, haja vista ser o direito processual uno. Esta divisão consiste em classificar o direito processual em *direito constitucional processual* e *direito processual constitucional*⁵⁴, sendo neste último onde se encaixa o direito processual coletivo (vide item 1 *retro*). Todavia, não analisaremos aqui os institutos que compõem a chamada *jurisdição constitucional*, mas como já havíamos dito antes, estudaremos os alicerces constitucionais que servem de fundamento para o Direito Processual Coletivo.

Esses fundamentos são basicamente três, os quais dão ao Direito Processual Coletivo a tão mencionada autonomia, além de é claro, outorgar-lhe dignidade constitucional, pois é a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que podemos atestar com segurança a existência desta nova ramificação do direito processual.

O primeiro deles, sem sobra de dúvidas, está consubstanciado no art. 5.º, XXXV, CF, o qual representa o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, ou, como preferir, Acesso à Justiça.

Este dispositivo constitucional esteve presente em Constituições anteriores, a exemplo das Constituições de 1967 e 1969, no entanto, era expresso de forma bem restrita.

⁵³ Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira bem relatam a formação deste microsistema processual, destacando a importância do advento do CDC para a sua formação: “Até o ano de 1990, o processo coletivo brasileiro era regulado pela Lei da Ação Civil Pública e por leis esparsas tratando de procedimentos especiais. A falta de ligação entre esses diplomas normativos levava à equivocada conclusão de que o Código de Processo Civil, marcadamente individualista, deveria ser aplicado subsidiariamente no tocante aos processos coletivos. (...) Felizmente, em 11 de setembro de 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, que trouxe normas inovadoras sobre processo coletivo (art. 81 a 104) e, ao acrescentar o art. 21 à LACP, deu origem ao que se tem denominado de *microsistema processual coletivo* (Destques dos autores) (DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.)

⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 21. Pp. 20-21.

Além de expressamente declarar que só caberia intervenção do Judiciário quando houvesse apenas a lesão a direitos – excluindo-se, portanto, a ameaça –, este dispositivo destinava-se, também de forma expressa, assegurar amplo acesso ao Órgão Jurisdicional, mas somente no que tange à tutela de direitos individuais (art. 153, § 4.º, CF de 1969).

Com a promulgação da Constituição Cidadã, o texto que tratava do referido princípio sofreu alterações que implicaram no aperfeiçoamento do mesmo, sendo também deslocado para a parte referente aos direitos e garantias fundamentais no famoso art. 5.º, CF, precisamente no inciso XXXV. A nova redação suprimiu a expressão “direitos individuais” e passou a falar apenas em “direitos”, dando, dessa forma, uma conotação ampliativa do significado da expressão, ao mesmo tempo em que adquiria mais sentido técnico frente ao texto da Constituição anterior, como bem ressalva Nelson Nery Júnior:

Em redação mais técnica do que a do art. 153, 4.º, da CF de 1969, que dizia lesão de direito ‘individual’, o novo texto consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como princípio do direito de ação.⁵⁵

Essa alteração, segundo Gregório Assagra, acarretou em uma “verdadeira transformação no ordenamento jurídico brasileiro” pelo simples fato de que, agora, o ordenamento passou a tutelar tanto direitos individuais como coletivos, ao invés de apenas ser “tutelador de direitos individuais e de alguns direitos ou interesses coletivos”.⁵⁶ Ou seja, fazendo nossas as palavras de Nelson Nery Júnior, “estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos”.⁵⁷

Outro fundamento constitucional do Direito processual Coletivo situa-se no art. 129, III, CF, que confere legitimação ao Ministério Público para promover a Ação Civil Pública. Afora essa finalidade supramencionada, o dispositivo ora em comento tem uma dupla importância para o Direito Processual Coletivo.

Em primeiro lugar, o art. 129, III, CF, consagrou de vez a constitucionalidade do instrumento processual mais eficaz e importante para defesa dos direitos inerentes a toda coletividade na nossa opinião, qual seja, a Ação Civil Pública. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o Direito Processual Coletivo ainda se mostrava tênue, muito embora já houvesse uma compilação de leis que lhe dava sustentáculo. Com a outorga da dignidade

⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 21. p. 96.

⁵⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 270.

⁵⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 21. p. 96.

constitucional ao mais importante mecanismo de combate às lesões e ameaças aos direitos transindividuais, o Direito Processual Coletivo ganhou corpo e deixou de ser, como se diz no linguajar popular, mero “fogo de palha” para se consolidar de vez no ordenamento jurídico nacional. Paralelamente a essa regulamentação constitucional ocorreu também a elevação da Ação Civil Pública à categoria de garantia fundamental, mesmo estando alocada indevidamente na Constituição Federal como bem observa Walber Agra:

O lapso da Constituição Federal de 1988 foi o de tê-la regulamentado na seção referente ao Ministério Público, e não no art. 5.º, no capítulo específico dos direitos e deveres individuais e coletivos. Todavia, a imprecisão sistemática não retira a sua natureza de garantia fundamental.⁵⁸

Em segundo lugar, o art. 129, III, CF trouxe consigo o *Princípio da Não Taxatividade da Ação Coletiva*.⁵⁹ Somente a título de recapitulação, antes da inserção da nova ordem constitucional de 1988, a LACP disciplinava um rol cerrado de direitos passíveis de tutela por meio da Ação Civil Pública, como, v.g., bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, meio ambiente e, por fim, danos causados ao consumidor, restringindo, dessa maneira, o objeto do Direito Processual Coletivo (Vide subitem 2.1 *retro*).

Com a inclusão da expressão “de outros interesses difusos e coletivos” no inciso III do art. 129, CF, quaisquer outros direitos ou interesses dessa espécie ameaçados ou lesados poderão ser objeto de tutela jurisdicional. Vejamos os ensinamentos de Édis Milaré, um dos idealizadores da Ação civil Pública, a esse respeito:

O dispositivo eleva ao nível constitucional a previsão do art. 5.º da Lei 7.347/85, que disciplinou as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e a direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, estendendo a proteção a ‘outros interesses difusos e coletivos’.⁶⁰

Esse princípio, por sua vez, também mantém plena consonância com o art. 5.º, XXXV, CF, pelo qual “nenhuma restrição estabelece quanto à tutela jurisdicional de direitos lesados ou ameaçados de lesão”.⁶¹

⁵⁸ AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 222.

⁵⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 66.

⁶⁰ MILARÉ, Edis *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997.v. 4. Tomo IV. P. 156.

⁶¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 270.

Por último, o grande fundamento constitucional do Direito Processual Coletivo encontra-se no art. 1.º da *Lex Mater*, o qual atribuiu à República Federativa do Brasil a qualidade de um *Estado Democrático de Direito*. Por conta desse princípio, não restam dúvidas que o Direito Processual Coletivo transformou-se num meio garantidor dele devido ao fato do crescimento das relações de massa, plenamente reconhecido pela nova ordem jurídica que estava a se instalar no país. Alguns doutrinadores, a exemplo de Gregório Assagra, são ousados em dizer que o Estado Democrático de Direito somente fincará seus alicerces se houver um instrumento capaz de garantir a efetividade dos direitos supraindividuais. Segundo o jurista mineiro retromencionado, este “Estado da justiça material” ou da “transformação da realidade social com justiça”, só pode ser alcançado se existir “um instrumento potencializado de tutela jurisdicional dos direitos massificados”.⁶²

Na nossa opinião, encontra-se perfeitamente correto o magistério acima exposto, pois a participação popular constitui característica irrefutável da democracia, conforme as lições as lições de Paulo Bonavides:

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.⁶³

Neste mesmo raciocínio acerca da democracia Dalmo Dallari escreve:

A preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade.⁶⁴

Assim sendo, é o Direito processual Coletivo o instrumento que municia o povo de um determinado Estado na luta pela defesa dos direitos e interesses pertencentes a todos, além do mais, o Direito Processual Coletivo representa um canal para a transformação da realidade social. Ao afirmarmos isso estamos reconhecendo que, numa sociedade onde as relações de massa tornam-se cada vez mais corriqueiras, torna-se imprescindível a presença de um arcabouço legal capacitado para o resguardo dos direitos fundamentais. O respeito a esses

⁶² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 270.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. *Apud* AGRA, Wálber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109. Nota 06.

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 151.

direitos constitui pressuposto da democracia, tanto no que se refere aos direitos de primeira geração quanto aos demais, em especial aos de segunda geração.⁶⁵

Portanto, não se pode mais falar hoje num Estado Democrático sem fazer menção às codificações cujo objeto de tutela seja os interesses e direitos coletivos; não se pode mais fugir dessa realidade sob pena de estarmos regredindo aos primórdios do estado Liberal e ao mesmo tempo renegando todas as conquistas até aqui atingidas no que tange à solidificação de uma sociedade mais livre, justa e solidária – objetivos básicos a serem atingidos por qualquer Estado que se utilize do adjetivo “Democrático de Direito”.

1.4.1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.

1. Considerações Gerais. Todos os princípios constitucionais processuais, bem como os princípios assentados na legislação infraconstitucional, referentes ao direito processual são plenamente aplicáveis ao Direito Processual Coletivo, uma vez que se trata de uma nova ramificação do direito processual. Por esta razão, não vamos nos ocupar, aqui nesta parte do nosso ensaio, em conceituarmos as figuras principiológicas aplicáveis ao direito processual como um todo, como, v.g., o devido processo legal, princípio do juiz e promotor natural, isonomia, proibição de provas ilícitas etc. Não constitui objeto do nosso trabalho nos dedicarmos a um exaustivo esforço de definição de institutos que reivindicam estudo longo e aprofundado, sob pena de estarmos tornando nosso texto por demais extenso, cansativo e enfadonho ao leitor.

Para tornarmos mais objetivo e proveitoso o estudo do tema em análise, vamos nos restringir apenas ao exame dos princípios específicos do Direito Processual Coletivo, dirigindo, dessa forma, todos os nossos esforços na busca de uma compreensão cristalina e precisa dos mesmos. Para tal, adotaremos aqui a classificação feita por Gregório Assagra de Almeida⁶⁶, pois raras são as obras jurídicas que tratam com tanta precisão do tema, todavia, buscaremos sempre estabelecer um liame com outros pensamentos doutrinários acerca destes princípios a fim de não recairmos em mera repetição.

2. Conceito de Princípios. Antes de começarmos a conceituar cada princípio, é de extrema importância definirmos o próprio conceito de princípio.

⁶⁵ AGRA, Wálber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110.

⁶⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. Pp. 570 e ss.

Num primeiro momento, temos o conceito vulgar de princípio, o qual, pelas palavras de De Plácido e Silva, significa “o começo da vida” ou “o primeiro instante em que pessoas ou coisas começam a existir”, sendo este conceito derivado do latim *principium*.⁶⁷ Mas, o que realmente nos interessa saber é o conceito jurídico de princípio, o qual, segundo Frederico Oliveira, é particularmente impreciso, devendo ser analisado de uma forma desprendida de qualquer compreensão hermética.⁶⁸

O ser humano, incessantemente, busca a realização de valores, sendo esta a razão de que o faz viver em coletividade. Desde a Antigüidade Clássica que Aristóteles já afirmava: “Sabemos que uma cidade é como uma associação, e que qualquer associação é formada tendo em vista algum bem; pois o homem luta apenas pelo que ele considera um bem”.⁶⁹

Essa constante na vida do ser humano resulta na produção daquilo que chamamos de *cultura*, sendo esta, de acordo com as palavras de Frederico Oliveira, “o meio de alcançar os fins axiológicos da vida humana”. Seguindo as explicações do mencionado autor, é a partir das mais variadas manifestações valorativas, em especial os valores de justiça, que o legislador “atua no âmbito da elaboração da norma processual”, extraindo os elementos éticos da vida em sociedade “relativos ao solucionamento de conflitos de interesses”, tornando-os “lastros sobre o qual edifica a norma positiva processual”, como bem leciona em sua obra.⁷⁰

Complementando essas afirmações, Gregório Assagra escreve:

(...) princípios seriam todos os preceitos democráticos, legitimamente extraídos do sistema jurídico-constitucional, em relação ao social, que se encontram em consonância com os fatos históricos decorrentes dos legítimos movimentos sociais e visam dar legitimidade ao sistema do qual são extraídos, orientando e servindo de base para a efetividade de outros preceitos e regras, que com eles forem compatíveis.⁷¹

Nesse sentido, toda evolução histórico-cultural dos valores de uma sociedade se transforma num feixe de vários princípios, que por sua vez são oriundos de uma concepção coletiva de um único ideal ético, a justiça. No entanto, os princípios advindos do ideal de justiça não servem apenas de parâmetro para a elaboração das normas processuais, ou seja, não constituem apenas um canal que vai do caráter axiológico ao epistemológico da norma,

⁶⁷ SILVA, De Plácido e. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 560.

⁶⁸ OLIVEIRA, Frederico. **Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento**. Recife: Bagaço, 2005. p. 90.

⁶⁹ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 11.

⁷⁰ OLIVEIRA, Frederico. **Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento**. Recife: Bagaço, 2005. p. 91.

⁷¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. Pp. 562/563.

mas possuem uma essência mais abrangente, qual seja, legitimar a positivação dessas normas. Nesse sentido é também o magistério de Frederico Oliveira:

Nesta ordem de raciocínio, temos que *princípios* são a condensação das idéias de caráter ético vivenciadas no meio coletivo e que, captadas pelo legislador, introjetam-se na norma positiva como seu fundamento e legitimação.⁷²

Portanto, nesta ordem de idéias, chega-se à conclusão das verdadeiras atribuições dos princípios jurídicos, os quais, novamente tomando as lições de Frederico Oliveira, desempenham um tríplice papel que constitui em: “(1) atribuir legitimidade ética à norma; (2) permitir-lhe a compreensão e (3) integrar o ordenamento jurídico, em caso de lacuna da lei”.⁷³

Pois bem, após destrincharmos o conceito de princípios, passaremos em seguida à análise dos princípios específicos do Direito Processual Coletivo, sempre lembrando que não trataremos dos princípios constitucionais e processuais e infraconstitucionais e processuais a fim de podermos alcançar a objetividade pretendida neste trabalho.

Para justificar nossa omissão a respeito dos princípios gerais do direito processual, devemos sempre ter em mente que o objetivo do nosso ensaio é demonstrar a autonomia desta nova espécie do direito processual. Sendo assim, a ele, mormente aplicam-se todos os princípios ditos informativos e fundamentais⁷⁴ do direito processual. Somente a título de breves definições, informativos seriam “princípios universais sem conotação ideológica, considerados axiomas, que visam inspirar o desenvolvimento e a efetividade de todos os sistemas processuais existentes”⁷⁵, e que “cuja existência independe de estarem previstos ou não em dado regime jurídico positivo”⁷⁶, ao passo que fundamentais seriam todos os princípios abarcados de maneira implícita ou expressa por um sistema jurídico, sobretudo previstos na Lei Maior de um ordenamento jurídico, os quais possuem na sua essência conotações políticas e ideológicas que os inspiraram.

Em vista destes porquês, analisemos, então, os princípios específicos do Direito Processual Coletivo.

⁷² OLIVEIRA, Frederico. **Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento**. Recife: Bagaço, 2005. p. 91.

⁷³ OLIVEIRA, Frederico. **Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento**. Recife: Bagaço, 2005. p. 96.

⁷⁴ A título de enriquecimento doutrinário, destacamos a outra denominação dada por Frederico Oliveira aos princípios informativos e fundamentais. Segundo o mencionado mestre estes princípios recebem também a nomenclatura de *princípios supraconstitucionais* e *constitucionais*, respectivamente. (OLIVEIRA, Frederico. **Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento**. Recife: Bagaço, 2005. Pp. 98 e 101.)

⁷⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 566.

⁷⁶ OLIVEIRA, Frederico. **Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento**. Recife: Bagaço, 2005. p. 98.

3. *Princípio do Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito do Direito Processual Coletivo*. Sabemos que com o advento da Constituição Federal de 1988, e conseqüente inserção de uma nova ordem jurídica no país, a tutela dos interesses e direitos coletivos, por força do art. 5.º, XXXV, ganhou força graças à omissão de qualquer qualificativo referente à palavra *direito* constante no mencionado dispositivo legal, o que nos dá a entender que tanto os direitos individuais quanto os transindividuais são passíveis de proteção contra lesões e ameaças pelo órgão jurisdicional (sobre este tema vide item 03, capítulo I, *retro*). □ luz destas mudanças, o Poder Judiciário pode concretizar plenamente o seu poder transformador da realidade social, efetivando cada vez mais o princípio democrático presente na nossa *Lex Mater*, e o faz por intermédio das ações coletivas.⁷⁷

Portanto, constitui compromisso do Poder Judiciário a consolidação dos valores democráticos de nossa sociedade, que se realiza por meio deste poder de mutação da realidade social. Para ser mais exato, o Poder Judiciário deve enfrentar as grandes causas sociais como, v.g., relações de consumo, meio ambiente etc – objetos do Direito Processual Coletivo. No entanto, para que desempenhe com brilhantismo esta tarefa deve abrir mão de atos extremamente formais que poderão dificultar, ou até mesmo impedir, a apreciação do litígio posto à sua análise.⁷⁸

Por sua vez, este princípio está intimamente ligado a dois outros princípios que não fazem parte do rol específico de princípios do Direito Processual Coletivo, mas cuja compreensão de ambos é imprescindível. Trata-se dos princípios da *supremacia do interesse público sobre o privado* e da *instrumentalidade das formas*.

O primeiro – particular do direito administrativo e do direito constitucional – é definido por Celso Antônio Bandeira de Melo da seguinte forma:

Este princípio proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência deste sobre o interesse do particular, como condição, até mesmo, de assegurar este último. A supremacia do interesse público sobre o interesse privado é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.⁷⁹

Já o segundo – princípio da instrumentalidade das formas – encontra-se presente no art. 154, CPC. Sobre ele, assim são as lições de Alexandre Freitas Câmara:

⁷⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 571.

⁷⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 572.

⁷⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 36.

(...) determina este princípio que os atos processuais solenes, tendo sido praticados sem observância das formalidades impostas pela lei, ainda assim serão válidos, desde que atinjam sua finalidade essencial. Valoriza-se, assim, o conteúdo do ato, em detrimento de sua forma, o que se faz mesmo nos atos solenes.⁸⁰

O perfeito entrosamento desses princípios acima transcritos com o princípio ora em estudo é plenamente visível. O desapego à formas inúteis é legitimado pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, os quais, em conjunto, compatibilizam o exercício da função jurisdicional com os valores democráticos do Estado brasileiro. Nesse sentido, é o que leciona Gregório Assagra:

Não mais é admissível que o Poder Judiciário fique preso em questões formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista já superada e incompatível com o Estado Democrático de Direito, deixando de enfrentar o mérito, por exemplo, de uma ação coletiva cuja causa de pedir se fundamenta em improbidade administrativa ou em dano ao meio ambiente.⁸¹

4. *Princípio Máxima Prioridade da Tutela Jurisdicional Coletiva.* Este princípio coloca a tutela dos interesses massificados num patamar preferencial frente às questões individuais. Por este princípio, o Poder Judiciário deve dar mais atenção às demandas coletivas, concentrando, primordialmente, seus esforços na busca pelos interesses de toda a coletividade em detrimento de interesses meramente particulares.⁸²

A grande finalidade deste princípio é justamente evitar a proliferação de demandas individuais com os mesmos pedidos e causas de pedir, dando maior celeridade à sua função jurisdicional, tão assolada nos tempos hodiernos pela demora na sua prestação. Não é necessário muito esforço para se perceber que este princípio, a exemplo do anterior, é legitimado por outros dois princípios: o mesmo *princípio da prevalência do interesse público sobre o privado* e o *princípio constitucional da imediata aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais*. Sobre este último princípio são perfeitas e completas as lições de Walber Agra:

O objetivo da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais é assegurar a eficácia dos seus postulados, potencializando a produção dos efeitos, sem a necessidade de esperar por uma regulamentação por parte do Poder Legislativo. A aplicabilidade imediata dos preceitos fundamentais denota, mais uma vez, a importância ocupada pelos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal

⁸⁰ CÔMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 248.

⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 572.

⁸² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 572.

de 1988 e reafirma a eficácia imediata de todas as suas normas concernentes a direitos fundamentais.⁸³

Para esmiuçar melhor todas essas afirmações, nos socorreremos das precisas definições de Gregório Assagra relativas a esse princípio em particular:

O princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva é consequência dessa supremacia do interesse social sobre o individual, e também decorre do art. 5º, § 1º, da CF, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. O Poder Judiciário, assim como os operadores do direito, deve atuar para priorizar a tramitação e o julgamento do processo coletivo.⁸⁴ (Destques do autor)

Portanto, seria ilógico que o Poder Judiciário prescindisse à análise das demandas coletivas às causas privadas, causando assim um verdadeiro caos de decisões conflitantes.

5. *Princípio da Disponibilidade Motivada da Ação Coletiva.* Logo em seguida deparamos com outro princípio, o qual, de acordo com nosso julgamento, é um dos mais importantes do Direito Processual Coletivo. O princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva significa que, no caso de abandono de uma determinada ação coletiva por parte de um legitimado ativo, outro qualquer estará apto a assumir a titularidade da ação visando dar-lhe continuidade. O abandono, bem como a desistência, deve ser motivado, pois estão em jogo interesses não estritamente privados, mas de toda coletividade; do contrário, se o abandono ou a desistência forem infundados, deverá o Ministério Público assumir o pólo ativo da demanda.⁸⁵⁸⁶ Todavia, uma dúvida nos vem à mente quando a desistência ou o

⁸³ AGRA, Wálber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pp.227|228.

⁸⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 573.

⁸⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 573|574.

⁸⁶ A maioria da doutrina exige que para o órgão do Ministério Público assumir esta posição de verdadeiro substituto processual em caso de desídia do autor original da demanda seja ela infundada, do contrário o *parquet* não estaria obrigado a continuar com a pretensão jurisdicional, pois, uma vez devidamente fundamentada a desistência da ação coletiva pode este ato trazer mais benefícios à toda coletividade. Neste sentido, destacamos como entendimento representante da doutrina brasileira sobre esta questão os escritos do casal Nelson e Rosa Nery: **27. Desistência infundada.** A desistência da ação deverá vir acompanhada de fundamentação pelo autor da ACP. Caberá ao MP verificar se é fundada ou não. A desistência pura e simples não obrigará o MP a assumir o pólo ativo da ACP, mas apenas a desistência *infundada*. **28. Abandono da ação.** Ocorre *ope legis*, independentemente da manifestação da vontade do autor, nos casos determinados na lei (v. CPC 267 II e III). Caso seja fundado o abandono, o MP poderá deixar de assumir a titularidade ativa da ACP. Sendo infundado, isto é, se houver probabilidade de sucesso, a demanda deverá prosseguir com o MP no pólo ativo. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1322).

abandono são causados pelo representante do Ministério Público⁸⁷. A questão, no entanto, é de fácil deslinde, mas existem entendimentos divergentes a esse respeito. Uma primeira corrente, capitaneada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, diz que é caso de se aplicar analogicamente o art. 28 do CPP, ou seja, devem os autos ser encaminhados ao Procurador Geral de Justiça caso o magistrado não concorde com esta abdicação de prosseguir no feito, para, então, ser designado outro membro do *parquet* a assumir a titularidade da ação, ou, para que ele mesmo, o Procurador Geral de Justiça, avoque⁸⁸. Outros, por sua vez, entendem que é caso de se aplicar o art. 9.º, §§ 3.º e 4.º da LACP.⁸⁹

Por um ou por outro, o fato é que o Ministério Público tem sempre o poder⁹⁰ de assumir a legitimidade ativa em caso de desídia infundada de qualquer outro legitimado, ao passo que os demais legitimados possuem apenas uma mera faculdade de continuar a demanda. Pela nossa ótica, o entendimento mais prudente é aquele que manda ser aplicado o art. 28, CPP em caso de abandono ou desistência da ação coletiva.

6. *Princípio da Tutela Coletiva Diferenciada.* Como vimos, o Direito Processual Coletivo atualmente é composto por um microsistema integrado pelas LACP, LAP, CDC e aplicação subsidiária do CPC. Pois bem, em se tratando de tutela de direitos ou interesses metaindividuais, não se pode pretender tutelá-los lançando mão dos princípios norteadores da tutela individual previstos no CPC (de origem liberal⁹¹ individual). Para a efetivação da tutela coletiva, é necessário que o *modo de* ser da prestação jurisdicional coletiva seja diferenciado daquele empregado para a tutela de direitos e interesses individuais, adequando⁹² se, assim, às peculiaridades do objeto a ser tutelado. Partindo desse pressuposto, a doutrina visualiza uma nítida prioridade da tutela coletiva relativamente à tutela individual.⁹⁰

⁸⁷ Não se deve confundir, entretanto, *abandono* com *juízo de conveniência e oportunidade* do Ministério Público. Este, muitas vezes, segundo Didier Júnior e Zaneti Júnior, “presentes os pressupostos e verificada a lesão ou ameaça ao direito coletivo” deverá o *parquet* propor a demanda. Mas, segundo os eminentes outrinadores, “mesmo assim, poderá o *parquet* fazer um juízo de oportunidade e conveniência, que equivale a um certo grau de discricionariedade controlada do agente.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009. Pp. 120 □ 121. v. 4.)

⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1322.

⁸⁹ “Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo⁹³ o fundamentadamente.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação”.

⁹⁰ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. Pp. 139 □ 140.

Elton Venturi destaca novamente a importância desta prevalência do Processo Coletivo sobre o individual, sem, contudo, desprezar a importância deste último:

De fato, a dedução em juízo de tutela de direito meta-individual, desloca sensivelmente o enfoque da própria prestação jurisdicional ensejada, mormente pela excelência do interesse social envolvido. Não que o dano decorrente da violação de um direito individual seja irrelevante sob o ponto de vista social, mas é inegável que a amplitude do objeto atinente à pretensão reparatória ante a violação de um direito difuso ou coletivo induz a que a resposta jurisdicional leve em conta a inequívoca e preponderante relevância social em jogo.⁹¹

Mesmo não havendo ainda uma sistematização mais ordenada dos institutos processuais coletivos (os quais devem ser peculiares à tutela destes direito e interesses coletivos em sentido amplo, repise-se), deve o magistrado atualmente, na condução do processo, tentar flexibilizar as formalidades do regramento normativo em prol de uma maior efetividade processual; este, aliás, é um dever do magistrado⁹². Luiz Guilherme Marinoni define com precisão a imprescindibilidade destas atitudes do juiz na condução do processo:

O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita. (...) Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades da vida das pessoas. (Destques do autor)⁹³

Continua o referido doutrinador com seu magistério:

Não se trata de aplicar a idéia, já intuída há muito tempo, de adaptação do procedimento ao caso concreto. Deixar um espaço de ação para o juiz melhor aplicar a técnica processual nada mais é do que ter consciência de que, diante de determinadas situações, não há como antever a forma procedimental adequada. No entanto, se essa adaptação somente pode ser feita dentro dos limites previamente considerados, *aqui se vai mais além*. O que se deseja evidenciar é a necessidade de o juiz conformar o procedimento ao caso concreto em todos os casos em que a técnica processual não for capaz de atender ao direito material e à realidade social.

⁹¹ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 141.

⁹² VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 142.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pp. 224/225.

Nesse caso, o juiz deverá considerar as tutelas prometidas pelo direito material, a realidade social e os valores da Constituição.⁹⁴

Portanto, em vista desta relevância que cerca a prestação jurisdicional coletiva, não de ser criados institutos processuais compatíveis com o tipo de tutela requerida por aqueles direitos e interesses massificados. Da mesma forma, ao magistrado devem ser dados certos poderes na condução do processo para que se chegue à efetiva concretização daqueles direitos e interesses; da mesma forma deve ele – juiz – compreender as peculiaridades que permeiam o processo coletivo e, assim, lançar mão de interpretações que conduzam a esta efetividade dos direitos e interesses coletivos em sentido amplo quando for omissa a regra processual.

7. *Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional Coletiva.* Este princípio tratado no presente momento mantém estreita ligação com o clássico princípio da economia processual.

A finalidade do princípio ora em análise é evitar uma verdadeira proliferação de demandas com partes em comum, pedidos e causas de pedir idênticos. Sobre ele transcrevemos os ensinamentos de Gregório Assagra:

Por meio da tutela jurisdicional coletiva busca-se resolver em um só processo um grande conflito social ou vários conflitos individuais, unidos pelo vínculo da homogeneidade. Evita-se, assim, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações sociais conflitivas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade.⁹⁵

Seu fundamento legal está insculpido no art. 103, § 3.º, CDC, que trata da extensão da coisa julgada nas ações coletivas. Segundo o referido dispositivo legal, sendo improcedente o pedido, por exemplo, de uma Ação Civil Pública, isto não impedirá que cada pessoa, que por ventura viesse a ser beneficiada caso o julgamento fosse favorável, ingresse com uma ação individual pleiteando o ressarcimento do dano próprio; no entanto, se julgado procedente o pedido, cada beneficiado não precisará acionar o órgão jurisdicional por meio de um novo processo de conhecimento para pleitear o bem jurídico que lhe é próprio, bastando apenas, com fulcro nos arts. 96 a 99, CDC, proceder à liquidação e subsequente execução própria da sentença proferida na ação coletiva⁹⁶. Sobre o § 3.º do art. 103 do CDC, Ada

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 224. nota 95.

⁹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 575.

⁹⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 576.

Pellegrini escreve, relatando esta importante inovação do instituto da coisa julgada na seara das demandas coletivas:

O § 3º do art. 103 inova profundamente com relação aos princípios processuais sobre a coisa julgada: inspirado no princípio de economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventus litis*, bem como na ampliação *ope legis* do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada resultante de sentença proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos.⁹⁷

Finalizando nossos estudos acerca dos princípios peculiares do Direito processual Coletivo, trataremos de dois princípios que se entrelaçam perfeitamente, sendo um muito semelhante ao outro.

8. *Princípios da Máxima Efetividade do Processo Coletivo e da Máxima Amplitude da Tutela Jurisdicional Coletiva.* Tais princípios mantêm perfeita consonância com os interesses sociais, sempre presentes nas demandas coletivas.

O primeiro – princípio da máxima efetividade o processo coletivo – consiste na utilização pelo juiz de todos os meios necessários para se chegar à plena verdade dos fatos. Para isso, o magistrado se vale de amplos poderes instrutórios, como, v.g., concessão de medida liminar *inaudita altera parte* em antecipação de tutela, bem como imposição de *astreintes* nas demandas que tenham por objeto obrigação de fazer ou não fazer, sem, contudo, necessitar de requerimento da parte para este último tipo de provimento.⁹⁸ Acerca destes poderes instrutórios dos magistrados, vamos enriquecer nossas afirmações tomando como exemplo os escritos de Gregório Assagra sobre o tema:

Com efeito, por força do princípio da *máxima efetividade do processo coletivo*, o Poder Judiciário tem, no *direito processual coletivo comum*, poderes instrutórios amplos e deve atuar independentemente da iniciativa das partes para a busca da verdade processual e a efetividade do processo coletivo.⁹⁹ (Destques do autor)

Além destes provimentos acima transcritos, estando todos previstos no art. 84, *caput*, §§ 3.º e 4.º, CDC, temos ainda a possibilidade do juiz adotar algumas outras medidas que visam, da mesma forma, garantir a efetividade do processo coletivo, e que, por sua vez, estão descritas no § 5.º do mesmo dispositivo, constituindo as chamadas “providências subrogatórias”. Sobre estas providências, escreve Ada Pellegrini Grinover:

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 934.

⁹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 576-577.

⁹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 577.

(...) no campo da tutela específica, o juiz pode determinar providências subrogatórias, mediante ordens impostas ao devedor ou a terceiros para chegar a um resultado prático equivalente ao adimplemento (art. 11. LACP, ampliado pelo CDC que, em seu art. 84, exemplifica, entre as medidas subrogatórias, mencionando a busca e apreensão, o desfazimento de obra, a remoção de pessoas ou coisas, o impedimento da atividade nociva, além de requisição de força policial).¹⁰⁰

Para finalizar o estudo sobre este princípio, transcreveremos abaixo as lições de Kazuo Watanabe a respeito dessa inovação processual na tutela dos interesses massificados, a fim de nos proporcionar uma visão mais completa e precisa acerca do instituto, pois trata-se dos ensinamentos de um dos autores do anteprojeto que acabou resultando na aprovação do Código de Defesa do Consumidor:

No plano do provimento jurisdicional, ao juiz foi conferido o poder de adotar todas as providências adequadas e legítimas à tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, sendo-lhe dado desde: a) impor multa diária independentemente de pedido do autor (sem prejuízo, evidentemente, do efetivo cumprimento da prestação), se a peculiaridade do caso indicar que a multa é suficiente ou compatível com a obrigação (art. 84, § 4º), até b) determinar medidas que sejam adequadas à obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação se não for possível o atingimento de sua tutela específica.¹⁰¹

E continua o mencionado jurista:

(...) o provimento do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não fazer não se restringirá à mera condenação (provimento condenatório na concepção tradicional), mas abrangerá também a expedição de mandamentos ou ordens (*ação mandamental*) que, sendo descumpridos, à semelhança das *injuctions* do sistema anglo-saxão ou da ‘ação inibitória’ do sistema italiano, poderão configurar o crime de desobediência, como ato de afronta à justiça, e não apenas como ofensa ao direito da parte contrária, e ainda ensejará a adoção de técnicas de subrogação objetiva e subjetiva de obrigações que permitam a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação.¹⁰² (Destques do autor)

O segundo e último princípio não é muito diferente desses que acabamos de estudar. O princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva permite que em sede de demandas coletivas sejam utilizados todos os tipos de ações e procedimentos previstos no CPC, tendo previsão legal no art. 83, CDC. Destarte, são cabíveis no Direito Processual

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 578. nota 1.019.

¹⁰¹ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pp. 791-792.

¹⁰² WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pp. 791-792.

Coletivo ações de natureza declaratória, constitutiva, condenatória e mandamental, bem como os procedimentos de execução e cautelar.¹⁰³

9. *Princípio do Ativismo Judicial no Processo Coletivo.* Trata-se de uma relativização do princípio da demanda, ou seja, do início da demanda por provocação da parte autora. No Direito Processual Coletivo existem possibilidades do órgão jurisdicional tomar a iniciativa de algumas medidas em decorrência do interesse público primário que permeia este novel ramo do direito processual. Um exemplo claro de manifestação deste princípio encontra-se inserto no Art. 7.º da LACP. Outro exemplo situa-se no Art. 100 do CDC, o qual estabelece a chamada *fluid recovery*, ou seja, ao magistrado cabe a definição do valor indenizatório residual decorrente da violação de direitos individuais homogêneos.

Por último, este princípio revela uma outra faceta, qual seja, o controle judicial de políticas públicas. É cediço que o Judiciário age pelo Processo Coletivo como órgão de transformação, em potencial, da realidade social. Quem melhor define esta vertente do princípio em comento são Didier Júnior e Zaneti Júnior:

O princípio revela-se também no controle judicial de políticas públicas os exemplos recentes estão se multiplicando, existindo precedentes, já dos tribunais superiores, confirmando decisões que ordenam a execução de atividades essenciais pelo administrador, a obrigatoriedade do fornecimento de creches, a reforma de presídios, de hospitais etc. Em verdade, é bom frisar, as decisões tem salientado não ser permitido ao Judiciário a criação ou sindicabilidade de *meras diretrizes em políticas públicas*, deixadas à conveniência e oportunidade do executivo e do legislador, mas, quando existe um direito assegurado na Constituição e na lei infraconstitucional, que regulamente o campo de escolha do administrador, este está de tal forma reduzido que a sindicabilidade pelo Judiciário é decorrência natural do dever de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.¹⁰⁴

Portanto, estes foram os princípios inerentes ao Direito Processual Coletivo. Outros dois princípios deixam de ser objeto de estudo neste momento do presente trabalho por já terem sido estudados anteriormente, não sendo recomendável repetir seus conceitos evitando, assim, que nossas explanações se tornem enfadonhas por demais. Sendo assim, façamos apenas menção de quais seriam. O primeiro trata-se do *princípio da não taxatividade da ação coletiva*, perfeitamente esclarecido no sub-ítem 2.1 (*retro*) do presente ensaio; e o segundo – *princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público* –, por possuir a mesma finalidade e o mesmo fundamento do *princípio da disponibilidade motivada*

¹⁰³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 578.

¹⁰⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009. Pp. 128-129. v. 4.

da ação coletiva, remeteremos o leitor às considerações feitas há pouco acerca do seu significado.¹⁰⁵

¹⁰⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 578-579.

CAPÍTULO II

O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO ANALISADO SOB A ÓTICA DA TEORIA GERAL DO DIREITO E DO PROCESSO.

2.1. ANÁLISE DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO À LUZ DA INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO.

2.1.1. PROGRESSO DOUTRINÁRIO QUANTO AO MODO-DE-SER PROCESSUAL.

O direito processual passou por inúmeras transformações até assumir as feições que hoje conhecemos. Estamos vivenciando uma etapa do desenvolvimento processual que revolucionou toda a concepção de processo construída ao longo dos tempos, uma fase de reformas que, apesar de estarem muito longe de serem exauridas, contribuiu para a concretização dos fins aos quais o processo se destina. É a chamada fase instrumentalista do processo, que fez dele um verdadeiro instrumento, um meio idôneo para a consecução dos escopos da jurisdição. Para tanto, o direito processual precisou passar por uma evolução deontológica para só então se chegar à sua identidade de instrumento potencializado de transformação da realidade social, aspecto este que muito tem a ver com o Direito Processual Coletivo.

Primeiramente, até a metade do século passado, perdurou a chamada fase *sincretista*, a qual concebia o processo como apenas sendo um meio de exercer direitos. Havia na verdade uma confusão entre as relações jurídicas de cunho material e processual – daí o nome que lembra *sincretismo* –, ou seja, o direito de ação assumia a roupagem do próprio direito subjetivo material, conforme lecionam os processualistas Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco:

A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica.¹⁰⁶

Logo em seguida, veio a fase *autonomista*, na qual, pela própria terminologia empregada, o processo é erigido à categoria de ramo autônomo do direito. Foi neste período que muitas teorias, amplamente conhecidas e corriqueiras na vida do jurista moderno,

¹⁰⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42.

surgiram para outorgar ao direito processual a tão desejada autonomia científica. Dentre elas destacamos a teoria das condições da ação e a dos pressupostos processuais.¹⁰⁷

A crítica que se faz a esta segunda linha evolutiva do processo – e certamente foi este o motivo de sua sucumbência – reside na falta de preocupações com os resultados práticos do processo no seio social, bem como suas conseqüentes implicações na vida daqueles que dele se serviam. Vejamos a doutrina de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Dinamarco a respeito desta crítica sofrida por esta fase:

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.¹⁰⁸

O que se fez ausente nessa segunda fase evolutiva não faltou na fase subsequente. A fase *instrumentalista* foi marcada pela preocupação dos processualistas com os reflexos do processo perante aqueles que dele se utilizam. É preciso que agora o processo seja visto a partir de um ângulo externo, desprovido de uma análise eminentemente introspectiva como acontecia na fase autonomista. Não se trata mais de analisar o processo sob a ótica daqueles incumbidos de manejarem-no como juízes, promotores, advogados, procuradores etc., mas deve ser levada em conta a maneira como os resultados advindos do processo chegam à população, que, segundo os mesmos Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Dinamarco são os “consumidores deste serviço”.¹⁰⁹ Temos, portanto, a ousadia de dizer que esta fase representa a fase “calorosa” do processo, a qual, rompeu com a análise “fria” dos institutos processuais. Entretanto, a fase instrumentalista trouxe um aspecto negativo para o processo.

Quando elevado à categoria de ramo autônomo, o direito processual passou a ser visto como fonte geradora de direitos, onde os sucessos do processo passaram a ser fontes criadoras de verdadeiros direitos para as partes, desviando, assim, a “real situação de direito material existente entre elas para o modo como se comportaram processualmente e o destino que em virtude disso lhes é reservado”.¹¹⁰ Este comportamento excessivamente formalista, que até os dias de hoje, infelizmente, está enraizado na prática forense, não se coaduna com o espírito instrumentalista que se buscou dar ao processo, e isto provocou a enfática afirmação

¹⁰⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19.

¹⁰⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Pp. 42-43.

¹⁰⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 268.

de que este mesmo processo não é um fim em si mesmo, mas um meio de fazer cumprir todo o seu caráter teleológico ao qual se destina, os chamados “escopos do processo”, estes sim constituem o aspecto positivo da instrumentalidade que visa dar-lhe efetividade. Passaremos em seguida a breves análises destes escopos.

Segundo Dinamarco, “é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego”.¹¹¹ Daí a importância de se estudar estes escopos, que o mencionado autor os chama de “escopos da jurisdição”, pois “tudo quanto se refira ao sistema processual e possa projetar reflexos no modo como ele atua na vida em sociedade há de ser coordenado com vistas aos objetivos conhecidos e conscientemente delineados”.¹¹²

Três, a princípio, são os escopos que visam dar ao processo efetividade mais um quarto, um escopo magno, os quais se traduzem em metas alvejadas pelo Estado na consecução dos seus objetivos.

Numa apertada síntese, o *escopo político* seria aquele cujo objetivo é preservar todo o ordenamento jurídico. Este escopo possui três aspectos fundamentais delineados por Dinamarco, a saber: “Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (...); segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade* (...); finalmente assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política”;¹¹³ este último refletindo o papel do Direito Processual Coletivo na sociedade, que por meio dos institutos da Ação Civil Pública e Ação Popular concretizaram este aspecto; em seguida temos o *escopo jurídico*, significando que o processo deve se dirigir à atuação da vontade concreta da lei; e, finalizando, chegamos ao escopo do processo mais importante, sob o nosso ponto de vista, relativamente ao Direito Processual Coletivo, o *escopo social*. Por este escopo, o processo deve servir como um caminho para a educação da sociedade, ou seja, deve o processo fazer nascer nos indivíduos a consciência da necessidade de exercitar seus próprios direitos e também do reconhecer e respeitar direitos alheios.

A reunião desses escopos deságua no escopo magno do processo, qual seja, a *pacificação social com justiça*. Na medida em que o Estado se vale de critérios para eliminar, de forma justa, os conflitos e insatisfações existentes entre os indivíduos de uma sociedade,

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 149.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 151.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 168.

para ele nasce a legitimidade e o poder, como bem assevera Dinamarco: “São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade”.¹¹⁴ Qualquer que seja a decisão é fundamental que esteja pautada em critérios justos, pois a segurança jurídica, como diz o próprio Dinamarco, “é em si mesma fator de pacificação”.¹¹⁵

□ luz destes dois últimos escopos estudados, vem à tona a importância do Direito Processual Coletivo. Por intermédio dele o Estado Democrático de Direito detém a possibilidade de concretizar o seu fim maior: a transformação da realidade social. Não devemos nos esquecer que um dos elementos que constituem o método do Direito Processual Coletivo é o social, por nós já analisado nas linhas introdutórias deste trabalho; da mesma forma a sua natureza jurídica se reveste deste caráter, pois além de ser “processual □ constitucional” é igualmente “social”. Portanto, é o Direito Processual Coletivo não somente um instrumento de concretização da paz social, mas também de transformação desta realidade, ao mesmo tempo em que funciona como canal de educação para o exercício da cidadania.¹¹⁶

2.1.1.1. O Aspecto Positivo da Instrumentalidade e sua relação com o Direito Processual Coletivo.

O aspecto positivo da instrumentalidade consiste na necessidade de fazer do processo verdadeiramente efetivo, em outras palavras, torná-lo um instrumento idôneo e eficiente para a garantia do livre acesso à justiça.

Por acesso à justiça entenda-se o que a doutrina costuma classificar como *acesso a uma ordem jurídica justa*. Este conceito está intimamente ligado ao conceito de efetividade, ou seja, a efetividade do processo somente será auferida se este for capaz de transformar todos

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 160.

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 162.

¹¹⁶ “(...) o *direito processual coletivo* visa tutelar sempre um direito ou interesse social, tanto que o megascope da jurisdição é a pacificação social com justiça, ao mesmo tempo em que é fundamental a tutela jurisdicional coletiva como canal de educação do povo (...).” (Destaques do autor)

Somente haverá a transformação da realidade social com a real implementação do Estado Democrático de “Direito, quando for possível a proteção e a efetivação dos direitos primaciais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, ao consumidor, etc. Para tanto, o *direito processual coletivo* é fundamental, até porque é por seu intermédio que poderá ocorrer a *proteção objetiva* desses direitos e garantias constitucionais fundamentais e a *efetivação*, no plano concreto, dos direitos coletivos violados com a transformação da realidade social.” (Destaques do autor) (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual [princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação]**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15.).

os óbices que impedem o livre acesso a uma ordem jurídica justa, ao mesmo tempo em que atenda a todos os seus escopos aos quais se destina, e nisto o Direito Processual Coletivo tem algo a dizer.

Nesta fase crítica instrumentalista, os processualistas passaram a preocupar-se em ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examinando os resultados produzidos na sociedade, tudo com o fito de fazer florescer a efetividade processual, como já foi dito anteriormente. Sendo assim, nesta fase crítica, foram imaginadas três ondas renovatórias de acesso à justiça¹¹⁷ pelos juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth, fruto de trabalhos anteriores publicados, como eles mesmos dizem “sob os auspícios do Projeto de Florença”¹¹⁸, fato que culminou com a publicação da clássica obra sobre o *acesso à justiça*.¹¹⁹

A primeira onda renovatória consiste em outorgar aos menos favorecidos economicamente uma assistência judiciária gratuita; a segunda se apresenta como reformas que têm por finalidade assegurar uma efetiva representação dos interesses difusos em juízo; e, por fim, a terceira onda representaria um novo enfoque acerca do acesso à justiça, incluindo as duas ondas anteriores, onde se buscariam meios de “atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.¹²⁰

Indo diretamente ao ponto que mais nos interessa no presente momento, falaremos, agora, o que representa a segunda onda renovatória do acesso à justiça para a efetividade processual. O surgimento desta onda renovatória se deu graças às noções processuais individuais liberais que ainda se encontravam muito latentes nos tempos mais tenros da instrumentalidade. O surgimento das sociedades de massa, como dizem os autores, “forçou a reflexão sobre as noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais”.¹²¹ Nesta etapa do trabalho dos juristas em comento foram discutidas

¹¹⁷ Para nós, no momento, só irá interessar a segunda delas, pois não se pretende fazer aqui um estudo detalhado deste movimento sob pena de perdermos o foco do nosso trabalho. Portanto, faremos apenas breves menções da primeira e terceira ondas, reservando para a segunda um estudo mais completo, mas não exauriente por conta dos mesmos motivos.

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 07.

¹¹⁹ A razão primordial desta obra, a qual visa dar um novo enfoque à efetividade da prestação jurisdicional, consiste, como os próprios autores relatam, em: “(...) delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas. Essa abordagem, como se verá, vai muito além das anteriores. Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos — e não meramente simbólicos — os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 08.)

¹²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

¹²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49.

algumas reformas tendentes a dar garantia de pleno acesso à justiça àqueles novos interesses cuja proteção reclamava alterações em institutos processuais clássicos como a legitimidade ativa e coisa julgada.¹²³

A respeito do primeiro instituto, Cappelletti e Garth sugerem a chamada “técnica do Procurador [Geral Privado]”, a qual, por sinal, foi bem acolhida pelo nosso ordenamento jurídico:

Permitir a propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos é, por si só, uma grande reforma. Mesmo que subsistam, por uma ou outra razão, as barreiras à legitimação de grupos ou classes, trata-se de um importante primeiro passo o permitir que um ‘procurador [geral privado]’ ou ‘demandante ideológicos’ suplementem a ação do governo.¹²⁴

Foi também nesta fase que a idéia de coisa julgada coletiva surgiu como instituto essencial para a efetivação desses novos interesses:

(...) é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da *coisa julgada*, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.¹²⁵ (Destaques dos autores)

Há ainda quatro pontos de aferição da efetividade processual, chamados pela doutrina de “pontos sensíveis” que aliados às ondas renovatórias de acesso à justiça constituem óbices com potencial poder de desvirtuar a efetividade processual.¹²⁶ Destacamos como o mais imprescindível para nossa temática o primeiro ponto sensível, *a admissão em juízo*, o qual mantém muita semelhança com a segunda onda renovatória do acesso à justiça.

¹²² Importa, por conseguinte, anotar a seguinte observação feita por Ricardo de Barros Leonel a respeito do surgimento das lide coletivas: “(...) não é correto pensar que conflitos de índole coletiva só tenham surgido recentemente. Em verdade, sempre existiram. Seu tratamento processual coletivo, este sim, é que guarda origem e evolução recente, pois do ponto de vista da própria Administração Pública tais interesses sempre, necessariamente, receberam tratamento de certa forma organizado. (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.)

¹²³ Aliás, essa mudança de paradigmas ocasionou uma série de mudanças tendentes a alcançar aquele objetivo da efetividade processual. Ricardo de Barros Leonel expõe essa necessidade de mudanças: “(...) a história recente indica um considerável declínio do processo de cunho individual e de todos os institutos que não propiciam aquilo que o instrumento deve necessariamente fornecer, i. é, uma adequada resposta a problemas emergentes da sociedade moderna. Daí o relevo que vêm recebendo temas como a antecipação da tutela jurisdicional, a tutela inibitória, a execução provisória, e o próprio processo coletivo. Refletem a necessidade de concessão de efetivas possibilidades de acesso à justiça e de respostas adequadas, aptas a solucionar na medida correta e em tempo hábil, os novos problemas que se verificam na vida de relação.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.)

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 55.

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 50.

¹²⁶ Seguindo as mesmas orientações quando falamos a respeito das ondas renovatórias do acesso à justiça, teceremos comentários apenas ao ponto que mais irá nos interessar a fim de não tornarmos esta dissertação por demais extensa e desprovida de objetividade.

Este ponto sensível vem romper com a postura individualista herdada do direito romano pelos países da Europa Continental e América Latina, para alertar os legisladores destas partes do mundo a adequarem seus sistemas de resolução de conflitos àqueles que sempre estiveram atrelados às regras solidaristas, sempre arraigadas nos países de origem anglo-saxônica. Cândido Dinamarco fazendo uma análise crítica desta postura individualista, nos atenta para a necessidade de nosso ordenamento jurídico assumir uma roupagem solidarista devido o crescimento das relações massificadas:

Tal disciplina consiste numa interpretação acanhada e insuficiente da garantia constitucional da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, em contraste com as tendências solidaristas do Estado e do direito contemporâneos. Hoje, importa menos “da a cada um o que é seu”, do que promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como membro desta e procurando a integração de todos no contexto social (...); sucede-lhe agora o impulso doutrinário no sentido da “molecularização” do direito e do processo, ou seja, do tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais.¹²⁷

Mais à frente, o mesmo Dinamarco nos ensina que o reconhecimento de interesses como os do consumidor, meio ambiente, patrimônio histórico, turístico etc. implica num “enorme passo dado no sentido da maior abertura da via de admissão em juízo e, conseqüentemente, de acesso à justiça”.¹²⁸

Nesse diapasão, o Direito Processual Coletivo brasileiro contribuiu e muito para que o nosso ordenamento jurídico se encaixasse nos novos padrões exigidos pelas regras solidaristas. Basta olharmos os ditames dos arts. 81 e 103, CDC¹²⁹ que tratam da legitimação

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 278.

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 280.

¹²⁹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em Juízo individualmente, ou a título coletivo;

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

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

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

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

ativa e coisa julgada, respectivamente, bem como o art. 16 da Lei n.º 7.347/85¹³⁰ e art. 1.º da Lei n.º 4.717/65.¹³¹

O Direito Processual Coletivo também contribui para tornar o processo efetivo na medida em que atende a um outro ponto sensível de auferição da efetividade processual: “a efetividade das decisões”. Lembremos do *princípio da máxima efetividade do processo coletivo*, pelo qual o processo coletivo deve utilizar todos os meios processuais idôneos e em comum ao processo individual para que a sentença oriunda dele possua efetividade, como, v.g., concessão de antecipação dos efeitos da tutela, tutela inibitória do art. 461, CPC, medidas cautelares em geral etc.¹³²

Pois bem, sendo efetivo (e instrumental) o processo, significa dizer que o fim pretendido por ele está integralmente consolidado. Cremos que o processo, no tempo presente e nos tempos vindouros, estará inteiramente cumprindo o seu mister quando conseguir ser instrumento por meio do qual todos na sociedade respeitem e exerçam com plenitude seus direitos, sejam eles individuais ou coletivos. Concluindo: fazendo uma junção de tudo o que estudamos neste capítulo, o conceito que devemos assimilar de “efetividade” encontramos nas objetivas lições de Agnelo Limeira Monteiro:

A efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.¹³³

O Estado Democrático de Direito – fundamento basilar do Direito Processual Coletivo –, por ter seu principal escopo a transformação da realidade social, deve

¹³⁰ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada ao artigo pela Lei n.º 9.494, de 10.09.1997).

¹³¹ Art. 1º Qualquer 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, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

¹³² Candido Rangel Dinamarco remete ao Estado uma parcela na culpa pela criação de obstáculos ao acesso à justiça. Para ele o Estado falharia quando, ao nosso ver, não prolata uma decisão apta a por termo ao processo analisando as questões de mérito postas à sua análise. Corroborando estas nossas conclusões eis aqui os ensinamentos do processualista: “(...) o Estado falha ao dever de dispensar tutela jurisdicional a quem tem direito a ela [e tem direito à tutela jurisdicional quem, no processo, demonstra ter razão...] quando inadmite o sujeito em juízo, quando conduz mal o processo, quando julga equivocadamente e também quando, não obstante haja julgado muito bem, não confere efetividade prática a seus julgados” (DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Tomo I. p. 593).

¹³³ MONTEIRO, Agnelo Limeira dos Milagres. *A Prestação Jurisdicional e a sua Eficácia Processual*. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru - PE**. Caruaru – PE, v. 34 – n.º 1 – outubro de 2003. p. 20.

proporcionar ao cidadão, como já ficou demonstrado, o incondicional acesso à uma *ordem jurídica justa*. Não pode o Estado se negar a prestar de forma efetiva, um direito consagrado na nossa Lei Maior (art. 5.º, XXXV), sob pena de, como oportunamente assevera Dinamarco, “o Estado de direito ser descaracterizado como tal”.¹³⁴

2.1.2. MICROSSISTEMA PROTETIVO FORMADO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

No início deste nosso trabalho, falamos que a ausência de uma codificação uniforme representa um obstáculo ao reconhecimento do Direito Processual Coletivo como ramo autônomo do direito processual. Tanto é assim que, hoje, dois dos juristas que tiveram a incumbência de elaborar o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, Ada Pellegrini e Kazuo Watanabe, aliados a outros juristas do mesmo escalão, a exemplo de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Antônio Gidi, estão propondo um novo anteprojeto para a confecção de um *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*. Não há dúvidas de que o brilhante projeto tornará o Direito Processual Coletivo um ramo de destaque na moderna processualística, haja vista as grandes transformações sociais ocorridas no último século. Todavia, a falta de um “Código de Processo Coletivo” não impede, ainda assim, o reconhecimento da autonomia e aplicabilidade desta ramificação do direito processual.

Duas das principais leis que fazem parte do arcabouço legal do Direito Processual Coletivo compõem hoje o que a doutrina denomina de *Microssistema Protetivo para a defesa dos direitos e interesses coletivos*. Estamos nos referindo à Lei da Ação Civil Pública e ao Código de Defesa do Consumidor, este último, mais precisamente no tocante ao Título III, sua parte processual. Dessa forma, o operador do direito utilizará estes dois diplomas legais, lançando mão de suas regras processuais, para a solução de controvérsias pertinentes aos direitos e interesses coletivos *lato sensu*.

Esta perfeita interação foi possível graças ao surgimento do Código de Defesa do Consumidor que acrescentou pelo seu art. 117 o art. 21 à Lei da Ação Civil Pública do seguinte teor: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”, assim também, pelo art. 90, CDC consolida-se a mencionada

¹³⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Tomo I. p. 594.

reciprocidade entre aquelas compilações normativas. Sendo assim, às ações fundadas com base na Lei da Ação Civil Pública aplicam-se as suas normas processuais bem como o Título III do Código de Defesa do Consumidor; e para as ações com fundamento no Código de Defesa do Consumidor aplicam-se tanto o Título III deste diploma protetivo consumerista como as disposições processuais da Lei da Ação Civil Pública.¹³⁵ É o que nos ensina, com toda a autoridade, os juristas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de A. Nery:

Integração dos sistemas da LACP e do CDC. Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Tít. III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6ª VI). Este instituto, embora se encontre topicamente no Tít. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Tít. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia e interação entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹³⁶ (Destaque dos autores)

Houve ainda um fato capaz de obstar esta integração, no entanto não se logrou êxito. O art. 89, CDC, vetado pelo Presidente da República, dispunha que as regras processuais do Título III do Código de Defesa do Consumidor aplicar-se-iam a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente. O veto presidencial ora em análise não prejudicou em nada esta perfeita interação existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública graças a inclusão do art. 21 nesta última feita por meio do art. 117, CDC como bem explica Nelson Nery Júnior:

(...) o veto presidencial não afetou os sistemas do CDC e da legislação extravagante que trata de aspectos processuais dos interesses difusos. Com efeito, o art. 21 da LACP, com a redação dada pelo art. 117 do CDC, determina que se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III do CDC.¹³⁷

Por mais estranho que possa parecer, o veto presidencial do art. 89, CDC implicou num benefício ao Direito Processual Coletivo brasileiro, pois findou a restrição feita por

¹³⁵ Devemos atentar para um detalhe importante aqui. O Código de Defesa do Consumidor é norma especial, portanto regido pelo *princípio da especialidade*. □ vista dessa ressalva concluímos que as disposições processuais da Lei da Ação Civil Pública serão aplicadas subsidiariamente ao Título III do Código de Defesa do Consumidor nas ações com base em direitos do consumidor como nos mostra Nelson Nery Júnior: “Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observado o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo. às quais se aplica o Título III do CDC e só subsidiariamente a LACP” (NERY JÚNIOR, Nelson *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1033).

¹³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1355.

¹³⁷ NERY JÚNIOR, Nelson *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1032.

aquele dispositivo aos direitos individuais. Resumindo: o art. 89, CDC fazia menção apenas aos direitos individuais homogêneos, ou seja, as disposições processuais do Título III do Código consumerista, por esse artigo, só poderiam ser utilizadas para tutelar aqueles direitos tratados de forma coletiva. Restou dessa forma apenas o art. 117, CDC que acrescentou à Lei da Ação Civil Pública o art. 21, o qual não traz consigo nenhuma restrição à espécie de direitos individuais passíveis de tutela por meio do Título III do Código de defesa do Consumidor. Vejamos com maior clareza as lições de Nelson Nery Júnior mais uma vez, o qual comenta o art. 117, CDC:

Vê-se que esse artigo tem abrangência maior do que o texto vetado do art. 89, pois não discrimina quais os interesses individuais que podem valer-se dos dispositivos do CDC, ao passo que o vetado art. 89 somente permitia a utilização dos dispositivos processuais do CDC para as ações que versassem sobre direitos individuais homogêneos tratados coletivamente (...).¹³⁸

Por fim, completando de vez este “microsistema processual”, o art. 90, CDC, como não poderia deixar de ser, manda que sejam aplicados os dispositivos do Código de Processo Civil no que não contrariar o espírito da tutela jurisdicional coletiva. Kazuo Watanabe nos lembra do caráter geral que tem o referido *codex*, e por essa razão, a sua aplicabilidade, repita-se, naquilo que não for colidente às regras especiais de proteção dos direitos e interesses transindividuais, “é solução imperiosa”.¹³⁹ Abrilhantando ainda mais a formação desse “microsistema protetivo” pela legislação especial (Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública) e o Código de Processo Civil, o art. 83, CDC, numa clara manifestação do *princípio da máxima efetividade do processo coletivo*, permite que todas as espécies de provimentos jurisdicionais e ações judiciais sejam aplicáveis ao Direito Processual Coletivo.¹⁴⁰ Com isso, houve um alargamento das possibilidades de tutela daqueles direitos coletivos e conseqüente fortalecimento do Direito Processual Coletivo. Em outras palavras, a tutela dos direitos coletivos não mais se restringe àquelas ações mencionadas no preâmbulo da Lei da Ação Civil Pública bem como nos seus arts. 1.º, 3.º e 4.º, quais sejam, a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados e que tenha por objeto a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a Ação Popular e as Ações Cautelares em geral.

¹³⁸ NERY JÚNIOR, Nelson *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1032.

¹³⁹ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 853.

¹⁴⁰ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Diante de todas essas afirmações, o Direito Processual Coletivo verdadeiramente se constitui de um microsistema integrado com autonomia, pois, embora sejam a ele aplicadas as regras do ortodoxo processo civil, possui legislação própria com regras bastante específicas e, até certo ponto, condizentes com as necessidades de tutelas dos direitos e interesses massificados.

2.1.3. NASCIMENTO DE UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO POSITIVO.

O Direito Processual Coletivo é fruto de uma perfeita interação existente entre a LACP e a parte processual do CDC (Título III), resultando na formação de um microsistema processual integrado para a defesa dos interesses e direitos transindividuais.

A tutela coletiva, como já pudemos observar em linhas anteriores, conseguiu lugar de destaque no ordenamento jurídico com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988. Com a posterior edição do CDC, em 1990, todo o panorama processual brasileiro foi transmutado, passando a ser instrumento idôneo de tutela dos novos direitos surgidos na sociedade de relações massificadas e que reclamavam uma eficaz proteção do aparelho jurisdicional. Kazuo Watanabe descreve satisfatoriamente esta nova roupagem processual da seguinte forma:

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente.¹⁴¹

Toda esta evolução se deu graças ao surgimento, e principalmente ao reconhecimento, dos chamados direitos e interesses coletivos *lato sensu*, que se compõem dos direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Estes, portanto, constituem o objeto tutelado pelo Direito Processual Coletivo.

As discussões acerca dos seus aspectos fundamentais, tais como titularidade, indivisibilidade do seu objeto e sua alocação entre os interesses públicos e os interesses privados, realizadas na Itália na década de 70, foram essenciais para despertar no legislador os sentimentos de proteção que eles merecem, aliadas, obviamente, à crescente onda de relações jurídicas envolvendo sujeitos indeterminados.

¹⁴¹ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 784.

Dentre estes aspectos *sui generis* dos direitos coletivos, destacamos a sua inserção entre a clássica dicotomia entre direito público e direito privado, surgida no direito romano.

Por muito tempo, os estudiosos do direito procuraram estabelecer, sem sucesso, uma nítida linha divisória entre o direito público e o direito privado no que tange aos seus respectivos conceitos e aplicação prática.¹⁴² A doutrina conceitua estes dois clássicos ramos do direito positivo da seguinte maneira:

O *direito público* seria aquele que regula as relações em que o Estado é parte, ou seja, rege a organização e atividade do Estado considerado em si mesmo (direito constitucional), em relação com outro Estado (direito internacional), e em suas relações com os particulares, quando procede em razão de seu poder soberano e atua na tutela do bem coletivo (direitos administrativo e tributário). O *direito privado* é o que disciplina as relações entre particulares, nas quais predomina, de modo imediato, o interesse de ordem privada, como compra e venda, doação, usufruto, casamento, testamento, empréstimo etc.¹⁴³ (Destaques do autor)

No entanto, esta mesma doutrina afirma categoricamente que ambos os conceitos acima traçados servem, unicamente, como critério diferenciador no plano didático, pois, normas de direito público e direito privado, como reafirma Maria Helena Diniz, intercomunicam-se freqüentemente, não se constituindo em “dois compartimentos estanques”.¹⁴⁴ O próprio Rodolfo de Camargo Mancuso reconhece a existência de uma insuficiência da clássica dicotomia *direito público* e *privado* justamente por conta desta firme e constante interação entre ambos, como diz.¹⁴⁵ Para constatarmos essa assertiva basta olharmos com atenção para a interferência de um sobre o outro, tão nítida nos tempos hodiernos, onde o Estado age, muitas vezes, como um verdadeiro particular celebrando, por

¹⁴² Fazendo referência às últimas três décadas, Hugo Nigro Mazzilli nos mostra aquela que talvez seja a maior crítica feita à clássica dicotomia do direito positivo: igualar os conceitos de *interesse público* e *interesse social*. O mencionado autor é claro e enfático ao estabelecer uma separação conceitual técnica do que seja um e outro. Esta crítica, como podemos observar abaixo, teve papel importante para o surgimento de uma nova categoria do direito positivo além daquela já conhecida por todos. Vejamos as palavras do referido autor nesse sentido: “(...) essa dicotomia, que existe com todos os países de tradição romana do Direito, passou a sofrer crítica muito acentuada, principalmente nestas três últimas décadas. Em primeiro lugar, porque hoje a expressão *interesse publico* tornou-se equívoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos, os interesses difusos etc. O próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral, ou seja, o interesse geral da coletividade ou o interesse da coletividade como um todo. Em segundo lugar, porque, nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região, no que diz respeito a questões ambientais comuns, ou os consumidores de um produto, no que diz respeito à qualidade ou ao preço da mercadoria” (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. Pp. 41 [42]).

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 255.

¹⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 256.

¹⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 39.

exemplo, contratos de compra e venda, locação etc.; da mesma forma, observemos como os institutos de direito privado se vêem envolvidos por um caráter eminentemente cogente.¹⁴⁶

Particularmente, a interferência do direito público sobre o direito privado recebe hoje o nome de “crise do direito privado”. Crise não no sentido negativo da palavra, mas de mudança de paradigmas. Este é um fator de peso para que possamos constatar a imprecisão conceitual entre os dois ramos do direito positivo, como bem observa Rodolfo de Camargo Mancuso. No entanto, o mencionado autor atribui outro nome a esse fenômeno que, para ele, trata-se da chamada “publicização do direito”, a qual é decorrente de uma “tendência para a exacerbação do ‘coletivo’, por força da anexação de áreas antes afetadas ao ‘particular’”.¹⁴⁷ □
luz dessas informações, observa-se atualmente uma crescente demanda contratual por intermédio de cláusulas já predispostas (contratos de adesão), fruto das chamadas relações de massa. Sobre este aspecto de mudança do direito privado Rizzatto Nunes escreve:

No atual estágio do desenvolvimento do direito positivo, existe uma tendência à publicização dos atos dos particulares, senão como conteúdo efetivo a ser exercido, pelo menos como garantia posta processualmente à disposição do particular.¹⁴⁸

Portanto, em razão desta constante interferência, a qual tem suas raízes fincadas nas crescentes relações de massa, a doutrina inovou a classificação do direito positivo criando uma nova categoria, a dos *direitos difusos*, justamente por conta da dificuldade em se compor

¹⁴⁶ Em explanação acerca desta interferência entre os dois clássicos ramos do direito positivo, Giuseppe Lumia reforça ainda mais o entendimento da maioria doutrinária afirmando que esta sub-divisão não detém caráter científico, mas apenas ideológico. Segundo o autor italiano as diferenças conceituais existentes entre direito público e direito privado variam de acordo com o momento histórico onde esta dicotomia está servindo de objeto de análise, sempre levando em conta a cultura de prevalência do interesse público sobre o privado: “(...) nem mesmo esse critério parece decisivo, pelo menos por duas razões: *a*) em primeiro lugar, porque é possível que o Estado ou outra entidade pública aja não como sujeito provido de império, mas como sujeito particular, dando vida a relações de direito privado (estipulando, por exemplo, contratos de locação, de administração etc.); *b*) em segundo lugar, porque as relações entre sujeitos públicos de um mesmo grau (por exemplo, entre os mais comuns os que constituem uma sociedade) são indiscutivelmente de direito público, posto que não existe entre os sujeitos uma relação de supremacia-subordinação. (...) As dificuldades mencionadas dão razão àqueles que, como Kelsen, negam que a distinção tenha validade científica: essa, de fato, longe de conotar duas espécies essencialmente diferentes do gênero ‘direito’, coloca-se sobre um plano de relatividade histórica e tem um significado meramente ideológico, ligado à consagrada prevalência do direito público sobre o direito privado como expressão da supremacia do poder político sobre a autonomia negocial dos particulares. (...) Compreende-se que a linha de demarcação entre os dois ‘direitos’ varia historicamente, de acordo com a extensão que se queira atribuir à esfera de competência do poder político com relação àquela deixada à autonomia dos particulares. Não é raro que determinadas relações, mesmo que de direito público, se transformem em relações de direito privado, e vice-versa: basta pensar, por exemplo, na descri descriminalização do adultério e do concubinato que, ainda assim, continuam a ter relevância jurídica na questão relativa à separação por culpa de um dos cônjuges e, em sentido oposto, à publicização das normas sobre as garantias em questões relativas ao trabalho, outrora meramente facultativas e agora absolutamente automáticas”. (LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Pp. 57[59].

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 41.

¹⁴⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 115.

uma classificação de normas infensa a alterações. A insurgência de novos direitos sociais abriu as portas para solucionar o problema do estabelecimento daquele limite pretendido entre o direito público e o direito privado, conforme as palavras de Rizzatto Nunes:

(...) desde que se começou a tomar consciência dos novos direitos sociais que se firmaram com o desenvolvimento das sociedades de massa (especialmente o Direito do Consumidor e o Direito Ambiental), surgiu um conceito diferente que acabou possibilitando a elaboração de nova classificação, agora capaz de dar conta dos problemas que os limites entre Direito Privado e Público punham.¹⁴⁹

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover nos revela o significado destes direitos e interesses sociais. De acordo com a mencionada jurista:

(...) os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas.¹⁵⁰

Ada Pellegrini ainda ressalta que destes interesses sociais uma nova forma de gerir a coisa pública veio à tona. Por intermédio deste modelo de gestão, os chamados “grupos intermediários” ou “corpos intermediários” – os quais, segundo a autora, são entes dotados de autonomia e de funções específicas – começaram a realizar uma espécie de “gestão participativa”, ou seja, uma forma de descentralização do poder do Estado e conseqüente limitação deste “não mais limitada ao plano estatal, mas estendida ao plano social”, como diz. Em decorrência dessas “liberdades públicas” uma 3.^a geração de direitos fundamentais surgiu no cenário jurídico, formando os chamados “direitos da solidariedade”, oriundos destes interesses sociais, os quais, a partir deste momento, foram erigidos à categoria de direitos.¹⁵¹

Outro aspecto bastante importante para a consecução de uma efetiva proteção dos direitos sociais foi a equiparação entre si dos termos *interesse* e *direito* realizada pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor. Em nível de legislação infraconstitucional esta equiparação encontra-se consubstanciada no art. 81, CDC¹⁵²; já na

¹⁴⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 115.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Apud* WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 783.

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Apud* WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pp. 783-784.

¹⁵² Art. 81. A defesa dos *interesses* e *direitos* dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – *interesses* ou *direitos* difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

seara constitucional a equivalência dos dois termos pode ser observada nos seguintes dispositivos: art. 5.º, LXX, *b* e art. 129, III, ambos de nossa Lei Maior.¹⁵³

Este feito teve uma importância ímpar para a tutela dos direitos e interesses massificados, pois implicou em uma mudança ontológica daquilo que compreendemos por *direito subjetivo*. A clássica visão de que um direito subjetivo deveria ter sempre um titular próprio determinado é o puro reflexo da mentalidade liberal-individualista reinante em tempos antecedentes e ainda com bastantes resquícios no direito moderno. Neste sentido, vejamos as lições de Kazuo Watanabe que ratificam nossas afirmações acima:

A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os “interesses” pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os “interesses” relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica.¹⁵⁴

Para uma melhor compreensão deste fenômeno que acarretou numa nova concepção do direito subjetivo devemos nos socorrer da exata definição do que seja *interesse* e *direito*. Quem melhor faz esta distinção entre eles é Giuseppe Lumia, e a faz de forma precisa e exauriente:

Um direito subjetivo é atribuído pelo ordenamento jurídico ao seu titular quando tal ordenamento julgar que o interesse desse último seja particularmente merecedor de tutela e, possa, além disso, ser mais bem satisfeito deixando ao titular uma esfera de liberdade dentro da qual lhe seja lícito agir (*agere licere*), conforme a sua vontade. A relação entre interesse e direito subjetivo é tão estreita que se pode reconhecer no primeiro o substrato material daquele conjunto de pretensões, faculdades, poderes e imunidades que constituem o segundo.¹⁵⁵

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 (destacamos).

¹⁵³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXX □o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

b) 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;

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III □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 (destacamos).

¹⁵⁴ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 800.

¹⁵⁵ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.111.

A tarefa do legislador foi brilhante neste sentido, pois ao posicionar os interesses num mesmo patamar que os direitos retiraram do primeiro o seu mero significado de pretensão. Em outras palavras, não haverá mais a necessidade de uma determinada pretensão estar positivada no ordenamento jurídico assumindo a feição de direito, nem haverá também a exigência de se apontar o(s) sujeito(s) deste direito.¹⁵⁶ Dessa maneira, os interesses pertencentes a uma gama de indivíduos indetermináveis são passíveis do mesmo tratamento de proteção que o Poder Judiciário outorga aos direitos individuais. O resultado disso é a quebra do modelo individual liberal da prestação jurisdicional e fortalecimento do Direito Processual Coletivo.

Humberto Queiroga Lavié ainda ressalta a importância da proteção dos interesses para a função preventiva da jurisdição acrescentando, assim, mais um argumento plausível para a necessidade de equiparação dos interesses aos direitos, segundo ele: “Proteger al interés jurídico antes que nazca un derecho subjetivo exigible, implica cumplir la función preventiva del derecho en beneficio del sistema jurídico en su globalidad y no solamente en beneficio de los sujetos afectados”.¹⁵⁷

Portanto, cremos que essas explicações acima, da disciplina de teoria geral do direito, acerca desta nova subdivisão do direito positivo trazida à baila nesta etapa do presente trabalho, foram proveitosas e revelaram os porquês do objeto tutelado pelo Direito Processual Coletivo ser constituído tanto dos *interesses*, quanto dos *direitos* difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Passemos em seguida a detalhar o estudo de cada um deles.

2.1.3.1. Direitos ou Interesses Difusos.

Diz o art. 81, parágrafo único, I, CDC, que direitos ou interesses difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e legadas por circunstâncias fáticas.

¹⁵⁶ Kazuo Watanabe é claro, nesse sentido, ao afirmar que: “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles” (WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 800).

¹⁵⁷ “Proteger o interesse jurídico antes que nasça um direito subjetivo exigível, implica cumprir a função preventiva do direito em benefício do sistema jurídico em sua globalidade e não somente em benefício dos sujeitos afetados” (Livre tradução do autor). LAVIÉ, Humberto Queiroga. *Apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional**. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 205.

Esta espécie de direito transindividual nutre uma semelhança enorme com os chamados direitos coletivos *stricto sensu*, diferenciando-se deles, principalmente, quanto ao aspecto da origem dos mesmos. Para situar melhor o leitor nestes critérios de diferenciação dos tipos de direitos transindividuais, é imperioso trazermos à baila os aspectos que irão diferenciar cada uma destas espécies. Em primeiro lugar, deve-se analisar o critério *subjetivo*, ou seja, a quem pertence a titularidade daquele direito; em segundo lugar, passa-se à aferição do critério *objetivo*, onde será analisada a possibilidade ou não da divisibilidade do direito tutelado; e, por último, aprecia-se o origem do direito a ser tutelado. Ao longo desta etapa do nosso trabalho buscaremos definir cada um desses critérios relativamente a cada espécie de direito transindividual.

Mas, voltando à diferenciação entre os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, quem a faz de forma simples é Antônio Gidi, utilizando, unicamente, o aspecto da origem do direito, observemos:

É apenas analisando o aspecto origem que a diferença entre os direitos difusos e os coletivos mais nitidamente ressalta. Enquanto nos direitos difusos as pessoas que compõem a comunidade titular do direito não são ligadas por nenhum vínculo jurídico prévio, mas por meras circunstâncias de fato, nos direitos coletivos as pessoas que compõem a coletividade titular do direito são ligadas por uma prévia relação jurídica base que mantinham entre si ou com a parte contrária.¹⁵⁸

Citamos como exemplo de direitos difusos os relativos ao meio ambiente, patrimônio histórico e cultural¹⁵⁹, moralidade administrativa etc. Percebemos que tais interesses não correspondem a uma determinada pessoa, ou mesmo a grupo de pessoas plenamente determinável, mas, pelo contrário, todos, indistintamente, são titulares destes direitos não sendo possível estabelecer a quota parte de cada indivíduo da sociedade relativa ao gozo destes direitos.

¹⁵⁸ *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 488. Nota 878.

¹⁵⁹ ADMINISTRATIVO. INTERESSES DIFUSOS REFERENTES AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. OBRA DE DEMOLIÇÃO DE PARTE DA FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S/A NA ESTAÇÃO FERROVIÁRIA DE CACHOEIRA-BA. DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL DO PAÍS. DANO AO MEIO AMBIENTE. AMEAÇA DA ESTABILIDADE E CONSERVAÇÃO DE PRÉDIO TOMBADO PELO TRAFEGO DE TRENS NO INTERIOR DA ESTAÇÃO ESCOAMENTO DE PRODUTOS PETROQUÍMICOS ATRAVÉS DE CENTRO URBANO, I. Tombado o conjunto arquitetônico e paisagístico da cidade de Cachoeira, sujeita-se a regime especial de proteção de sorte que alterações nos seus imóveis dependem de autorização prévia do IPHAN (Decreto-Lei 25 de 30.11.1937, arts. 17 e 18). 2. A passagem de trens no interior da velha estação ferroviária tombada ameaça sua estabilidade e conservação, em virtude do aumento das vibrações e dos gases. 3. Sendo a linha férrea o principal caminho para escoar os produtos petroquímicos (paraxileno, octanol, combustíveis e outras mercadorias perigosas), coloca-se em risco a saúde das pessoas que residem nas suas proximidades. 4. Demonstrado que o projeto de demolição de parte da estação ferroviária tombada não traz nenhuma vantagem para a cidade de Cachoeira, a obra é, em princípio, solução que atende aos interesses da empresa, em detrimento da qualidade de vida dos habitantes. 5. Agravo improvido. (TRF 1.ª Região, Rel. Juíza Maria de Almeida, Agravo de Instrumento 2001.010.00.12908-8, DJU 05.06.2001, p. 733).

Todavia, a diferença dos direitos ou interesses difusos em relação aos direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* não se restringe apenas ao aspecto da origem, mas estende-se a outros aspectos, como defende uma boa parte da doutrina. No pensamento de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, os direitos difusos não permitem, de maneira alguma, a identificação dos seus titulares, ao passo que nos direitos coletivos em sentido restrito os seus titulares são *identificáveis*.¹⁶⁰ Nelson Nery Júnior, por sua vez, vai mais longe ao afirmar que “o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o *tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial*”.¹⁶¹

Não obstante essas discussões doutrinárias, o fato é que, tanto os direitos difusos quanto os direitos coletivos *stricto sensu* possuem o caráter de indivisibilidade do seu objeto, não sendo possível determinar o *quantum* equivalente para cada lesado. Especificamente no caso dos direitos difusos, esta característica de indivisibilidade do mencionado direito deve advir de uma relação fática existente entre os seus indetermináveis titulares. Porém, a doutrina nos alerta para dois problemas capazes de ofuscar o nosso aprendizado em relação à identificação de um direito difuso. Em primeiro lugar, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes enfatiza que esta determinabilidade pode não ser absoluta, mas apenas “difícil ou irrazoável”, ou seja, poderemos confundir-lo como sendo um direito ou interesse coletivo em sentido restrito, sendo, neste caso, o critério da exclusão o fator capaz de estabelecer um diferencial entre ambos. Traduzindo: se a relação mantida entre os titulares for fática, mesmo sendo os sujeitos dela passíveis de determinação como, v.g., um grupo ou classe de pessoas, o direito será difuso:

Não se exige que a indeterminabilidade seja absoluta, mas apenas que seja difícil ou irrazoável. Desse modo, os titulares de uma pequena comunidade ou cidade, diante de um problema ambiental eminentemente local, serão, para fins de enquadramento no sistema brasileiro, considerados como indeterminados. Junte-se a isso a possibilidade da falta ou irrelevância de relação jurídica base. Forçoso concluir, portanto, que o interesse difuso será qualificado por exclusão, ou seja, quando não for coletivo em

¹⁶⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 09.

¹⁶¹ Para exemplificar e tornar mais claros os seus ensinamentos, Nelson Nery Júnior, logo em seguida, toma como parâmetro interpretativo o famoso incidente com o barco *Bateau Mouche IV* ocorrido no Rio de Janeiro ao final do ano de 1988, vejamos: “O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual. O acidente com o *Bateau Mouche IV*, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), 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). (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal [Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman]**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 21. p. 120).

sentido estrito, porque inexistentes a determinação e a relação jurídica base das pessoas entre si ou com a parte contrária.¹⁶²

Em segundo lugar, Hugo Nigro Mazzilli lembra que a relação fática – sustentáculo do atributo *difuso* – pode ser reflexo de uma relação jurídica prévia, mas que nem por isso o direito em questão pode ser taxado como coletivo, pois a lesão ao direito não decorrerá dela, mas sim da relação fática existente entre os titulares do direito ou interesse:

Advertir-se, porém, que, embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que comungam o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática — como outra qualquer — subordina-se, também, a uma relação jurídica; entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação jurídica, e sim da situação fática resultante. Assim, por exemplo, um dano ambiental que ocorra numa região envolve tanto uma relação jurídica como uma situação de fato comum; mas o grupo lesado compreende apenas os moradores da região atingida — e, no caso, este será o elo fático que caracterizará o interesse difuso do grupo.¹⁶³

Rodolfo de Camargo Mancuso, em sua obra relativa aos interesses difusos, defende, com toda autoridade que lhe é própria, a existência de no mínimo duas diferenças básicas entre os interesses coletivos *stricto sensu* e os interesses difusos, sendo uma de ordem quantitativa e outra de ordem qualitativa. Segundo o mencionado autor:

(...) sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo *maior* do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma ‘relação-base’, a um ‘vínculo jurídico’, o que o leva a se aglutinar junto a grupos sociais definidos; sob o segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção *corporativa*, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente *ser humano* (...).¹⁶⁴ (Destaques do autor)

Por fim, ressalte-se que, por força do art. 5.º, § 2.º, CF, o rol de direitos e interesses difusos espalhados pelo texto constitucional são meramente exemplificativos, não obstante que outros direitos difusos possam ser reconhecidos, tanto na própria Constituição Federal, como na legislação infraconstitucional.¹⁶⁵

¹⁶² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional.**(Coleção **Temas Atuais de Direito Processual Civil**). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. Pp. 219|220.

¹⁶³ 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. 48.

¹⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 73.

¹⁶⁵ Esta importante observação é feita por Gregório Assagra de Almeida que a expõe da seguinte forma: “Observa-se que o art. 5º, § 2º, da CF, quando dispõe que ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime democrático e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’, deixa claro que a relação dos direitos difusos apresentados expressamente na Constituição é meramente exemplificativa. Podem ser extraídos outros direitos difusos do próprio espírito do Texto Maior e de outras normas jurídicas compatíveis com o Estado Democrático de Direito e em vigência no Brasil” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo**

2.1.3.2. Direitos ou Interesses Coletivos *Stricto Sensu*.

Muita coisa a respeito desta categoria de direitos ou interesses transindividuais já foi dita quando analisamos os direitos ou interesses difusos anteriormente, graças à tamanha semelhança entre ambos.

O conceito de direitos ou interesses coletivos em sentido restrito está presente no art. 81, parágrafo único, II, CDC. Segundo o mencionado dispositivo legal entende-se por direitos coletivos em sentido restrito aqueles transindividuais de natureza indivisível cujos titulares representam não mais pessoas indetermináveis, mas um grupo, categoria ou classe de pessoas – determináveis, portanto – ligadas entre si ou com a parte contrária por intermédio de uma relação jurídica base, e não fática como no caso dos direitos difusos.¹⁶⁶

Essa relação jurídica base que une os interessados entre si, ou com a parte adversa, deve ser compreendida como uma relação antecedente à lesão ou ameaça de lesão ao direito do grupo, como bem adverte Kazuo Watanabe:

Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça de lesão.¹⁶⁷

Sábias são as lições do referido jurista. As duas relações – a jurídica preexistente e a causadora da lesão – precisam ser identificáveis para então podermos constatar a presença de uma relação cujo objeto seja um direito ou interesse coletivo *stricto sensu*. Todavia, Hugo Nigro Mazzilli vem nos advertir para o fato de que esta relação jurídica base, inevitavelmente, desencadeará uma relação fática, só que, a lesão ao grupo, classe ou categoria de pessoas decorrerá unicamente da primeira:

Embora o CDC se refira a ser uma relação jurídica básica o elo comum entre os lesados que comungam o mesmo interesse coletivo (tomado em seu sentido estrito),

ramo do direito processual [princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação]. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 488).

¹⁶⁶ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em Juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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.

¹⁶⁷ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pp. 803-804.

ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada, que une todo o grupo.¹⁶⁸

É justamente por conta desta relação jurídica que podemos com segurança afirmar que os sujeitos, titulares dos direitos em comento, são passíveis de determinação, ainda que de forma dificultosa, contrariamente aos direitos difusos, nos quais a determinabilidade dos titulares não é possível. Em consonância com nossas afirmações está Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

(...) os direitos coletivos diferem-se dos difusos em razão da *determinabilidade dos titulares*. Como vimos, o direito difuso é aquele que se encontra difundido pela coletividade, pertencendo a todos e a ninguém ao mesmo tempo. Os coletivos, por sua vez, possuem como *traço característico* a determinabilidade dos seus titulares. Deve-se observar que, ainda que num primeiro momento não seja possível determinar todos os titulares, por conta da natureza do direito coletivo, esses *titulares* (que estão ligados por uma relação jurídica entre si ou com a parte contrária) são *identificáveis*.¹⁶⁹ (Destaques do autor)

Complementando ainda mais essas lições, observemos o magistério de Kazuo Watanabe nesse mesmo sentido:

Nos interesses ou direitos “difusos”, a sua natureza indivisível e a inexistência de relação jurídica base não possibilitam, como já ficou visto, a determinação dos titulares. É claro que, num plano mais geral do fenômeno jurídico em análise, é sempre possível encontrar-se um vínculo que une as pessoas, como a nacionalidade. Mas a relação jurídica base que nos interessa, na fixação dos conceitos em estudo, é aquela da qual é derivado o interesse tutelando, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão.¹⁷⁰

Afora todas essas diferenças, uma coisa é comum a ambos os direitos ou interesses e dela não podemos nos furtar, qual seja, o caráter de indivisibilidade. Para um direito auferir a qualidade de *coletivo*, e, obviamente, para sua tutela poder ser realizada por meio do Direito Processual Coletivo, não basta que seja transindividual, é necessário que a sua natureza seja também de indivisibilidade. Muitos julgados têm interpretado de forma errônea a caracterização destes direitos ou interesses como *coletivos*, sendo possível, em muitos casos, o fracionamento das pretensões. O simples fato de haver uma gama de interessados por si só não basta para qualificar um direito como *coletivo*. Os casos mais frequentes e exemplares são os relacionados com o reajuste de mensalidades e anuidades escolares, nos quais os tribunais

¹⁶⁸ 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. 50.

¹⁶⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 09.

¹⁷⁰ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 804.

têm lançado mão de argumentos outros, que não a própria incindibilidade, para justificar a tutela coletiva, como por exemplo a simples observância de uma relação jurídica, pluralidade de partes etc.¹⁷¹

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes defende que nestes casos há uma quebra de paradigmas interpretativos por parte da maioria dos tribunais e de alguns doutrinadores no que se refere à classificação de reajustes em mensalidades e anuidades escolares como objeto de tutela coletiva. Para o mencionado magistrado, embora exista a possibilidade de entidades como a associação de pais e alunos formularem um pedido comum num mesmo sentido, a indivisibilidade restaria prejudicada, uma vez que cada aluno tem por obrigação própria em relação à sua mensalidade ou anuidade, nada impedindo, no entanto, que os valores relativos a cada aluno sejam estabelecidos em quotas distintas devido a observância de inúmeros critérios que seriam interpretados como descontos, dos quais citamos como exemplo a antigüidade no

¹⁷¹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS – MENSALIDADES ESCOLARES – CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTIR AS EM JUÍZO – 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. (STF – RE – 163231 – SP – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 29.06.2001 – p. 00055).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. I. Pacífica na jurisprudência desta Corte a orientação de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses coletivos, visando a coibir aumento abusivo de mensalidade escolar (art. 81, II, do CDC). II. Precedente da Corte Especial: EREsp n. 65.836/ MG, Relator Ministro Paulo Costa Leite, DJ de 22.11.1999. III. Recurso conhecido e provido (REsp 43585/MG, DJ 05.03.2001, p. 164, Rei. Min. Aldir Passarinho Júnior).

estabelecimento de ensino, números de irmãos matriculados no mesmo colégio, situação econômica familiar etc. Sendo assim, qualquer aluno, isoladamente ou até mesmo em litisconsórcio ativo, poderia ingressar em juízo pleiteando a não incidência do reajuste, que nesta hipótese, a sentença sendo-lhe favorável, produziria apenas os efeitos interpartes. Por esta razão, diz o referido autor, falta a característica da indivisibilidade, ou seja, para cada aluno parte no processo, será plenamente identificável o *quantum* a ser recebido por eles.¹⁷²

Comungamos do entendimento de Castro Mendes por não vislumbrarmos também a presença daquela característica inafastável do direito coletivo, a indivisibilidade do bem tutelado. Entretanto, existem doutrinadores de renome, a exemplo de Kazuo Watanabe, que outorgam o caráter de indivisibilidade ao pedido de reajuste de mensalidades escolares:

O mesmo se pode dizer em relação à demanda coletiva ajuizada por Associação de Pais de Alunos contra uma ou várias escolas. Desde que objetive ela um provimento jurisdicional comum a todos que tutele, de modo uniforme, o interesse ou direito indivisível de todos os alunos, por exemplo, o critério para a atualização das mensalidades, a coisa julgada, se favorável à Associação, beneficiará todos, inclusive os alunos que não estejam a ela filiados. Estamos diante de uma ação coletiva para a tutela de interesses ou direitos coletivos, de natureza indivisível. Porém, se o que se pretende é a devolução das quantias pagas a mais pelos alunos, a demanda coletiva será para a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, e não de interesses ou direitos coletivos.¹⁷³

Mesmo com toda autoridade própria de Watanabe para escrever sobre o assunto, cremos que esta inteligência é equívoca ainda assim pelas razões já expostas em linhas atrás.

Enfim, para que não parem mais dúvidas acerca da diferença entre direitos e interesses coletivos *stricto sensu* e difusos, é oportuno fazermos menção aos efeitos da coisa julgada em ambos. Sempre tendo em mente a indivisibilidade, a coisa julgada em sede de direitos ou interesses difusos, produzirá seus efeitos *erga omnes*, enquanto que na seara dos direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* esses efeitos permanecem restritos ao grupo, categoria ou classe de pessoas, titulares do referido direito. Devido o alcance dos efeitos da coisa julgada, a distinção entre estes dois ramos do direito coletivo *lato sensu* torna-se imprescindível, devendo ser feita com bastante cautela a fim de se evitar que toda uma coletividade não saia prejudicada indevidamente por conta de um erro meramente interpretativo.

Finalizando, portanto, esta etapa do nosso trabalho, deixaremos um exemplo de direitos ou interesses coletivos em sentido restrito, citado por Hugo Nigro Mazzilli:

¹⁷² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional.**(Coleção **Temas Atuais de Direito Processual Civil**). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. Pp. 213|214.

¹⁷³ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 806.

(...) tomemos um contrato de adesão, com uma cláusula ilegal. A ação civil pública que vise à anulação dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado.¹⁷⁴

Tais ensinamentos acima delineados facilitam a compreensão acerca desta classificação dos direitos coletivos em sentido amplo, principalmente no que tange à relação jurídica básica, comum a todos os membros do grupo titulares dos direitos ou interesses em questão.

2.1.3.3. Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos.

Esta categoria de direitos ou interesses é uma criação do Código de Defesa do Consumidor, prevista no art. 81, parágrafo único, III do mencionado *codex*.¹⁷⁵ Antes da edição deste diploma legal, os direitos ou interesses individuais homogêneos eram confundidos com os direitos ou interesses difusos pelo motivo de ambos terem sua gênese assentada em circunstâncias fáticas comuns. Acontece que para os direitos ou interesses individuais homogêneos lhes faltam o critério da indivisibilidade, sendo absolutamente possível determinar a quota parte de cada titular. Por essa razão, à primeira vista, uma dúvida nos salta aos olhos: como considerar os direitos ou interesses individuais homogêneos uma espécie de direito coletivo se a principal característica destes não lhes é aderente?

A doutrina costuma dizer que os interesses ou direitos individuais homogêneos são, na sua essência, individuais, mas “acidentalmente” coletivos.¹⁷⁶ O que dá a estes direitos

¹⁷⁴ 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. 50.

Em nossa jurisprudência também podemos encontrar exemplos de direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*, mormente lides envolvendo cláusulas abusivas em contratos de adesão:

PROCESSUAL CIVIL – CARTÃO DE CRÉDITO – COBRANÇA DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO ADICIONAL – DIREITOS COLETIVOS – INDIVISIBILIDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMAÇÃO – 1. A cobrança unilateral do serviço denominado “proteção adicional” aos proprietários de cartão de crédito confere legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública, na apuração de pretensa ilicitude, diante da existência do interesse coletivo, conforme estatuído pelo art. 129, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, combinado com os arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, com o fito de salvaguardar os direitos (interesses) difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2. Precedentes. 3. Recurso Especial não conhecido. (STJ – RESP 556618 – DF – 4ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 16.08.2004 – p. 00265)

¹⁷⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁷⁶ Representando bem o entendimento da doutrina referente a este assunto temos os esclarecimentos de Gregório Assagra e Castro Mendes: “São considerados direitos ou interesses *acidentalmente coletivos* e recebem o tratamento processual coletivo – daí serem designados como sendo apenas acidentalmente coletivos –, pois se

o adjetivo *coletivo* é justamente a homogeneidade, ou seja, há uma pluralidade de sujeitos unidos por uma mesma situação fática, mas os seus danos e suas responsabilidades suportados variam perante cada integrante. Hugo Nigro Mazzilli estabelece as diferenças entre os direitos ou interesses difusos e os individuais homogêneos, eliminando assim qualquer resquício de dúvida quanto a caracterização de um frente ao outro:

Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo.¹⁷⁷

Vários, portanto, foram os motivos que levaram o legislador ordinário a incluir os direitos ou interesses individuais homogêneos na categoria dos direitos coletivos em sentido amplo, muitos deles bem vindos em tempos onde a morosidade na prestação jurisdicional traduz-se numa gritante e vergonhosa realidade do país. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁷⁸ em sua obra esboça uma série destes motivos importantíssimos até mesmo para a preservação da segurança jurídica.

constituem de *vários interesses* ou *direitos individuais homogeneamente considerados*, que estão ligados pela origem comum”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual [princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação]**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 492); “Os interesses ou direitos são, portanto, essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. [Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil]**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 220).

¹⁷⁷ 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. 52.

¹⁷⁸“A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à Justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de *repetitivas*, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular.” (Destques do autor) (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 221.)

Para fechar este tema analisemos o exemplo de tutela de direitos individuais homogêneos, mais uma vez citando Hugo Nigro Mazzilli que tem seus ensinamentos corroborados pela jurisprudência: 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. (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. 52.)

2.1.4. A TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO (CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ESPECÍFICA).

1. *Fundamentos Basilares da Tutela Inibitória.* O surgimento do instituto da tutela inibitória precedeu às alterações ocorridas na legislação processual civil feitas por meio da Lei n.º 8.952/94. O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 84, já o previa de forma exauriente e satisfatória aos interesses que pretende tutelar, tanto é assim que o art. 461, CPC, o qual sofreu alteração pela Lei n. 8.952/94, possui redação quase idêntica a do art. 84, CDC.

O Código de Defesa do Consumidor antecedeu, nesse sentido, ao Código de Processo Civil, justamente por ser um diploma legal desvinculado aos ideais individuais liberais do ortodoxo direito processual que não são condizentes com o tipo de tutela reclamada pelos novos direitos de massa surgidos após a eclosão de grandes acontecimentos como a revolução industrial, o surgimento dos grandes centros urbanos, o consumo em massa, a revolução tecnológica dos meios de comunicação etc.

Já deixamos bastante claro ao longo deste ensaio que os direitos e interesses integrantes do objeto do Direito Processual Coletivo, são, em sua imensa maioria, não patrimoniais, ou seja, insuscetíveis de aferição pecuniária, a exemplo do meio ambiente em todas as suas acepções. Tais direitos, dada a sua natureza (direitos fundamentais) e imprescindibilidade, requerem uma proteção mais eficaz, uma vez que o sistema processual individual é eivado por uma cultura desprovida de tutela preventiva, mas robustecida simplesmente pelo caráter reparatório. A ineficiência desta tutela repressiva, que até bem pouco tempo atrás imperava na nossa legislação processual civil, é bem exposta pelos ensinamentos de Barbosa Moreira:

(...) se a justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo algum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de mediar-se com o metro da pecúnia.¹⁷⁹

Fica claro, portanto, a urgência em preservar e evitar danos aos interesses transindividuais, ao invés de simplesmente esperar de braços cruzados a ocorrência do evento danoso, irreversível muitas vezes, para só então o aparelho jurisdicional atuar repressivamente. Nesse sentido, a legislação processual pátria avançou consideravelmente ao

¹⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apud* SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 49. Pp. 226-227.

inserir o instituto da tutela inibitória nos moldes semelhantes ao sistema italiano e da *injunction* dos países da *common law*. Luiz Guilherme Marinoni, conceituando o instituto ora em estudo, demonstra a importância dele frente aos novos direitos massificados. Segundo o autor paranaense:

(...) a ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não patrimonial.¹⁸⁰

A tutela inibitória, como se percebe, manifesta-se como sendo um reflexo do princípio processual traçado por Chiovenda, “segundo o qual ‘o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir’”.¹⁸¹ Da mesma forma, é consequência do *princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional* onde se prevê a tutela para direitos ameaçados de lesão. Este dispositivo constitucional – inserto no Art. 5.º, XXXV, CF – foi imprescindível para se reconhecer a necessidade de criação de instrumentos processuais aptos a destinar uma efetiva tutela aos direitos fundamentais e garantir pleno acesso à justiça, legitimando assim a proteção preventiva em comento como bem escreve Marinoni:

(...) a Constituição Federal de 1988 fez questão de deixar claro que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça a direito*” (art. 5.º, XXXV, CF). Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário “ameaça a direito”, não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, CF) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito.¹⁸² (Destques do autor)

Ada Pellegrini Grinover, citada por Watanabe, nos faz outra advertência quanto à interpretação do mencionado dispositivo constitucional. De acordo com as suas lições, o princípio constitucional consagrado no art. 5.º, XXXV, CF significa muito mais que a simples garantia de acesso à justiça, mas também, segundo ela, este princípio possui um outro significado a saber:

A nós sempre nos pareceu que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não somente possibilita o acesso aos órgãos judiciários como também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça. E isso significa, a toda evidência, a promessa de preordenação dos instrumentos processuais adequados

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Tutela Específica do Consumidor**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 29 de março de 2005.

¹⁸¹ WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pp. 834-835.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 254.

à concretização dessa garantia. E essa promessa, evidentemente, é abrangente também dos tipos de provimentos, e não apenas das espécies de procedimentos.¹⁸³

Tendo, assim, fundamento constitucional, a tutela inibitória representa meio idôneo e essencial na proteção dos direitos coletivos em sentido amplo, bem como das garantias fundamentais insertas na *Lex Mater*, os quais reivindicam ação preventiva de lesão. Tratando-se de direitos materiais, sua efetividade só será auferida em plenitude por meio de um processo municiado de meios capazes de preservá-los antes de serem violados, sendo esta ação preventiva “conseqüência lógica das necessidades do direito material”.¹⁸⁴ Este também é o entendimento de Joaquim Felipe Spadoni: “Deve existir, para tanto, uma aproximação entre o processo e o direito material nele agitado, para que o resultado afinal obtido com a atividade jurisdicional seja o mais adequado possível à efetivação do direito que vier a ser constatado”.¹⁸⁵

Eis, portanto, os fundamentos básicos para podermos compreender com clareza este novel instituto processual que vem revolucionando a maneira de outorgar a prestação jurisdicional; entretanto, a análise da tutela inibitória não se finda apenas com as considerações supramencionadas. Por essa razão, passemos em seguida às considerações técnicas deste instituto, o que é imprescindível e não poderia ser subtraído de nossa análise.

2. *Conceito e Aspectos Técnicos da Tutela Inibitória.* A tutela inibitória também recebe o nome de “tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”. Esta espécie de tutela é integrante de um conjunto formado pelas tutelas cautelares e antecipatórias de mérito que recebe o nome de *tutela preventiva*: “É forma de tutela preventiva (tutela cautelar, tutela antecipada e tutela inibitória), com ela não se confundindo. Seu objetivo é impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio *direito material* da parte”.¹⁸⁶

Como bem salientado acima, a tutela inibitória mantém estreitas diferenças com os demais institutos componentes das chamadas tutelas preventivas, podendo até mesmo ser ajuizada ação inibitória com pedido de antecipação do mérito (art. 84, § 3.º, CDC c/c art. 461,

¹⁸³ *Apud* WATANABE, Kazuo *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 836.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pp. 253/254.

¹⁸⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 49. p. 24.

¹⁸⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 781.

§ 3.º, CPC).¹⁸⁷ Luiz Guilherme Marinoni traça com perfeição as principais diferenças entre a tutela específica e a ação cautelar:

A ação cautelar, por outro lado, pelo fato de exigir uma ação principal, também não é adequada para proteger os direitos que dependem da inibição de um ilícito. O direito à inibição do ilícito não pode ser considerado como direito que objetiva uma tutela que seria mero instrumento de outra. Imaginar que a ação inibitória é instrumental exige a resposta acerca de que tutela ela estaria servindo. Ora, tendo em vista que não há como aceitar que o direito à prevenção conduz a uma tutela que pode vir a ser vista como instrumento de outra, é impossível admitir uma ação inibitória rotulada de cautelar, ou mesmo uma ação cautelar “satisfativa” ou “autônoma”, como era chamada antes da reforma de 1994.¹⁸⁸ (Destaques do autor)

Tendo em vista estas principais diferenças, deduz-se que a tutela inibitória tem natureza de ação autônoma e de conhecimento, ou seja, obedece a todos os trâmites processuais do processo cognitivo, todavia, sua eficácia é executiva-mandamental, pois prescinde a processo de execução substituindo-o, como esclarece bem Spadoni:

Trata-se de ação de conhecimento, de cognição plena e exauriente, embora também possua eficácia executiva, em que será reconhecido o direito do autor ao cumprimento específico da obrigação imposta ao réu e a ameaça de sua violação, estabelecendo-se, desde logo, e independentemente de outro processo, os meios de atuação diretos ou indiretos da decisão judicial que assegurarão o direito declarado do receio de lesão constatado.¹⁸⁹

Corroborando os ensinamentos acima expostos estão Nelson Nery e Rosa Nery a fundamentar da seguinte forma este instituto: “(...) é preventiva e tem eficácia mandamental. A sentença inibitória prescinde de posterior e seqüencial processo de execução para ser efetiva no mundo fático, pois seus efeitos são de execução *lato sensu*”.¹⁹⁰

Destrinchando melhor esta natureza jurídica da referida ação, bem como a eficácia do seu provimento jurisdicional, concluímos que o Título II do Capítulo III do Livro II do Código de Processo Civil não se aplica mais aos procedimentos executórios fundamentados em título executivo judicial, os quais, agora, são oriundos da ação inibitória, mas apenas subsidiariamente naquilo que forem omissos os procedimentos dos Arts. 84, CDC e 461, CPC, restando para o procedimento dos Arts. 621 e ss. apenas as hipóteses de execução por título executivo extrajudicial.

¹⁸⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Deferimento de liminar inaudita altera pars. Possibilidade. Poder geral de cautela. Existência dos requisitos previstos no artigo 84, parágrafo 3º, do CDC. In casu, as circunstâncias fáticas e a possibilidade de graves danos ao meio ambiente ensejam o deferimento da liminar. (TJMG – AG 000.274.753/3/00 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Brandão Teixeira – J. 13.05.2003).

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pp. 254/255.

¹⁸⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 49. p. 78.

¹⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 781.

A tutela inibitória recebe o adjetivo “específica” por não mais comportar a simples resolução da controvérsia em perdas e danos, mas sim para outorgar exatamente aquilo que o autor pretende obter por meio do pronunciamento judicial.¹⁹¹ Devemos nos socorrer das palavras de Alexandre Câmara que é quem melhor revela o sentido ontológico da tutela específica:

Tal regra significa o seguinte: considerando-se que nas obrigações de fazer, via de regra, o que importa ao credor é a obtenção de um dado resultado, deverá o juiz condenar o devedor inadimplente a cumprir sua obrigação (e não, como sempre se fez, condenar o devedor a indenizar o credor por perdas e danos); Deverá, ainda, o juiz, tornar possível a obtenção de resultado prático equivalente ao que se teria se a obrigação fosse cumprida pelo devedor.¹⁹²

Assim, por exemplo, se determinada fábrica está na iminência de degradar o meio ambiente com suas atividades, o autor da ação inibitória poderá pleitear medida tendente a evitar o dano ambiental irreversível como, *v.g.*, colocação de filtros nos bueiros, preservar intacta determinada área de preservação ecológica, ou até mesmo se abster de praticar ação capaz de ensejar dano. Notemos, portanto, que a natureza do provimento jurisdicional tanto pode ser uma conduta positiva (fazer) como uma conduta negativa (não fazer).¹⁹³

O juiz ainda pode determinar que outra pessoa promova o cumprimento da obrigação às expensas do devedor, como por exemplo, a troca de determinada mercadoria imprestável para o consumo. O órgão judicial, neste caso, pode ordenar que um terceiro substitua as referidas mercadorias por outras as quais serão pagas pelo fornecedor do produto viciado, e réu no processo.

É de se observar, também, com atenção a gama de novos poderes outorgados ao juiz pelos arts. 84, §§ 4.º e 5.º, CDC e 461, §§ 4.º, 5.º e 6.º, CPC.¹⁹⁴

¹⁹¹ Pelo disposto no art. 84, § 1.º, CDC c/c art. 461, § 1.º, CPC, as perdas e danos somente serão deferidas se assim optar o autor da demanda ou se praticamente impossível for o cumprimento específico da obrigação.

¹⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 91.

¹⁹³ Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni: “O direito brasileiro possui normas processuais (arts. 84, CDC e 461, CPC) que autorizam ao juiz *não apenas impor um fazer ou um não-fazer*, como também impor *um fazer* quando houver sido pedido *um não-fazer*, desde que o fazer seja mais adequado à proteção do direito no *caso concreto*” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 262).

¹⁹⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA A FIM DE IMPEDIR A INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS CADASTROS DOS SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO – POSSIBILIDADE – ART. 461, § 4º DO CPC E ART. 84, § 4º, DO CODECON – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO – Não incide em qualquer heresia jurídica e nem em qualquer antagonização a texto expresso de Lei, a decisão que, para fazer concretizada a tutela antecipatória concedida, comina pena de multa diária para a hipótese de descumprimento da determinação judicial, como forma de desestimular o não atendimento, pela instituição financeira demandada, do comando jurisdicional provisório emitido. (AI nº 2003.014390/4, de Lages, Rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 29.10.03). (TJSC – AI 2003.026486/8 – Florianópolis – Rel. Des. Ricardo Fontes – J. 12.02.2004).

Pelo disposto nas normas acima transcritas, o juiz detém o poder impor, de ofício, multa diária ao réu caso tema pela ineficácia do provimento final, bem como modifica-la no tocante ao seu valor ou periodicidade¹⁹⁵; da mesma forma poderá determinar a execução de medidas necessárias para a obtenção do resultado prático do processo como, v.g., busca e apreensão, desfazimento de obras, requisição de força policial etc, tudo isso, também, sem a necessidade de requerimento da parte.¹⁹⁶

Tais medidas podem ser adotadas a qualquer tempo, sendo a tutela inibitória, talvez, o único caso no qual o juiz de primeiro grau não encerra a sua participação no processo com a prolação da sentença de mérito como bem salienta Frederico Oliveira:

Nesta modalidade de tutela jurisdicional, o juiz não esgota o seu papel com a prolação da sentença, mas continua atuando, no sentido de ver, o comando decorrente da decisão, realizado, buscando o cumprimento específico daquilo que o autor pleiteou ou o resultado prático equivalente: busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividades com requisição de força policial, etc (art. 461, § 5º).¹⁹⁷

Analisando esses poderes conferidos ao juiz, Alexandre Câmara diz que muitos dogmas do direito processual foram quebrados. Além de o juiz poder conceder provimento distinto do requerido pelo autor, a tutela específica permite ainda o julgamento *citra, extra* ou *ultra petita* para o efetivo resguardo da efetividade do provimento jurisdicional, em outras palavras, o instituto realiza um arrefecimento no princípio da congruência entre a sentença e a demanda, corolário do princípio da demanda.¹⁹⁸

3. o art. 461-A, CPC aplicável aos direitos coletivos em sentido amplo. O art. 84, CDC não trouxe consigo regra idêntica à do art. 461-A, CPC como fez com o art. 461, CPC. Acrescentado ao Código de Processo Civil pela reforma processual do ano de 2002, por

¹⁹⁵ O objetivo dessa multa, denominada pela doutrina de *astreintes*, é compelir o devedor a cumprir com a sua específica obrigação no prazo e forma fixados pelo juiz, devendo a mesma ser imputada em alto valor, pois a sua natureza não é indenizatória, mas inibitória; e o cumprimento da obrigação principal não elide o seu pagamento caso o devedor tenha dado ensejo à sua incidência. Sobre elas, Nelson Nery e Rosa Nery assim se pronunciam: “Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pp. 782-783).

¹⁹⁶ “As medidas enumeradas no . do art. são apenas e emplificativas. ortanto, outras podem ser adotadas, desde que atendidos os limites da ade ua ão e da necessidade” (WATANABE, Kazuo et alii. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 846).

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Frederico. **Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento**. Recife: Bagaço, 2005. Pp. 348-349.

¹⁹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 92.

intermédio da Lei n.º 10.444/02, o art. 461 \square A, CPC trata da tutela específica para a entrega de coisa.

A pergunta que nos vem à mente é se este dispositivo se aplicaria aos direitos coletivos *lato sensu*? Por tudo que foi estudado até o presente momento, cremos que esta problemática é de fácil deslinde. Basta relembrarmos o mandamento legal insculpido no art. 90, CDC, segundo o qual: “Aplicam-se às ações previstas neste Título (Título III) as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

4. *A Importância da Tutela Inibitória para o Direito Processual Coletivo.* O provimento jurisdicional inibitório do art. 84, CDC, e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, nesse sentido, são a pura manifestação do *princípio da máxima efetividade do processo coletivo*. Não devemos nos esquecer que um dos fundamentos constitucionais do Direito Processual Coletivo está no art. 1.º, CF que institui o Estado Democrático de Direito, o qual tem como uma de suas funções “construir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais”.¹⁹⁹

Pois bem, os ideais do Estado Democrático de Direito só serão atingidos se o sistema jurídico do Estado estiver aparelhado de instrumentos, em especial processuais, capazes de garantir a prevalência dos direitos e interesses comuns a toda sociedade, e nesse sentido, a tutela inibitória desempenha papel mais que relevante, pois não se fica aguardando aqui a ocorrência de um evento danoso para só então o aparelho jurisdicional entrar em ação. Sua relevância, principalmente, está no caráter preventivo com que cerca os direitos fundamentais a exemplo do meio ambiente, consumidor etc. sendo, dessa forma, meio fomentador do Estado Democrático de Direito, e, portanto, imprescindível ao Direito Processual Coletivo.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 126.

CAPÍTULO III: LEGITIMIDADE E COISA JULGADA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO: ASPECTOS PROCESSUAIS PECULIARES.

3.1. SISTEMA DE AFERIÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.

3.1.1. QUEBRA DE PARADIGMAS CONCEITUAIS NO TOCANTE À LEGITIMIDADE ATIVA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.

Sem sombra de dúvidas, o estudo da legitimidade ativa no Direito Processual Coletivo se apresenta como o tema mais instigante e debatido no momento, tudo por conta da necessidade de se encontrar um *representante adequado* para a defesa dos direitos e interesses transindividuais, os quais são dotados da característica de indivisibilidade (direitos difusos e coletivos em sentido estrito); esta *indivisibilidade* faz com que uma gama de sujeitos indeterminados, ou determináveis, se afirmem titulares do direito coletivo em sentido amplo lesado.

Sempre esteve presente na cultura jurídica, por sua vez, a noção da *legitimação ativa ordinária*²⁰⁰, onde o titular do direito material lesado se confunde com o autor da demanda. Cândido Rangel Dinamarco já há muito tempo denunciava esse vício paradigmático processualista de associar o autor da ação com aquele intimamente e diretamente ligado à relação jurídica de direito material (legitimação ordinária). Na sua tradicional obra o autor explana os porquês desta problemática, apontando claramente para a questão cultural e histórica que a cerca:

Causa jurídica de estreitamento da via de acesso à justiça é a disciplina da *legitimação ad causam* ativa, no processo civil individualista que herdamos e praticamos. Em princípio, por expressa disposição legal, a cada um cabe defender em juízo somente os seus próprios direitos, reputando-se excepcionalíssimos e de direito estrito os casos de substituição processual. Tal disciplina consiste em uma interpretação acanhada e insuficiente da garantia constitucional da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, em contraste com as tendências solidaristas do Estado e do direito contemporâneos. Hoje, importa menos *dar a cada um o que é seu*, do que promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como

²⁰⁰ Sobre a Legitimação Ordinária, doutrina Manoel Severo Neto: “A princípio, o interesse em demandar coincide, em relação ao autor, com a titularidade do direito material ou a afirmação de que é possuidor dessa titularidade e quanto ao réu, em oposição ao interesse pleiteado pelo primeiro. (...) Quer dizer, o titular de um direito tem legitimidade *ad causam* e legitimação *ad processum* – dupla legitimação (...). A legitimação ordinária – dupla legitimação – à luz do direito processual pátrio, como condição da ação (Código de Processo Civil, art. 267, VI) está vinculada ao indivíduo titular do direito material ou afirma ser o titular desse direito, a ele pertence o interesse de agir (...). A dupla legitimação caracteriza-se pela bissetividade integrada pelo direito material e pelo direito de ação, porém a simples afirmação do autor de que é titular do direito não prejudica a bimetridade. (...) A legitimação ordinária emerge de uma posição jurídica bissetiva ocupada pela parte quando se apresenta em juízo um direito do qual é titular ou afirma ser titular desse direito. (SEVERO NETO, Manoel. **Teoria da Legitimação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. Pp. 123; 127-128).

membro desta e procurando a integração de todos no contexto social. Aquela linha de legitimação individual, válida na maioria dos casos, corresponde ao tratamento *atômico* tradicionalmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supraindividual que estes podem muitas vezes apresentar; suceder-lhe agora o impulso doutrinário no sentido de *molecularização* do direito e do processo, ou seja, do tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais.

201

E continua o autor seu magistério:

As posturas tradicionais prevaleciam incontrastadas nos sistemas processuais da Europa continental e dos países latino-americanos, a eles filiados, até que surgisse em sede doutrinária essa ‘onda’ renovatória; elas correspondem ao espírito individualista do direito romano, que herdamos. Já nos ordenamentos jurídicos de origem anglo-saxônica, livres dos postulados a que estamos presos desenvolveu-se a idéia solidarista e o processo não está assim rigorosamente preso à regra da *legitimitio* individual, nem à da eficácia subjetivamente limitada da sentença. As *class actions* constituem manifestações eloqüentes desse espírito.²⁰²

Em virtude deste paradigma processual, é difícil conceber a idéia de que outra pessoa – estranha à relação jurídica de direito material – possa demandar em juízo direito de outrem²⁰³; aí está, portanto, a necessidade de se conferir a um representante adequado a árdua tarefa de conduzir o processo na defesa de direito ou interesse não exclusivamente seu, mas pertencente a vários outros sujeitos indeterminados ou determináveis como se afirmou alhures.

²⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Pp. 328-329.

²⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 330.

²⁰³ Mas o problema de sempre se considerar o autor da ação como aquele que obrigatoriamente é titular do direito material afirmado em juízo não é privilégio desta questão histórico-cultural afirmada por Dinamarco. Segundo Ovídio Batista, o *dogmatismo* é elemento determinante para a permanência desta postura processual acima afirmada: “A segunda conseqüência do *dogmatismo* é a sua tendência para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais – como se elas fossem eternas. Este pendor pela ‘neutralização’ das instituições processuais constitui propriamente o *dogma*. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente *conceitual*, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação dos conceitos jurídicos com que laboram os processualistas possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. O pensamento dogmático considera natural que as estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade européia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI. Afinal, as figuras geométricas de Savigny não são as mesmas? Nosso processo civil, concebido como pura forma, ao estilo das matemáticas, para a doutrina, deveria servir a qualquer sociedade humana. Já não se sonha com um código de processo civil universal? A neutralidade da ciência processual é o nosso dogma. (...) O jurista – por isso que não lhe é dado perquirir sobre o ‘por quê’ de suas dificuldades – não percebe que os instrumentos processuais, que se adaptaram com alguma eficiência enquanto lhes coube regular uma sociedade organicamente estruturada e otimista, estarão destinados ao fracasso quando lhes caiba disciplinar sociedades altamente complexas, como a sociedade contemporânea, pós-industrial, tangida pelos meios cibernéticos de comunicação social, além disso pluralista – condição, aliás, de possibilidade para um regime democrático – e carente de valores, conseqüentemente individualista e conflituosa.” (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pp. 300-301).

A regra da legitimidade ordinária tem como objetivo garantir ao indivíduo que este não tome parte numa demanda da qual ele mesmo não queira participar, outorgando a ele a liberdade de participar de um processo que julgar do seu próprio interesse. Esta regra de origem liberal-individual teve sua gênese nos ideais iluministas e na Revolução Francesa, sendo, portanto, fenômeno histórico. Essa liberdade do indivíduo – oriunda das doutrinas racionalistas –, influenciou bastante a questão da legitimação ativa nas ações coletivas, sendo a única exceção a esta regra o instituto da substituição processual, espécie de legitimação extraordinária²⁰⁴, definida no Art. 6.º do CPC.²⁰⁵

O sistema brasileiro adotou parâmetros objetivos para aferição da legitimidade ativa nas Ações Coletivas, diferentemente dos países que tomaram como referência o modelo das *class actions*, a exemplo dos Estados Unidos da América, onde o grupo ou classe de pessoas é representado por um único indivíduo, podendo os membros do referido grupo ou classe não serem atingidos pelo manto da coisa julgada oriunda da ação coletiva, lançando mão do instituto de exclusão denominado de *opt-out* (vide item específico abaixo). Preferiu o legislador nacional estabelecer em um rol quais os legitimados ativos e quais as condições objetivas para determinado ente ser considerado como tal. Neste sentido, existem atualmente três técnicas de legitimação para o manejo das Ações Coletivas no Brasil, quais sejam: 1) Legitimação do Particular, por meio, *v.g.*, da Ação Popular; 2) Legitimação de pessoas jurídicas de direito privado, como é o caso dos sindicatos, partidos políticos, associações, por intermédio do Mandado de Segurança Coletivo (Art. 5.º, LXX, CF); e por fim, 3) Legitimação por Órgãos do Poder Público, através da Ação Civil Pública, como o Ministério Público. Tem-se, portanto, hodiernamente no sistema pátrio o que se chama de *Legitimação Plúrima* ou *Mista*, haja vista ter a doutrina processualista nacional admitido a combinação destes

²⁰⁴ Existe uma classificação feita pela doutrina das espécies que compõem a chamada *legitimidade extraordinária*. Aqui, pede-se vênia para transcrever a classificação de José Carlos Barbosa Moreira, citado por Manoel Severo Neto: “Barbosa Moreira, em estudo sobre a legitimação extraordinária, a classifica em autônoma e subordinada. Aquela, quando o indivíduo legitimado não depende da atuação em juízo do titular do direito material, ‘... o contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário’. Na subordinada, o legitimado extraordinário somente pode se habilitar ‘... junto com o legitimado ordinário em processo instaurado por este ou em face deste, e no qual aquele se limita a intervir’. Diz ainda o processualista que a legitimidade extraordinária autônoma subdivide-se em exclusiva e concorrente. É exclusiva quando a lei lhe reserva ‘... com exclusividade, a posição processual que ordinariamente pertencia ao titular da situação litigiosa’ (...). É concorrente quando a legitimação extraordinária não afasta a legitimidade ordinária, e no processo poderá figurar tanto o substituto como o substituído, ou ambos, porque a primeira apenas concorre com a segunda, mas cada um ‘... pode agir por si só, e a demanda que qualquer deles ajuíze é idônea’”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa *Apud* SEVERO NETO, Manoel. **Teoria da Legitimação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. Pp. 131-132).

²⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009. Pp. 196-197. v. 4.

legitimados ativos para o manejo das Ações Coletivas, em abono à regra inserta no Art. 5.º da Lei n.º 7.347/85 – LACP.²⁰⁶

Somente a título de esclarecimento, para finalizar esta parte do presente estudo, a legitimação ativa pelo atual sistema de proteção aos direitos metaindividuais também é classificada como *concorrente* e *disjuntiva*. Concorrente – especialmente a Ação Civil Pública – porque a atuação de um legitimado não exclui a de outro co-legitimado²⁰⁷; é disjuntiva pois a atuação de um co-legitimado não depende da autorização de outro co-legitimado.²⁰⁸

3.1.1.1. Legitimidade Ativa na Ação Civil Pública.

Questões polêmicas se desenvolvem em torno da legitimidade ativa para a proposição da Ação Civil Pública. Os dispositivos legais que tratam desta legitimidade são os Arts. 5.º e 82. da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor respectivamente.²⁰⁹ Hugo Nigro Mazzilli nos ensina que a redação do art. 5.º, LACP não é clara no que tange aos requisitos de pré-constituição e finalidades institucionais das associações civil, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista. Segundo o doutrinador haveria dúvida se esses requisitos seriam condicionantes de legitimidade apenas para as associações civis ou se os estenderiam àqueles demais co-legitimados. A resposta, de acordo com ele, estaria no art. 82, IV, CDC, pois tal norma faz menção apenas às associações.²¹⁰ Outra questão polêmica envolve a fundação. Pela leitura da Lei da Ação Civil Pública – diploma anterior ao Código de Defesa do Consumidor –, observa-

²⁰⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009. Pp. 198-199. v. 4.

²⁰⁷ “É importante destacar que a legitimação para a propositura da ação civil pública é concorrente, ou seja, a atuação de um dos co-legitimados não inibe a atuação dos demais.” (SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 115.)

²⁰⁸ “A legitimação apresenta-se, ainda, *disjuntiva*, porque, apesar de concorrente, cada entidade legitimada a exerce *independentemente da vontade dos demais co-legitimados*. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 201.v. 4.)

²⁰⁹ Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II - 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.

Art. 82. Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, Direta ou Indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

²¹⁰ 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. 269.

se que este primeiro requisito se sobrepõe tanto para as fundações privadas quanto públicas, todavia, o Código de Defesa do Consumidor – que como já foi dito acima é posterior à Lei da Ação Civil Pública –, por força do seu art. 117, deixa bem claro no seu art. 82, IV que devem submeter-se ao mencionado requisito temporal apenas os legitimados de natureza privada, incluindo-se aí as fundações privadas. Quanto ao último requisito cremos que não existam dúvidas quanto ao mesmo, uma vez que o art. 82, III e IV, CDC, é da mesma forma tão explícito como foi para o outro requisito, ou seja, os entes legitimados previstos naqueles dispositivos de lei somente podem impetrar a Ação Civil Pública para tutelar interesse pertinente à finalidade para a qual foram criados. Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, entende que até mesmo para as pessoas jurídicas de direito público arroladas no inciso II do art. 82, CDC este último requisito deveria ser observado. Entendimento oposto é o dos juristas Nelson e Rosa Nery, ao qual somos asseclas:

O Estado federado do sul, por exemplo, pode ajuizar ACP na defesa do meio ambiente do Estado do Amazonas, porque o interesse processual na ACP é aferível em razão da qualidade do direito tutelado: difuso, coletivo ou individual homogêneo. Quando o Estado federado move ACP, não está ali na tutela de direito seu, individual, mas de direito que transcende a individualidade.²¹¹

Devemos ainda fazer menção ao disposto no art. 5.º, § 4.º, LACP c/c art. 82., § 1.º, CDC. Grande é a importância destas normas para a efetiva proteção dos interesses e direitos coletivos *lato sensu*, traduzindo-se na manifestação do princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo. Estes dispositivos permitem que o juiz dispense o requisito temporal de constituição dos legitimados caso haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano.

Em relação à legitimidade do Ministério Público acreditamos que não há nenhuma dificuldade em compreendê-la uma vez que trata de mandamento constitucional. Entretanto, a legitimidade ativa do Ministério Público não está prevista apenas na CF, na LACP e no CDC; encontra-se também a legitimidade do *parquet* na Lei n.º 7.853/89 – a qual dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE) –, onde se estabelece a atuação do mencionado órgão na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos em sentido estrito daquelas pessoas; as Leis n.º 7.913/89 e 8.429/92, as quais dispõem sobre a Ação Civil Pública para a responsabilização por danos causados aos investidores do mercado imobiliário e Ação Civil Pública nos casos de Improbidade dos agentes públicos na

²¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1320.

Administração Pública, respectivamente, também são exemplos de legitimidade do Ministério Público.²¹²

Importante mencionar aqui também a forma de legitimação do Ministério Público, por meio da Ação Civil Pública, dos direitos e interesses coletivos em sentido amplo. Atualmente, esta legitimação é compreendida de forma irrestrita quanto a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, e restrita no tocante aos direitos e interesses individuais homogêneos.²¹³ Os primeiros são tuteláveis pelo Ministério Público de forma irrestrita em virtude do seu caráter de indivisibilidade, ao passo que os segundos admitem uma legitimação apenas para as hipóteses previstas em lei. Quem bem define essas características é Teori Albino Zavascki:

Convém observar que os direitos sujeitos à irrestrita tutela pelo Ministério Público são apenas os direitos difusos e coletivos, ou seja, os subjetivamente *transindividuais* (□ sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*, que não se confundem, portanto, com os direitos individuais homogêneos. Estes, conforme se enfatizou em capítulo próprio, não são direitos *transindividuais*, mas, simplesmente, direitos subjetivos *individuais*, os mesmos “direitos comuns ou afins” de que trata o art. 46 do CPC, nomeadamente em seus incisos II e IV. A sua natureza “coletiva” tem um sentido meramente instrumental, para fins de defesa conjunta em juízo, viabilizada pelas características comuns (□ homogeneidade) do conjunto desses direitos individuais. Nessa condição, diferentemente do que ocorre com os de natureza transindividual, os direitos individuais homogêneos não são irrestritamente tuteláveis pelo Ministério Público, só podendo sê-lo nas hipóteses expressamente previstas em lei.²¹⁴ (destaques do autor)

Repise-se que, este representa o atual sistema de legitimação para proposição da Ação Civil Pública encontrada no arcabouço legal que compõe o Direito Processual Coletivo; as mudanças propostas ao sistema de legitimação para o manejo das ações coletivas se apresentam contraditórias à regra acima exposta, conforme se analisará em momento oportuno neste ensaio. Lembremos ainda que o Ministério Público detém interesse de agir, e, portanto, *legitimidade ativa presumida*, da mesma forma, não há que se falar aqui em

²¹² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pp. 143-144.

²¹³ Contudo, ressaltem-se as lições de Adriano Perácio de Paula, o qual lembra bem que depois de ajuizada a competente Ação Civil Pública não é mais cabível qualquer ato transacional por não haver agente capaz de transigir direito que agora é alheio, nem forma prescrita em lei para tal: “Não se reveste de validade intrínseca qualquer estipulação conciliatória em ação pública, por ausência de duas indispensáveis condições de regularidade de qualquer ato jurídico: *agente capaz e forma prescrita* (art. 82 do CC de 1916 e art. 104 do CC de 2002). Não gozando o substituto processual de poderes expressos em fazer-se de agente capaz para praticar validamente aquele ato, e por faltar-lhe esses mesmos poderes na lei ou termo que permite a representação ou substituição, há que, ocorrendo a transação, esta estará em desalinhamento com as regras que conferem validade e eficácia ao ato jurídico”. (Destaques do autor) (PAULA, Adriano Perácio de. *Aspectos da Ação Civil Pública em Matéria de Consumo*. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 45, ano 12 – janeiro/março, 2003. p. 61.)

²¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pp. 144-145.

substituição processual – instituto genuinamente do processo civil individual –, mas de legitimação autônoma.²¹⁵

Para fechar o nosso estudo acerca da legitimidade ativa, falaremos da figura processual do litisconsórcio. A legitimação ativa para a propositura da Ação Civil Pública, nos ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli, é ao mesmo tempo concorrente “porque todos os co-legitimados do art. 5.º da LACP ou do art. 82. do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais”; autônoma “porque não depende da deliberação do outro para agir”; e, por fim, é também disjuntiva “porque não precisam comparecer em litisconsórcio”.²¹⁶ Por esta última característica percebe-se o caráter facultativo do litisconsórcio na Ação Civil Pública²¹⁷, o qual, quanto à sorte na seara do direito material, deve ser unitário como bem lembram Nelson Nery Júnior e Rosa M. A. Nery.²¹⁸

3.1.1.2. Legitimidade Ativa na Ação Popular.

A Ação Popular, nas palavras de Alberto Carneiro Marques, “é o remédio heróico da chamada jurisdição constitucional, que tem por escopo a tutela de interesses públicos metaindividuais, notadamente o direito à probidade administrativa.”²¹⁹ O objeto da Ação Popular – de acordo com a LAP – consiste na anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. Consideram-se

²¹⁵ Para aclarar ainda mais a compreensão acerca da legitimação ativa do Ministério Público e demais co-legitimados, especialmente no tocante à desistência infundada e abandono da ação (art. 5.º, § 3.º, LACP), remetemos o leitor ao que foi dito sobre o princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva no item 04 do capítulo I.

²¹⁶ 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. 289.

²¹⁷ Vide art. 5.º, § 2.º, LACP, bem como o § 5.º do mesmo artigo que trata do litisconsórcio entre os órgãos do Ministério Público da União, Estados e Distrito Federal.

²¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1321.

²¹⁹ MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do Processo Coletivo no Movimento de Universalização do Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 81.

patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Constitui, nesse ínterim, um meio de participação direta do particular na preservação do bem público, numa nítida manifestação da soberania popular consagrada no art. 1.º, parágrafo único, CF, bem observado por Pedro Lenza:

Assim como o voto, a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo, a **ação popular**, corroborando o preceituado no art. 1.º, parágrafo único, da CF/88, constitui importante instrumento de democracia direta e participação política. Busca-se a proteção da *res publica*, ou, utilizando-se uma nomenclatura mais atualizada, tem por escopo a proteção dos interesses difusos.²²⁰ (Destaque do autor)

No mesmo sentido encontramos as lições de Walber de Moura Agra:

Ela é um dos mecanismos jurídicos que possibilitam o exercício dos direitos políticos, permitindo ao povo a defesa da coisa pública. Constitui-se em um avanço em relação ao conceito de cidadania inerte, restrito ao direito de votar nas eleições. Hoje, juntamente com os institutos da democracia participativa (art. 14, I, II e III, da CF), a população tem a prerrogativa de fiscalizar a coisa pública por intermédio da ação popular, passando os cidadãos a ter amplos mecanismos para intervir nos negócios políticos, fazendo prevalecer a sua vontade.²²¹

Portanto, tem-se que o legitimado ativo é qualquer cidadão – em conformidade com o que dispõe o Art. 5.º, LXXIII –, o qual para ingressar em juízo deve fazer prova de sua cidadania por meio do seu título eleitoral ou documento outro que a ele corresponda²²² (art. 1.º, § 3.º, LAP). Esta legitimação ativa é concorrente, e, por força do art. 6.º, § 5.º, LAP é facultado o litisconsórcio e a assistência. Discute-se muito na doutrina se a cidadania precisa se manifestar apenas por intermédio da capacidade eleitoral ativa; tal tema será discutido com mais afinco em tópico mais abaixo.

3.1.1.3. Legitimidade Ativa no Mandado de Segurança Coletivo.

Previsto no art. 5.º, LXX, CF, o Mandado de Segurança Coletivo não se constitui numa nova figura do direito processual constitucional, colocada ao lado do Mandado de Segurança tradicional e de natureza individual. Nelson Nery Júnior resumidamente define com precisão a essência do Mandado de Segurança Coletivo, que para ele é uma “espécie de

²²⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 512.

²²¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 260.

²²² Súmula 365/STF: Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

Ação Civil Pública”, melhor dizendo, “é o Mandado de Segurança deduzido na forma de ação coletiva”²²³.

Segundo a doutrina de Teresa Cristina de Deus, o Mandado de Segurança Coletivo “se presta à defesa coletiva dos interesses²²⁴ dos membros, associados e filiados aos entes legitimados para sua impetração, consideração em seu aspecto coletivo *lato sensu*, ou seja, difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.”²²⁵ Ou seja, usando ainda as lições de Teresa Cristina de Deus:

Em outras palavras, é instrumento que serve para evitar ou corrigir atos ou omissões ilegais ou abusivas por parte de autoridades públicas, agentes de pessoas jurídicas ou mesmo pessoas físicas no exercício do Poder Público, que lesem ou ameacem direitos coletivos líquidos e certos, não amparados por “Habeas Corpus” ou “Habeas Data”.²²⁶

Entretanto, a doutrina nacional nunca foi unânime acerca do objeto tutelado pela via do Mandado de Segurança Coletivo. Comungando do entendimento acima expendido, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior²²⁷ defendiam que o Mandado de Segurança Coletivo é apto a tutelar direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Pelo que se depreende dos seus escritos, José Afonso da Silva²²⁸ e Celso Agrícola Barbi²²⁹ também eram asseclas desta corrente doutrinária.

Mas, com a edição da nova lei do Mandado de Segurança – Lei n.º12.016/09 –, precisamente em seu Art. 21, esta celeuma, a nosso ver, teve um fim, pois resta evidente pela redação dada ao mencionado dispositivo que o legislador preferiu tutelar por intermédio do

²²³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 122. v. 21.

²²⁴ A própria autora revela que os interesses resguardados pelo Mandado de Segurança Coletivo devem ser os interesses dos integrantes do grupo, entretanto, tais interesses não precisam guardar relação direta com os fins da entidade legitimada. Segundo a autora: “(...) ao criar esse instrumento, a intenção do constituinte foi a de gerar condições para que fosse decidido num único processo várias lides entre os membros de uma categoria de pessoas e o Poder Público, o que evitaria a proliferação de processos acerca de uma mesma causa de pedir, efetivando o princípio da economia processual e garantindo maior segurança jurídica à sociedade.” (DEUS, Teresa Cristina de. **Mandado de Segurança Coletivo**. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coord.). **O Novo Processo Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 397.).

²²⁵ DEUS, Teresa Cristina de. **Mandado de Segurança Coletivo**. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coord.). **O Novo Processo Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 396.

²²⁶ DEUS, Teresa Cristina de. **Mandado de Segurança Coletivo**. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coord.). **O Novo Processo Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 396.

²²⁷ ARAÚJO, Juiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 155.

²²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 459.

²²⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pp. 234; 289 □ 293.

Mandado de Segurança Coletivo os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.

Esta novel figura constitucional veio somente trazer a legitimação ativa para alguns entes que, anteriormente à Constituição Cidadã, não detinham a possibilidade de impetrar Mandado de Segurança como bem explica o mesmo Nelson Nery:

(...) essa figura constitucional nada mais acrescentou à ordem jurídica do país do que *legitimar para a causa* entidades que menciona (partidos políticos com representação no Congresso Nacional e associação ou entidade sindical), na defesa de direitos que não estão em sua esfera individual.²³⁰ (Destaques do autor)

Dessa forma, podemos ousar em dizer que o instituto do Mandado de Segurança continua uno, apenas, agora, existe a possibilidade de se tutelar por essa via direitos coletivos em sentido amplo. Não é por outra razão que o direito material do Mandado de Segurança permanece intacto, ou seja, ele continua defender direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato ilegal ou abuso de autoridade (art. 5.º, LXIX, CF).

Tendo em vista esta “unicidade” e sendo o Mandado de Segurança Coletivo criado apenas com o intuito de outorgar legitimidade a outros entes, chega-se à conclusão de que as regras do Direito Processual Coletivo, formado pela integração da Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se ao procedimento do Mandado de Segurança Coletivo, como bem colocado por Nelson Nery Júnior e Rosa Nery: “como se trata de ação coletiva, são aplicáveis ao MSC os preceitos processuais e procedimentais da parte processual do CDC e da LACP (...)”.²³¹ Por esta razão, não nos cabe aqui tecer novamente os mesmos comentários que fizemos anteriormente. Sendo assim, estudaremos a seguir as questões envolvendo os novos legitimados a manejar este *mandamus*.

Pelo art. 5.º, LXX, *a e b*, CF, estão legitimados a propor Mandado de Segurança Coletivo o partido político com representação no Congresso Nacional²³² e a organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para defesa de seus membros ou associados.

Algumas questões polemicas começaram a ser levantadas pela doutrina acerca desta legitimação, a saber.

²³⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 122. v. 21.

²³¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 135.

²³² Por representação no Congresso Nacional entenda-se que a presença de apenas um parlamentar em qualquer das casas já é o bastante para que um partido tenha representação e possa propor Mandado de Segurança Coletivo.

A primeira delas é debatida por Pedro Lenza em sua obra e diz respeito aos partidos políticos. O mencionado jurista paulista levanta a discussão se somente cabe representação do partido político para a defesa de direitos de pessoas filiadas a ele, e se estes direitos devem ser estritamente políticos? Sua resposta é não, “podendo defender qualquer direito inerente à sociedade, pela própria natureza do direito de representação previsto no art. 1.º, parágrafo único”,²³³ todavia, este não é o entendimento do STJ.²³⁴ Nos filiamos ao entendimento de Lenza, pois se o legislador constituinte quisesse restringir o âmbito de atuação dos partidos políticos o teria feito de forma expressa conforme procedeu na alínea *b* do inciso LXX do art. 5.º, CF.

A segunda polêmica reside na legitimação das associações. Por força do art. 5.º, XXI, CF, há a necessidade de autorização do associado para que a entidade possa representá-lo em juízo (condição de procedibilidade). Mas, será que esta regra é aplicável ao caso da legitimação ativa do *mandamus*? Ou esta regra é excepcionada pelas disposições referentes ao Mandado de Segurança Coletivo? José Afonso da Silva entende que a regra geral do art. 5.º, XXI, CF²³⁵ deve prevalecer em todos os casos nos quais se trate de direito subjetivo individual do associado. Todavia, não é este o entendimento esposado pelo STF nas Súmulas 629 e 630.²³⁶ A doutrina ressalta o mencionado entendimento, aqui representada nas lições de Teresa Cristina de Deus:

Outrossim, o entendimento atual da jurisprudência é que não há necessidade de autorização expressa de cada um dos respectivos filiados, membros ou associados dos entes legitimados para impetração de um mandado de segurança coletivo, mas há necessidade de existir no respectivo estatuto social previsão expressa para defesa de interesses coletivos *lato sensu*.²³⁷

²³³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 504.

²³⁴ “Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a Juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles” (STJ. MS 197/DF, 20.8.90. *in RST*/. 12/215).

²³⁵ Este mandamento constitucional refere-se à representação individual de associado feita, em substituição processual, pela associação à qual é filiado, hipótese que só se concretiza se houver previsão estatutária para tanto ou autorização expressa do associado como nos mostra Nelson e Rosa Nery: “(...) a hipótese é de legitimação das associações para a tutela de direitos individuais de seus associados, configurando verdadeira *substituição processual* (CPC 6.º) (Barbosa Moreira, RP 61/190). A autorização pode estar prevista em lei, nos estatutos, ser dada pelos associados individualmente ou ocorrer em assembleia” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126).

²³⁶ Súmula 629/STF: A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

Súmula 630/STF: A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.

²³⁷ DEUS, Teresa Cristina de. **Mandado de Segurança Coletivo**. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coord.). **O Novo Processo Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pp. 398-399.

Enfim, toda esta polêmica surgiu devido ao fato de que o Mandado de Segurança Coletivo é meio idôneo tanto para a tutela de direitos de uma coletividade, como para a proteção individual, ou seja, de apenas um integrante de uma determinada associação, pois “o que é coletivo não é o mérito, o objeto, o direito pleiteado por meio do Mandado de Segurança Coletivo, mas sim a ação”.²³⁸

Somos asseclas da jurisprudência da Suprema Corte pelo seguinte motivo: mesmo em se tratando de defesa de interesse individual, o Mandado de Segurança Coletivo é regido, como já vimos, pelas normas do Direito Processual Coletivo, que por sua vez é regido pelo princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo que autoriza o juiz a flexibilizar regras processuais de admissibilidade, devendo assim ter interesse em enfrentar o mérito da questão passando por cima de regras incompatíveis com as finalidades do Direito Processual Coletivo em atender aos objetivos colimados pelo Estado Democrático de Direito (vide item 04, capítulo I). Há que se dar ênfase ao relevante aspecto de não taxatividade do rol dos legitimados ativos para impetrar o *mandamus* coletivo:

Importante observar ainda que parte da Doutrina entende, que o rol de legitimados ativos elencados pelo inciso LXX da artigo 5.º da Constituição Federal de 1988 não é restritivo. Ou seja, outros entes legitimados pela sistemática legislativa a proteger direitos coletivos, a exemplo do Ministério Público, poderiam propor Mandado de Segurança Coletivo. (...)

Assim, a Constituição Federal, ao regular a legitimidade ativa nos mandados de segurança coletivos de forma não taxativa, mas exemplificativa, teria seguido de perto as diretrizes consolidadas em nosso direito positivo desde a edição da Lei n.º 7.347/85, e aperfeiçoada pela Lei n.º 8.078/90, que instituiu um rol heterogêneo de entidades legítimas para defenderem interesses coletivos *stricto sensu*.²³⁹

Aliás, esta característica de não taxatividade do rol dos legitimados ativos é traço marcante das Ações Coletivas brasileiras, principalmente após o advento da LACP, onde se estabeleceu a já mencionada legitimidade ativa *mista* ou *plúrima*. Nesse diapasão, não se estabelece um rol cerrado dos legitimados ativos numa clara manifestação do legislador de robustecer a tutela dos interesses e direitos de massa; tal característica não poderia fugir à legitimidade do Mandado de Segurança Coletivo.

3.1.1.4. Natureza Jurídica da Legitimidade no Processo Coletivo.

²³⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 135.

²³⁹ DEUS, Teresa Cristina de. **Mandado de Segurança Coletivo**. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (coord.). **O Novo Processo Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. Pp. 398-401.

Somente após o advento da LACP é que a interpretação da taxionomia da Legitimidade no Processo Coletivo começou a ser elasticada para admitir a presença dos chamados *corpos intermediários* no pólo ativo de demandas que envolvessem os direitos de massa. Todavia, essa “tolerância” encontrou, e ainda encontra, resistência em boa parte da doutrina, devido ao fato desta mesma doutrina tentar compreender a legitimação ativa dos *corpos intermediários* através do fenômeno da legitimação ordinária e extraordinária, oriundo de um sistema eivado de uma concepção liberal-individual como é o CPC. Daí surgiram correntes doutrinárias que tentaram explicar o nascedouro da legitimação ativa para o manejo dos meios processuais coletivos.²⁴⁰

A primeira corrente, defendida por Barbosa Moreira, diz que para a defesa dos direitos metaindividuais ser exercida não seria necessária a previsão legal desta legitimação, bastando apenas uma análise sistemática do ordenamento jurídico para se chegar a essa legitimação. Essa doutrina foi baseada nos ensinamentos do mestre Arruda Alvim, o qual fundamentava suas lições afirmando que o CPC pátrio, ao revés do CPC Italiano, não possui no Art. 6.º o advérbio “expressamente”; o *codex* alienígena em seu Art. 81 dispunha acerca da substituição processual da seguinte forma: “fora dos casos *expressamente* previstos em lei, ninguém pode fazer valer processo em nome próprio em direito alheio”(destacamos). Tal redação leva a uma interpretação de que a legitimidade ativa somente poderia ser aferida se prevista *expressamente* em texto de lei.²⁴¹

Kazuo Watanabe, por sua vez, tenta extrair a legitimidade daqueles corpos intermediários para o manejo do processo coletivo adotando uma interpretação mais flexível do Art. 6.º do CPC. Para ele, a legitimidade ativa daquelas entidades criadas no seio da sociedade seria ordinária, e não extraordinária.²⁴²

Nelson Nery Junior, em contrapartida, é partidário de uma corrente baseada no Direito Alemão, segundo o qual a legitimação para mover uma ação coletiva é *extraordinária autônoma*, uma vez que para se atestar essa legitimidade basta a afirmação do direito ou interesse coletivo em juízo, sem a necessidade de constatação de quem seriam os verdadeiros titulares do direito lesado. Para o autor, a dicotomia existente entre legitimação ordinária e

²⁴⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 497-498.

²⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 498.

²⁴² WATANABE, Kazuo. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 498.

extraordinária é exclusiva do direito processual civil individual; é instituto próprio dele. Aqui, na seara coletiva, a lei atribui a um ente a responsabilidade direta de tomar medidas judiciais ou extrajudiciais para a tutela dos interesses massificados (coletivos *lato sensu*), pelo simples fato de seus titulares não poderem individualmente exercer tal mister de proteção. Seria, nesses termos, inexecutável e quase impossível que, *v.g.*, todos os lesados pela poluição de um rio viessem ao processo em litisconsórcio ativo propor demanda reparatória ou inibitória do ato lesivo.²⁴³ Por fim, Manoel Severo Neto é assécler desta corrente doutrinária que admite ser a legitimidade no Direito Processual Coletivo *autônoma* e vai ainda mais fundo para classificá-la como *autônoma concorrente*.²⁴⁴

Já para Teori Albino Zavascki, a legitimação ativa decorre do fenômeno da substituição processual para a tutela dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, sendo, para ele, o fenômeno da substituição processual o regime ordinário no processo coletivo – notadamente na Ação Civil Pública –, quando para o processo civil individual ele se apresenta como extraordinário.²⁴⁵ Todavia, para o mencionado autor, essa substituição processual fica restrita ao campo processual, sendo vedado ao substituto praticar atos que importem a disposição desses direitos:

Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem não substitui o titular na relação de direito material, mas sim, e apenas, na relação processual. Como consequência, ao substituto é vedado praticar qualquer ato que, direta ou indiretamente, importe em disposição do direito material tutelado.²⁴⁶

No que tange à tutela dos direitos individuais homogêneos, Teori Zavascki admite que a legitimação ocorra em duas fases distintas. Numa primeira fase, chamada de *fase de cognição* – na qual se busca a reparação ou proteção do direito por meio de uma sentença de mérito – a legitimação ativa assumiria a mesma feição de substituição processual; já na segunda fase, denominada pelo autor de *fase de cumprimento* – na qual se executaria o objeto da decisão judicial – a legitimação ativa passaria a ser exercida por meio da representação, uma vez que caberia agora a cada titular do direito liquidar a sua parte e executá-la perante o judiciário (Art. 97, CDC).²⁴⁷

²⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 498-499.

²⁴⁴ SEVERO NETO, Manoel. **Teoria da Legitimação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. p. 132.

²⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

²⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

²⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pp. 174-175.

Todavia, Antonio Gidi defende que a legitimação ativa em sede de direitos individuais homogêneos não pode ser compreendida como extraordinária por meio da substituição processual. O jurista adota essa posição porque segundo ele no regime da substituição, o substituto não poderia novamente ingressar em juízo, pois estaria abrangido pelo regime da coisa julgada, o que não é de longe o caso da tutela coletiva. Para ele, a legitimação ativa, quando o direito em discussão é individual homogêneo, é considerada autônoma para a condução do processo.²⁴⁸

Conforme pudemos perceber pelas notas introdutórias deste ensaio, o Direito Processual Coletivo se faz pela formação de um microsistema protetivo, o qual se aperfeiçoa pela junção da LACP, CDC e LAP. Todavia, em se tratando de aferição da legitimidade ativa neste novo ramo do direito processual, não se pode perder de vista a própria Constituição Federal, a qual trouxe a figura do Ministério Público como legitimado ativo por excelência (art. 129, III), bem como inseriu no ordenamento jurídico o Mandado de Segurança Coletivo, o qual trouxe consigo outros entes legitimados □ tutela de direitos coletivos.²⁴⁹

Para não se cair na redundância, devemos repisar neste ponto que o *Parquet* possui legitimidade ativa presumida, não sendo este o caso de substituição processual, mas de legitimação autônoma. Para tal, faz-se remissão ao tópico atinente à legitimidade na Ação Civil Pública.

3.1.2. O REGIME DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS.

A tutela dos interesses coletivos necessita de meios processuais adequados para a sua efetiva proteção. Os institutos processuais clássicos do direito processual civil, como já dissemos anteriormente inúmeras vezes, são impróprios e deficientes para o resguardo dos interesses transindividuais.

²⁴⁸ GIDI, Antonio. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2003. Pp. 499□500.

²⁴⁹ “Posteriormente, a Lei 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública, inseriu ao nosso ordenamento jurídico como entes legitimados à propositura de ações em defesa dos interesses coletivos: i) o Ministério Público; ii) União, Estados e Municípios; iii) Autarquias, Empresas Públicas, Fundações e Sociedades de Economia Mista; iv) Associações. (...) A Lei da Ação Civil Pública foi mais tarde complementada com o advento da Lei 8.072/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor e ampliou o leque dos legitimados ativos ao incluir dentre eles as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. (...) Finalmente, a Constituição Federal de 1988 criou a figura do mandado de segurança coletivo outorgando legitimidade para a sua propositura ao: i) partido político com representação no Congresso Nacional; ii) organização sindical; iii) entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.” (SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 54.)

Nesse sentido, com a formação do microsistema processual, protetivo daqueles direitos, procurou-se atribuir um novo conceito ao instituto processual da coisa julgada em sede de tutela coletiva, por ser ela o meio determinante da abrangência das decisões no processo.

Sem se descuidar de manter o conceito clássico de coisa julgada traçado por Liebman, conceito este adotado pela maioria dos processualistas brasileiros, segundo o qual “a coisa julgada tornaria imutável a sentença, fazendo com que aquele ato processual se tornasse insuscetível de alteração em sua forma, e faria ainda imutáveis os seus efeitos”²⁵⁰, as normas processuais coletivas deram nova roupagem ao instituto da coisa julgada no que tange aos seus limites subjetivos (art. 472, CPC) e também quanto ao resultado da demanda. Em outros termos, a coisa julgada nas ações coletivas possui eficácia *erga omnes* ao mesmo tempo em que também é *secundum eventus litis*, traduzindo: seus efeitos não se restringem às partes integrantes do processo e a sua concretização fica a depender do resultado do litígio. Por esta última característica da coisa julgada coletiva, as ações julgadas improcedentes por insuficiência de material probatório poderão ser propostas novamente tendo qualquer legitimado em mãos nova prova, ou seja, a sentença não será imbuída da autoridade da coisa julgada material. Alexandre Câmara reconheceu a importância da coisa julgada *secundum eventus litis* para a tutela dos interesses massificados qualificando-a como “instrumento essencial” para a efetiva tutela desses direitos e cita o seguinte exemplo para melhor ilustrar sua opinião:

Pense-se, por exemplo, numa “ação popular” proposta em conluio entre o demandante e um governante que tivesse praticado um ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, na qual o demandante, propositadamente, não apresentasse provas suficientes para demonstrar a veracidade de suas alegações. A sentença que rejeitasse o pedido faria coisa julgada *erga omnes*, impedindo que qualquer outro membro da coletividade, ainda que de posse de novas provas, atacasse aquele ato.²⁵¹

Desde já, gostaríamos de registrar que esta característica da coisa julgada coletiva não se aplica aos casos de ações coletivas para a tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos, pelas razões que mais à frente serão expostas.

Devemos ressaltar, porém, que a única inovação ocorrida perante o instituto da *res iudicata* tradicional foi exatamente esta questão da coisa julgada *secundum eventus litis*. Não há que se falar em novo conceito de coisa julgada no tocante aos limites subjetivos trazidos pelas normas constantes dos arts. 16, LACP; 18, LAP e 103, CDC. Houve na verdade, como

²⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 466.

²⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 487.

afirma Aroldo Plínio Gonçalves, aqui citado por Lutiana Lorentz, uma nova conceituação de parte:

Este autor sustenta que no art. 81, da Lei nº 8.078/90, estão os verdadeiros sujeitos do processo, porque estes é que são os destinatários do provimento, definidos por um duplo critério: pela natureza dos direitos, podendo ser indivisível, ou divisível e também pela titularidade do sujeito, podendo ser transindividuais, ou meramente individual de cada sujeito.²⁵²

E continua a autora a explicar o posicionamento de Plínio Gonçalves:

(...) a alteração ocorreu, na verdade, foi com relação ao conceito de parte, tendo em vista, como já foi exposto supra, não só os direitos considerados, por sua natureza indivisível, ou divisível, mas também por sua titularidade que pode ser transindividual, ou individual. A legitimação para defesa destes direitos é que foi conferida de modo concorrente, art. 82 da Lei nº 8.078/90, para 8 (oito) sujeitos e é diversa do conceito legitimação ordinária, como sendo aquele que é exercido pelo sujeito do contraditório, ou pelos destinatários do provimento, art. 81 da Lei nº 8.078/90, o que pode ser comprovado no art. 103 da Lei nº 8.078/90, estar [se]ia diante de uma legitimação extraordinária, art. 6º, do CPC.²⁵³

Alexandre Câmara defende a ausência de mácula aos princípios gerais, haja vista a ocorrência do fenômeno da substituição processual em sede de ações coletivas:

É de se notar, por fim, que a única diferença entre o sistema da coisa julgada tradicional, regido pelo Código de Processo Civil, e o sistema das demandas coletivas, encontra-se na previsão de formação da coisa julgada *secundum eventus litis*. Não há, na extensão *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, qualquer exceção aos princípios gerais. Isto porque, como se sabe, nas demandas coletivas ocorre substituição processual, com o demandante tutelando em juízo interesses que não lhe são próprios. Ora, sabe-se que a coisa julgada que se forma para o substituto processual atinge também o substituído, o que explica a extensão subjetiva da coisa julgada nas hipóteses aqui examinadas.²⁵⁴

Após compreendermos todas essas características da coisa julgada coletiva, vejamos agora como ela se manifesta perante os três tipos de direitos coletivos dispostos no art. 103, CDC²⁵⁵.

²⁵² GONÇALVES, Aroldo Plínio *Apud* LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Coisa Julgada Coletiva: Ultra Partes, Erga Omnes e Secundum Eventus Litis*. In: **Júris Síntese IOB Março/Abril (CD-ROM)**. São Paulo: Síntese, 2005.

²⁵³ GONÇALVES, Aroldo Plínio *Apud* LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Coisa Julgada Coletiva: Ultra Partes, Erga Omnes e Secundum Eventus Litis*. In: **Júris Síntese IOB Março/Abril (CD-ROM)**. São Paulo: Síntese, 2005.

²⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 490.

²⁵⁵ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

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

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

III [se] erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III, do parágrafo único, do artigo 81.

O art. 103, I, CDC, diz que em se tratando de ação coletiva cujo objeto é um direito difuso, a coisa julgada produzida pela sentença será de efeitos *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, hipótese na qual qualquer legitimado estará apto a intentar nova ação com suporte probatório novo; tal possibilidade de intentar nova ação coletiva representa – de acordo com a doutrina de Gustavo Filipe Barbosa Garcia – uma mitigação imposta pela lei para a coisa julgada, conforme a decisão oriunda daquela demanda.²⁵⁶ Nesta situação cremos que não existam dúvidas intransponíveis, pois, pela natureza do objeto da lide, todos, indistintamente, serão atingidos pela eficácia da sentença.

Questão interessante se desenvolve quando a referida ação é julgada improcedente por outro motivo que não a ausência de provas. Haverá, neste caso, a ocorrência da coisa julgada *erga omnes*, no entanto, por força do § 1.º do art. 103, CDC²⁵⁷, interesses ou direitos individuais não serão prejudicados em decorrência da prolação desta sentença. Isto porque a sentença de improcedência restringe-se apenas aos legitimados coletivos como bem explica Humberto Theodoro Júnior:

Se a sentença for de improcedência, a coisa julgada operará plenamente no âmbito da ação coletiva, se não se tratar de insuficiência de prova, mas de inexistência mesma do direito material manejada na ação. Nenhuma outra ação coletiva poderá ser proposta seja pelo autor, seja por outro legitimado. Isto, porém, não prejudicará os direitos subjetivos *individuais de* terceiros, isto é, de quem não figurou no processo coletivo a nenhum título (litisconsorte, assistente etc.).²⁵⁸ (Destaque do autor)

Em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu*, os efeitos da sentença prolatada em ação coletiva com esse objetivo fará coisa julgada *ultra partes*, não mais *erga omnes*, ou seja, os limites subjetivos ficam restritos às pessoas pertencentes ao grupo, categoria ou classe (art. 103, II, CDC).²⁵⁹

Convém aqui ressaltar o emprego da expressão *ultra partes* em substituição à expressão *erga omnes*. Somos partidários do entendimento de Hugo Nigro Mazzilli acerca da equivalência de significados de uma e outra, haja vista ambas alcançarem pessoas que não fazem parte do processo. No entanto, quis o legislador, segundo ele, “declinar as regras que informam uma e outra hipóteses”, diferenciando-as, assim. Neste diapasão, a coisa julgada de efeitos *erga omnes* “quis alcançar a imutabilidade do *decisum* em todo o grupo social”, ao

²⁵⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coisa Julgada: Novos enfoques no Direito Processual, na Jurisdição Metaindividual e nos Dissídios Coletivos**. São Paulo: Método, 2007. p. 75.

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

²⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 36.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I. p. 479.

²⁵⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coisa Julgada: Novos enfoques no Direito Processual, na Jurisdição Metaindividual e nos Dissídios Coletivos**. São Paulo: Método, 2007. p. 76.

passo que para a *res iudicata ultra partes* “quis alcançar, sim, também mais do que meras partes da ação coletiva, mas menos do que todo o grupo social (...)”.²⁶⁰

Quanto aos casos de improcedência do pedido da ação coletiva em comento, repita-se tudo o que foi dito a respeito da hipótese prevista no inciso I do art. 103, CDC, substituindo apenas, obviamente, o alcance dos efeitos *erga omnes* para *ultra partes*. Complementando o que foi dito, Gustavo Filipe B. Garcia assim leciona: “Também os direitos individuais dos integrantes do grupo ou categoria não são afetados pela referida coisa julgada, pelos mesmos fundamentos já expostos (art. 103, § 1.º, do Código do Consumidor).”²⁶¹

A última tratativa dos efeitos da coisa julgada coletiva refere-se às ações cujo objeto seja direitos ou interesses individuais homogêneos (art. 103, III, CDC). Aqui os efeitos da decisão são os mesmos previstos na hipótese do inciso I – *erga omnes* –, do mesmo dispositivo, comportando apenas algumas diferenças no que diz respeito à improcedência do pedido. Ratificando estas afirmações, se faz oportuna a citação da doutrina de Gustavo Filipe B. Garcia:

Nas ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, porém “apenas no caso de procedência do pedido”, beneficiando nessa hipótese “todas as vítimas e seus sucessores”. Ou seja, sendo procedente o pedido, todos os substituídos processuais serão beneficiados pela coisa julgada (art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor).²⁶²

Este caso merece crítica pertinente de Hugo Nigro Mazzilli quanto a qualidade dos limites subjetivos da coisa julgada nestas ações. Pelos mesmos motivos discorridos no caso anterior (art. 103, II, CDC), Hugo Mazzilli defende que às decisões envolvendo direitos ou interesses individuais homogêneos, os efeitos da coisa julgada deveriam se processar *ultra partes* e não *erga omnes* como diz a lei:

Quanto a estes, a lei também deveria ter mencionado efeitos *ultra partes*, e não *erga omnes*, porque a defesa de interesses individuais homogêneos abrange apenas os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas lesadas (as vítimas ou seus sucessores), do mesmo modo que ocorreria na defesa de interesses coletivos, em sentido estrito.²⁶³

²⁶⁰ 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. 481.

²⁶¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coisa Julgada: Novos enfoques no Direito Processual, na Jurisdição Metaindividual e nos Dissídios Coletivos**. São Paulo: Método, 2007. p. 76.

²⁶² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coisa Julgada: Novos enfoques no Direito Processual, na Jurisdição Metaindividual e nos Dissídios Coletivos**. São Paulo: Método, 2007. Pp. 76-77.

²⁶³ 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. 482.

Diferentemente do que ocorre nos casos previstos nos incisos I e II do art. 103, CDC, aqui não há a coisa julgada *secundum eventus litis*, ou seja, quando um pedido em ação envolvendo direitos ou interesses individuais homogêneos é julgado improcedente, por falta de provas, não caberá a propositura de uma nova ação do interessado que, nos moldes do art. 94, CDC²⁶⁴, habilitou-se como litisconsorte²⁶⁵. Todavia, eventuais prejuízos individuais sofridos por aqueles que não intervirem desta forma no processo não ficarão sem apreciação judicial. Conclusão: sendo o pedido julgado improcedente, seja ou não por falta de provas, a possibilidade de propositura de uma nova ação fica restrita ao particular que não lançou mão da intervenção no processo coletivo; a autoridade da coisa julgada decorrente da improcedência do pedido atingirá apenas as partes envolvidas na demanda coletiva (art. 103, § 2.º, CDC²⁶⁶).

Um fato curioso vem à tona acerca da legitimação ativa para promover outra ação quando a primeira tem o seu pedido rejeitado por falta de provas. Tem sido objeto de discussão na doutrina a possibilidade do mesmo legitimado ativo ajuizar novamente outra ação quando já teve a sua primeira julgada improcedente. Segundo alguns doutrinadores, a exemplo de Aroldo Plínio Gonçalves, isto não seria possível devido ao imperativo do art. 301, § 2.º, CPC, segundo o qual “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”; ou seja, o autor supramencionado diz que qualquer outra pessoa legitimada, diversa da que foi parte na primeira ação, pode ajuizar nova demanda pautada em fatos novos.²⁶⁷ Não nos parece razoável este entendimento, *data maxima venia*, pelo simples fato de que, quando se impetra nova ação, esta deve vir acompanhada de um fato novo, alterando-se assim a causa de pedir próxima, hipótese onde não há que se falar em identidades de ações como oportunamente relatam Nelson Nery e Rosa Nery:

Identidade de ações: caracterização. As partes devem ser as mesmas, não importando a ordem delas nos pólos das ações em análise. A causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito, respectivamente), deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas. O pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo: bem da vida e tipo de sentença judicial. Somente quando os três elementos,

²⁶⁴ Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

²⁶⁵ Esta espécie de habilitação dos interessados mantém intrínseca semelhança com a vinculação *opt-in* dos efeitos da sentença do sistema norte-americano da *class action* (vide subitem 3.2 do capítulo III).

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

²⁶⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio *Apud* LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Coisa Julgada Coletiva: Ultra Partes, Erga Omnes e Secundum Eventus Litis*. In: **Júris Síntese IOB Março/Abril (CD-ROM)**. São Paulo: Síntese, 2005.

com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas.²⁶⁸ (Destques dos autores)

Comungamos também do magistério de Ada Pellegrini, aqui citada por Lutiana Lorentz, o qual reforça a tese de cabimento do ajuizamento de outra ação pelo mesmo legitimado ativo:

GRINOVER sustenta que, baseado no fato tanto de que o art. 103, I e II do Lei nº 8.078, de 1990, não fala em “qualquer outro legitimado”, mas sim, “qualquer legitimado”, quanto baseado nos estudos de BARBOSA MOREIRA, que chegou à mesma conclusão ao analisar o art. 18 da Lei nº 4.717, de 1965, (na lei da Ação Popular não se falava em “qualquer outro cidadão”, mas sim em “qualquer cidadão”, como legitimado ativo para renovar a ação), ela sustenta que é possível que o próprio legitimado coletivo, que já atuou no processo, ajuíze outra ação.²⁶⁹

Há entendimentos também no sentido de que havia flagrante agressão aos princípios constitucionais da isonomia e contraditório quando se admite a propositura de nova ação, em face do mesmo réu, ainda que na primeira ação o seu pedido tenha sido rechaçado por falta de provas e a segunda apresente fatos novos, pois nestes casos o réu seria passível de um tratamento inadequado ante aqueles princípios.²⁷⁰ Pedimos novamente a devida vênia para nos posicionar contrariamente a esta interpretação, fazendo nossas as palavras de Humberto Theodoro Júnior, pois, segundo o catedrático mineiro, “os efeitos da sentença coletiva operam sempre no terreno da ação coletiva e não necessariamente no dos interesses individuais”.²⁷¹ Ademais, não vislumbramos agressão ao contraditório e isonomia pelo simples fato de que, em se tratando de nova ação, fato este corroborado pela autonomia do processo coletivo, o réu terá as mesmas oportunidades de defesa na segunda ação a ele conferidas na primeira.

Pois bem, após todo esse estudo acerca da extensão subjetiva da coisa julgada coletiva, chegamos no ponto mais importante para o Direito Processual Coletivo envolvendo a *res iudicata*. Estamos falando da coisa julgada da Lei nº 7.347/85 transportada às ações individuais por danos sofridos, do art. 103, § 3.º, CDC²⁷².

Este fenômeno recebe da doutrina o nome de transporte *in utilibus* do pedido julgado procedente em ação coletiva para as ações individuais.

²⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 687.

²⁶⁹ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Coisa Julgada Coletiva: Ultra Partes, Erga Omnes e Secundum Eventus Litis*. In: **Júris Síntese IOB Março/Abril (CD-ROM)**. São Paulo: Síntese, 2005.

²⁷⁰ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Coisa Julgada Coletiva: Ultra Partes, Erga Omnes e Secundum Eventus Litis*. In: **Júris Síntese IOB Março/Abril (CD-ROM)**. São Paulo: Síntese, 2005.

²⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 36.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I. p. 479.

²⁷² § 3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, combinado com o artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99.

A possibilidade dos efeitos da coisa julgada refletirem nas ações individuais representa, talvez, um dos maiores avanços, de importância significativa, para a auferição de autonomia por parte do Direito Processual Coletivo e para a efetiva proteção dos direitos transindividuais. Rompendo com as regras arcaicas da coisa julgada do processo civil individual, a nova disciplina da coisa julgada fomenta o princípio da economia processual gerando maior rapidez na solução das demandas, além de é claro, atender ao escopo básico do regime da coisa julgada coletiva, qual seja, a inibição de julgamentos contraditórios contrariamente do que pensa Barbosa Moreira, como bem observa Ada Pellegrini, citada por Humberto Theodoro Júnior:

Como observa Ada Pellegrini Grinover, não há o risco temido por Barbosa Moreira de contradição propriamente entre duas coisas julgadas, ou seja, entre a coletiva e a individual, visto que, na sistemática implantada a partir do Código de Defesa do Consumidor para todas as ações relativas a interesses difusos ou coletivos, a coisa julgada desfavorável está limitada aos entes e pessoas legitimadas às ações coletivas, “deixando a salvo apenas os particulares, em suas relações intersubjetivas pessoais, os quais (em suas ações individuais) alcançarão uma coisa julgada normalmente restrita às partes”.²⁷³

Dando uma explicação mais sintética a respeito dessa extensão subjetiva da coisa julgada coletiva, Ivone Cristina de Souza João nos mostra na prática o que acontece com as partes da relação processual coletiva, em especial o réu, o qual, segundo ela, “entra no processo sabendo que, se ganhar, só ganhará com relação às partes. Mas, se perder, perderá com relação a todos”.²⁷⁴

O referido fenômeno, por sua vez, vai mais além da simples extensão subjetiva do julgado, como assevera Ada Pellegrini. Segundo a autora ocorre aqui também “a ampliação do objeto do processo, *ope legis*, passando o dever de indenizar a integrar o pedido exatamente como ocorre na reparação do dano *ex delicto*, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal”.²⁷⁵

No tocante à litispendência diz o art. 104, CDC²⁷⁶ que as ações coletivas, cujo objeto seja a tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos *erga omnes e ultra partes*,

²⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 36.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I. p. 479.

²⁷⁴ JOÃO, Ivone Cristina de Souza. “A Coisa Julgada nas Ações Coletivas”. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo-SP. n.º 08. ano 06, 2002. p. 217.

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 935.

²⁷⁶ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

respectivamente, da coisa julgada só beneficiarão os autores das ações individuais se for requerida a suspensão da mesma pelo prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da demanda coletiva.²⁷⁷

Esta é também uma importante inovação processual para a tutela dos interesses de massa. A litispendência fica afastada pelo fato de serem as partes das demandas, individual e coletiva, diferentes, não incidindo aqui o comando do art. 301, § 2.º, CPC. Mais uma vez o legislador procurou evitar o nascimento de sentenças díspares, bem como outorgou mais celeridade e efetividade aos litígios envolvendo direitos coletivos em sentido amplo. A disciplina da litispendência, aqui tratada, é cercada por uma certa obviedade, pois, segundo o que dispõe Hugo Nigro Mazzilli, o objeto de uma ação individual jamais coincidiria com o objeto de uma ação coletiva, podendo, no entanto, ocorrer, no máximo, uma conexão ou uma continência entre ambas.²⁷⁸

Para fechar o nosso estudo sobre a coisa julgada coletiva, não podemos nos furtar de tocar num ponto bastante curioso, sendo imperioso o seu comentário. Trata-se da alteração ocorrida no art. 16, LACP por intermédio da Medida Provisória n.º 1.570/97 que acabou sendo convertida na Lei n.º 9.494/97.

Antes da entrada em vigor desta lei, o art. 16, LACP possuía a seguinte redação: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. A alteração se deu com o acréscimo da expressão “nos limites da competência do órgão prolator”, e o art. 16, LACP passou a ter o seguinte teor: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Hão de ser observadas duas importantes questões acerca do mencionado dispositivo.

Primeiro, a alteração vai de encontro com os próprios termos da coisa julgada coletiva, pois não se admite um efeito *erga omnes* (contra todos), mas que ao mesmo tempo

²⁷⁷ Corroborando nossas afirmações está o magistério de Ivone Cristina de Souza João, que também complementa nosso estudo: “Faculta-se ao autor individual requerer a suspensão do processo intentado a título pessoal, para usufruir dos benefícios da eventual sentença coletiva favorável. Na hipótese de a ação individual prosseguir em seu curso, porém, não haverá aproveitamento da coisa julgada coletiva, numa expressa exceção à regra geral do Código do Consumidor sobre a extensão subjetiva do julgado, in *utilibus*” (JOÃO, Ivone Cristina de Souza. “A Coisa Julgada nas Ações Coletivas”. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo-SP. n.º 08. ano 06, 2002. p. 218).

²⁷⁸ 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. Pp. 482-483.

restringa esses mesmos efeitos a um determinado espaço físico. Alexandre Câmara traz em sua obra exemplos de como este dispositivo pode gerar uma verdadeira confusão, principalmente nos aspectos de legitimação ativa e interposição de recursos:

(...) pense-se numa “ação civil pública” ajuizada pelo Ministério Público de um Estado em que se profere sentença de improcedência do pedido, alcançando-se assim a autoridade de coisa julgada material. Poderá o Ministério Público de outro Estado ajuizar demanda pelo mesmo fundamento e com o mesmo objeto? E no caso de ter sido a demanda ajuizada pelo Ministério Público Federal num determinado Estado, seria possível ao Ministério Público Federal ajuizar novamente a demanda em outro Estado da Federação? Além disso, é de se considerar que os limites territoriais da coisa julgada se ampliarão conforme o número de recursos interpostos. Sendo certo que o julgamento do mérito do recurso substitui a decisão recorrida (art. 512 do CPC), e sendo certo que os limites territoriais da coisa julgada são fixados pela competência territorial do órgão prolator da decisão alcançada pela autoridade de coisa julgada, pode-se ter o seguinte: proferida sentença em “ação civil pública” por um juízo federal da seção judiciária do Rio de Janeiro, sua sentença fará coisa julgada nos limites do Estado do Rio de Janeiro. Havendo apelação contra tal sentença, porém, e sendo ela julgada pelo TRF da 2ª Região, o acórdão por este prolatado faria coisa julgada nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo (que compõem a 2ª Região. Tendo sido, porém, interposto (e admitido) recurso especial, será este julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que prolatará acórdão capaz de fazer coisa julgada em todo o país.²⁷⁹

Segundo, o referido dispositivo torna-se inócuo perante o sistema integrado entre a LACP e o CDC, não tendo sido este último diploma afetado pelas mudanças ora em análise em virtude da visível revogação pelo CDC do dispositivo em comento. Ora, se raciocinarmos bem, chegaremos à conclusão de que os Arts. 103 e 104 do CDC disciplinaram a matéria atinente à coisa julgada em momento posterior à LACP, a qual data do ano de 1985²⁸⁰; acrescenta-se ainda o fato de que, pelo art. 2.º, § 1.º, LICC a Lei n.º 9.494/97 não está apta a alterar o regime da *res iudicata* coletiva, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor disciplinou a matéria de forma exauriente e completa.²⁸¹ Some-se a isso o fato do legislador ter

²⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 488.

²⁸⁰ Dispondo de forma bastante sintetizada e objetiva essa questão estão os ensinamentos do eminente Rony Ferreira, cuja doutrina pedimos vênias para transcrever em seguida: “(...) a coisa julgada deixou de ser tratada em textos legais específicos sobre espécies de ações coletivas, ganhando contorno sistêmico, vindo disciplinado no CDC como instituto aplicável a todas as espécies de ações coletivas. Ao tema dedicou-lhe o CDC, no Título III, Capítulo IV, os arts. 103 e 104 (...) E mais: o art. 117 do CDC acrescentou à LACP o art. 21 que tem a seguinte redação: ‘Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor’. Ao determinar a interligação dos dois diplomas legais, fez com que os institutos de um e outro fossem aplicados reciprocamente, a fim de se complementarem, e com isso propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos transindividuais (...). Nesse contexto, ao ter instituído um regime de coisa julgada e considerando a interligação e integração desse regime à LACP, a norma posterior (no caso o CDC) revogou a anterior por tratar sobre o mesmo tema.” (FERREIRA, Rony. **Coisa Julgada nas Ações Coletivas: restrição do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. Pp. 137-138.)

²⁸¹ Da mesma maneira pensa Castro Mendes (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional**. [Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 264.).

confundido competência com coisa julgada, como assevera Hugo Nigro Mazzilli, cujas lições a esse respeito estão transcritas abaixo:

Com efeito, a Lei n. 9.494/97 confundiu competência com coisa julgada. A imutabilidade *erga omnes* de uma sentença não tem nada a ver com a competência do juiz que a profere. A alteração legislativa que a Lei n. 9.494/97 provocou no art. 16 da LACP é inócua e incoerente, até mesmo porque o CDC não foi alterado nesse particular, e sua disciplina é de aplicação integrada e subsidiária em matéria de ação civil pública. Além do mais, o juiz tem que ter competência absoluta para decidir uma ação civil pública; não se trata de competência territorial.²⁸²

Neste sentido, o acréscimo resultante da Lei n. 9.494/97 ao Art. 16 da LACP foi realmente supérfluo e inócua, pois alterou dispositivo legal revogado de acordo com as regras dispostas na LICC. Reforçando nossos argumentos, Rony Ferreira escreve:

Como se vê, a Lei 9.494/97, ao modificar o art. 16 da LACP, procurou inserir uma fórmula restritiva da eficácia extensiva da coisa julgada coletiva, de modo a repercutir na esfera de atuação de Poder do Judiciário. Com tal pretensão, o que se tentou foi limitar a eficácia *erga omnes* da coisa julgada nas ações coletivas pelo critério da competência territorial do órgão prolator da sentença. (...) Entretanto, como demonstrado, tal tentativa mostra-se absolutamente inócua, pois recaiu sobre uma legislação já revogada, sendo, pois, ineficaz.²⁸³

Ademais, na mesma linha de raciocínio de Castro Mendes²⁸⁴ e Alexandre Câmara²⁸⁵, consideramos que a referida alteração choca-se com os princípios constitucionais da razoabilidade e devido processo legal, além do que o dispositivo em estudo toleraria o surgimento de decisões contraditórias, o que é extremamente prejudicial para os fins colimados pelo Direito Processual Coletivo.

Por tudo isso que foi estudado, chega-se à constatação da importância da nova disciplina da coisa julgada coletiva como instituto imprescindível para o enrijecimento da autonomia do Direito Processual Coletivo e consecução do Estado Democrático de Direito, como defende Gregório Assagra:

Sem *coisa julgada coletiva* não há como se sustentar a existência do *direito processual coletivo* como novo ramo do direito processual, pois não se poderia falar em efeitos ou eficácia das decisões nele proferidas nem também em utilidade. E mais: sem *coisa julgada coletiva* não há que se falar em tutela jurisdicional coletiva adequada. Portanto, qualquer interpretação ou investida autoritária sobre esse instituto de magnitude constitucional (art. 5º, XXXV, da CF) não pode nem deve ser aceita

²⁸² 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. 488.

²⁸³ FERREIRA, Rony. **Coisa Julgada nas Ações Coletivas: restrição do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 139.

²⁸⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional.**[Coleção **Temas Atuais de Direito Processual Civil**]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 265.

²⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I. p. 488.

pela comunidade jurídica consciente e comprometida com os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.²⁸⁶ (Destques do autor)

Ousamos dizer, portanto, que este foi o maior avanço ao nível de tutela coletiva do ordenamento jurídico nacional, sem o qual a tutela dos interesses de massa padeceria de ineficiência. Por essas e outras, o Direito Processual Coletivo, hoje, torna-se modelo de inspiração aos demais ordenamentos jurídicos do mundo inteiro. O Brasil nesse sentido conseguiu reunir o que há de melhor, em termos de institutos processuais, nos diversos sistemas de tutela dos interesses transindividuais do mundo e conjugá-los para formar, assim, um sólido arcabouço legal de proteção aos direitos coletivos. Parabéns ao Brasil, parabéns àqueles que se esforçaram nessa investida de tornar o país uma referência neste aspecto.

3.1.2.1. Existem *Terceiros* Não Partes no Processo Coletivo?

O conceito de *terceiros* deve ser revisto em sede de processo coletivo ante sua concepção advinda do processo individual, tudo isso em virtude do alcance e limites subjetivos da coisa julgada coletiva. A figura do *terceiro* no processo civil individual é aquela estranha à relação jurídica processual – geralmente é aquele que também nutre ligação direta com a relação jurídica material, pela regra geral –, não abrangida pela coisa julgada formada *inter partes*.²⁸⁷

Visto isso, a pergunta que vem à tona é a seguinte: existe a figura do *terceiro* no processo coletivo?

Primeiramente, é preciso esclarecer nesta etapa do presente trabalho que a figura do *terceiro* vem tomando contornos diversos dos esposados pela doutrina processualista nacional. Manoel Severo Neto, num primeiro instante, afirma que a figura do *terceiro* não passa de um mito, uma ficção jurídica criada pela doutrina por esta desconhecer o fenômeno da *legitimação incidental*; *terceiro* seria de fato um legitimado incidental apto a integrar, a qualquer momento a relação processual onde se esteja discutindo interesse afeto ao mesmo.²⁸⁸ Nos dizeres do referido professor, o *terceiro* nada mais é do que *parte* na relação jurídica processual. Ele mesmo explica o porquê dessa conclusão da seguinte maneira:

²⁸⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 555.

²⁸⁷ OLIVEIRA, Frederico. **Premissas Fundamentais do Processo de Conhecimento**. Recife: Bagaço, 2005. p. 287.

²⁸⁸ SEVERO NETO, Manoel. **Legitimação Incidental no Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. Pp. 69-70.

A denominação de terceiro, dada a pessoa que se insere em processo pendente, não satisfaz. Não satisfaz porque a qualidade de parte não deve se limitar ao sujeito de direito (autor ou réu) que originariamente integra um dos pólos da relação jurídica processual. O conceito de legitimidade incidental (legitimação incidente), atribuída aos chamados terceiros intervenientes, emerge de uma situação particular, definida em lei, na qual se encontra o sujeito de direito para participar de um processo pendente.²⁸⁹

Em segundo lugar, não há que se confundir *extensão da coisa julgada* com *eficácia expandida da sentença de mérito*, aquela tem a capacidade de atingir as partes envolvidas no litígio, donde se emanará todo o comando jurisdicional estatal de cumprimento do *decisum*; este último, por sua vez, diz respeito a possíveis irradiações do poder estatal oriundo da sentença para quem não esteve envolto no contraditório processual, vale dizer: aqueles estranhos à relação jurídica processual, mas que, em virtude das relações intersubjetivas que permeiam a sociedade, estão passíveis de sofrer as conseqüências advindas da lide instaurada por e entre estranhos. Quem bem define os contornos de cada um é Rodolfo de Camargo Mancuso, que assim obtempera:

É dizer, a *autoridade da coisa julgada* impõe-se, como *regra*, às partes, mas como a vida em sociedade inter-relaciona as pessoas e seus bens, é possível que, eventualmente, alguma emanção do decidido entre Tício e Caio se projete, em maior ou menor intensidade em face de quem não tenha participado da lide. (...) É dizer, os *terceiros* não ficam, propriamente, sob a égide da autoridade da coisa julgada, mas bem podem sentir alguns efeitos do julgado de mérito, seja por conta de uma *eficácia natural* que o julgado de mérito, enquanto ato estatal, possa projetar, seja por conta do antes referido entrelaçamento das relações e situações jurídicas, ao interno da sociedade civil. (...)

Também no plano dos *atos* pode dar-se que o cumprimento de uma decisão transita em julgado venha afetar – *in pejus* ou *in melius* – a situação de sujeitos estranhos ao processo, não por conta de uma eficácia *expandida* da própria coisa julgada material, a qual – repita-se – só toca aos que integraram o contraditório, mas como um efeito reflexo ou indireto que a decisão de mérito, enquanto produto final do braço judiciário do Estado, projeta. (Destaques do autor)²⁹⁰

E continua o indigitado autor trazendo às claras suas lições por meio de exemplo:

Figure-se que, em decorrência da execução de um julgado de cunho cominatório, uma agroindústria suspenda a dejeção de resíduos tóxicos, que degradavam o rio cuja nascente localizava-se a montante num dado terreno, de propriedade do autor da ação; é claro que os proprietários das demais áreas situadas jusantes, margeando esse rio, acabarão sendo beneficiados pela supressão da causa poluente, mas tal não se dará em virtude de uma *eficácia expandida* da coisa julgada, e sim por conta de uma circunstância objetiva do mundo fenomenológico, a saber, o fato de as propriedades contíguas estarem postadas rio abaixo. (Destaques do autor)²⁹¹

²⁸⁹ SEVERO NETO, Manoel. **Legitimação Incidental no Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 73.

²⁹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria Geral das Ações Coletivas**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pp. 249/251.

²⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria Geral das Ações Coletivas**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 251.

Todavia, não se deve esquecer o que foi dito acima acerca da ficção jurídica criada pela doutrina para se denominar *terceiros*. Tomando novamente por base as lições de Manoel Severo Neto, depreende-se pela leitura de sua obra que não deve haver confusão entre os denominados *terceiros* e os reflexos da coisa julgada. Diz o catedrático que se a sentença dada entre as partes alcançou interesses de outrem, é porque estes outros denominados de *terceiros* não possuem esta qualidade; antes são partes legítimas, com aptidão para intervir no feito e proteger seus interesses.²⁹² Da mesma forma, a coisa julgada vai atingir outros legitimados (não *terceiros*, portanto), pois uma vez exercido o direito de ação por qualquer um dos legitimados, a relação jurídica processual – antes desmembrada ou fracionada entre estes legitimados – extingue-se com o ulterior trânsito em julgado da decisão, cuja eficácia alcançará todos aqueles que, embora não intervenientes no processo, são considerados partes (não *terceiros*) legítimas a demandar incidentalmente. Sendo assim, aos “virtualmente” chamados de *terceiros* não lhes é dado o direito de demandar em juízo a defesa daquele seu interesse após o julgamento da demanda já decidida pelo Judiciário, na qual a *res in iudicium deducta* foi exatamente interesses afetos a eles, salvo disposições previstas no próprio CPC e na legislação extravagante como, v.g., os Arts. 103, § 3.º e 104 do CDC.²⁹³

O que se discute, então, nesse momento é a extensão da imutabilidade de um julgado coletivo a pessoas que sequer foram citadas pessoalmente, recorreram da decisão pessoalmente, realizaram pedidos pessoalmente, ou seja, praticaram atos processuais por si só. Por conta deste problema, a doutrina vem se posicionando por admitir não haver a figura de *terceiros* no processo coletivo, haja vista a presença do já mencionado *representante adequado* na lide. Ora, uma vez adequadamente representada a categoria, classe ou toda coletividade indeterminada de sujeitos, estes deixam a condição de *terceiro* estranho à relação processual para assumir a feição de *parte* no litígio posto à apreciação do Judiciário.

Visto, pois, que no processo coletivo o julgado há que ter uma eficácia expandida (*erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso), a expressão *terceiros* toma uma singular conotação, na medida em que, uma vez reconhecida judicialmente a idoneidade da representação do interesse metaindividual pelo autor ideológico, é no mínimo duvidoso que se possa continuar chamando de *terceiros* os sujeitos concernentes ao conflito coletivo; com certeza, não o será no sentido em que esse termo vem usualmente concebido no plano da jurisdição singular. (...)

²⁹² SEVERO NETO, Manoel. **Legitimação Incidental no Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. Pp. 73-75.

²⁹³ “A coisa julgada alcança os denominados terceiros, porque todos são titulares de uma relação jurídica de ação e contradição – desmembrada ou fracionada – e, porque não dizer, todos são sujeitos legitimados, ainda que incidentalmente, a postular ou defender em juízo o mesmo direito material. E uma vez exercitado o direito de ação, por um dos legitimados, a relação jurídica antes fracionada, desfaz-se, extinguindo-se posteriormente, com a prestação jurisdicional pelo Estado e o trânsito em julgado da decisão. (SEVERO NETO, Manoel. **Legitimação Incidental no Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 83.)

Já no plano coletivo, a curial inviabilidade da presença de todos os sujeitos concernentes ao conflito, por um lado, e, por outro, o fato de que estes devem estar *adequadamente representados* por um dos portadores legalmente credenciados, faz com que todo o contexto mude de figura, não podendo a configuração do que seja “justa parte” ser buscada pelos mesmos critérios da jurisdição singular. (Destques do autor)²⁹⁴

Entretanto, mesmo tendo em vista os argumentos esposados pela doutrina, acreditamos que é possível sim haver *terceiros* nas demandas coletivas; e o que é mais curioso, chega-se a essa conclusão sem a necessidade – num primeiro momento, destaque-se – de se socorrer do critério do *opt-out* do direito norteamericano, exatamente porque a própria sistemática processual relativa à extensão subjetiva da coisa julgada nas Ações Coletivas no Brasil favorece esse entendimento, senão vejamos: a um, em se tratando de ação coletiva cujo objeto seja direito ou interesse individual homogêneo, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual, caso julgado improcedente o pedido (§2.º do Art. 103 do CDC); a dois, nas Ações Coletivas cujo objeto seja direito ou interesse individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do Art. 103, CDC, não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (Art. 104 do CDC).²⁹⁵

Em abono ao princípio do acesso à justiça (Art. 5.º, XXXV, CF), não se deve retirar do particular a possibilidade de buscar o seu direito na forma individual, como bem assevera Mancuso:

Todo esse contexto é compreensível no plano das lides intersubjetivas, onde de ordinário as partes agitam posições jurídicas próprias, mas perde utilidade ou ao menos deve passar por uma releitura na jurisdição coletiva, porque nesta, de um lado, o conflito envolve interesses metaindividuais, concernentes a sujeitos indeterminados; de outro lado, a resposta judiciária deve ser tal que resolva de modo *molecular* o conflito, prevenindo a proliferação das *demandas-átomo*. Esse ambiente de *priorização do coletivo*, se não chega a obstar as eventuais iniciativas individuais (não

²⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria Geral das Ações Coletivas**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pp. 260|261.

²⁹⁵ Impende trazermos aqui as críticas feitas por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes acerca dos critérios de exclusão insertos nos dispositivos ora citados: “A hipótese do art. 104 só é passível de aplicação em relação aos direitos ou interesses individuais homogêneos, estes, sim, plenamente divisíveis. Mas, ainda aqui, o dispositivo merece severa crítica. (...) A experiência do Direito Comparado relata utilização, em geral, de dois sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo: o de inclusão (*opt-in*), no qual os interessados deverão requerer o seu ingresso até determinado momento; e o de exclusão (*opt-out*), mediante o qual devem os membros ausentes solicitar o desacoplamento do litígio coletivo, dentro do prazo fixado pelo juiz. Como se vê, o art. 104 não adotou nenhum dos dois métodos. Pelo contrário, deixou de colocar a ação coletiva como referencial mais importante, diante da qual os indivíduos precisariam optar, seja pelo ingresso ou pela exclusão, para passar a dispor sobre a conduta dos autores individuais em relação às suas ações singulares.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 261. v. 4.).

o poderia, face à garantia do acesso à Justiça), quando menos sinaliza no sentido de que não sejam estimuladas as movimentações (intromissões/extromissões de indivíduos) ao interno do pleito coletivo, ao bel-prazer dos sujeitos concernentes ao objeto litigioso, pena de descaracterização do conflito metaindividual que *como tal* foi judicializado. É por isso que fica o sujeito interveniente ciente de que o faz por sua conta e risco, de sorte que, em caso de improcedência da demanda coletiva, após prova plena e cognição exauriente, a coisa julgada o atingirá tanto quanto às demais partes nos pólos ativo e passivo, até porque ao aderir à ação coletiva ele... *deixou a condição de terceiro*. (Destques do autor)²⁹⁶

Somos, portanto, partidários (até certo ponto) das idéias expostas acima, uma vez que resta configurada a existência de *terceiros* nas demandas coletivas. Todavia, quando se defende a ampliação do rol dos legitimados ativos para albergar a legitimidade individual, apta a dar poderes ao particular para mover, individualmente, Ação Coletiva, com o fito de tutelar quaisquer direitos e interesses coletivos em sentido estrito, por exemplo, a coisa muda de ares; principalmente quando este sistema de aferição de legitimidade individual é o estampado nos anteprojetos de Códigos Modelos de Processo Coletivo (UERJ/Unesa²⁹⁷; IBDP – Código Brasileiro de Processos Coletivos²⁹⁸ e Ibero-América²⁹⁹). Tudo isso porque os

²⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria Geral das Ações Coletivas**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 268.

²⁹⁷ Art. 22 Coisa julgada. Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1º. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

²⁹⁸ Art. 13. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

§ 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

§ 2º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 4º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 34 e 35.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

§ 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

§ 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 6º A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

²⁹⁹ Art. 33. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

indigitados anteprojetos não fazem menção a critérios de exclusão – ou pelo menos o fazem de maneira bastante aberta à interpretações, como é o caso do anteprojeto da UERJ/Unesa (Art. 22, § 3.º) –, semelhantemente ao CDC (Art. 103, §2.º e Art. 104).

É importante dizer que, nos anteprojetos de Códigos de Processos Coletivos acima referidos, as regras atinentes à coisa julgada pouco mudaram; apresentam-se de forma mais simplificada relativamente às disposições do CDC (vide notas n.º: 269, 270 e 271 acima). A decisão no Processo Coletivo vincula as *partes* envolvidas no processo tanto nas hipóteses de julgamento procedente, quanto na hipótese do julgamento de improcedência, com exceção apenas do julgamento de improcedência por insuficiência de provas. Apenas existe a possibilidade de propositura de ação individual, com idêntico fundamento, nos casos de surgimento de nova prova. Percebe-se, portanto, que os atuais anteprojetos seguem um misto do sistema norteamericano (visto em tópico abaixo) com o atual sistema brasileiro de tutela coletiva.

Pode-se imaginar, portanto, que os critérios de exclusão e inclusão dispostos no direito comparado poderiam ser bastante úteis se transplantados – observando as especificidades do direito local – para a nossa sistemática processual coletiva, o que somente reforçaria a idéia da existência de efetivos *terceiros* no processo coletivo.

3.1.3. LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO COMPARADO.

Cada vez mais, torna-se imprescindível o estudo de outros sistemas jurídicos no direito moderno. O direito comparado, como assim é chamado o método comparativo de análise de ordenamentos jurídicos de outros países, é fruto das crescentes interações existentes entre os Estados frente ao mundo globalizado, fato este que, por si só, já justificaria a importância e imprescindibilidade do tema. A aproximação cultural entre as diversas nações ocorre de uma forma tão intrínseca nos tempos hodiernos que seria até ilógico fecharmos nossos olhos para os problemas que atualmente são comuns a todos os povos, como por

§ 1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo.

§ 2º □ Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

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

§ 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes.

exemplo, a questão do meio ambiente, e deixar à revelia a análise dos métodos de solução destes problemas adotados pelos demais países.

Sem sombra de dúvidas, este câmbio cultural é refletido nos ordenamentos jurídicos de cada país. Só para termos uma noção deste fenômeno, o nosso direito, de origem romano-germânica, vem paulatinamente, ainda que de forma tímida, características do sistema da *Common Law* quando começa a dar mais ênfase ao direito discutido nas salas dos tribunais. A questão da chamada “Súmula Vinculante” é um exemplo disso. Os juristas mais e mais estão incorporando a cultura de fundamentar suas decisões, pareceres e petições em entendimentos jurisprudenciais. Diante destes fatos pergunta-se: seria este modo de agir nocivo ao nosso sistema? Cremos que não, diríamos apenas que ele é inevitável e ao contrário do que se pensa, enriquece ainda mais a produção legislativa e científica pátrias. Caio Mário da Silva Pereira é defensor ferrenho do estudo comparativo, chegando até mesmo a classificá-lo como fonte indireta do direito. Segundo ele:

Na pesquisa do direito estrangeiro, encontra-se farto manancial aproveitável para compreensão e aplicação do direito nacional. Uma obra jurídica é científica precisamente porque não se restringe à repetição dos conceitos insulados de um sistema. Tanto para a elaboração da norma como para a sua aplicação, o direito comparado é fonte segura de informações preciosas, que arejam e esclarecem o espírito do jurista. Sua utilização é um dos meios de invocação dos princípios gerais de direito.³⁰⁰

Trazendo a questão para a seara do Direito Processual Coletivo, somos asseclas das afirmações feitas por Gregório Assagra que reputa obrigatória a análise comparativa:

No caso do *direito processual coletivo*, torna-se quase uma obrigação a referência ao direito comparado, especialmente ao sistema norte-americano no qual estão as *class actions*, que serviram de base para a coletivização do direito processual brasileiro.³⁰¹
(Destaques do autor)

Justificado o porquê de neste trabalho fazermos uma apreciação do direito alienígena, passaremos a estudar o sistema processual coletivo de dois países os quais consideramos os mais importantes e influentes no seio processual do nosso ordenamento jurídico e do resto do globo – Itália e Estados Unidos da América. Desde já, deixamos a advertência de que as análises a seguir serão feitas de uma forma bastante simplória, mas cheias de críticas e aplausos, somente tendo como fim o enriquecimento de nosso estudo, o qual se dirige ao Direito Processual Coletivo brasileiro.

³⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.I. p. 51.

³⁰¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 106.

3.1.3.1. Legitimidade nas Ações Coletivas da Itália.

Por incrível que pareça, o Brasil em matéria de Direito Processual Coletivo está a quilômetros de distância a frente da Itália, país berço de grandes processualistas e modelo jurídico para os demais de tradição romano-germânica. A exemplo do Brasil, a Itália ainda não possui um “Código de Processo Coletivo”, mas também nem sequer conta com um arcabouço legal eficiente, capaz de dar conta da problemática da defesa dos direitos e interesses coletivos como o nosso microsistema protetivo, formado pelo Código de Defesa do Consumidor, Código de Processo Civil e a Lei da Ação Civil Pública.

Muitos são os fatores que impedem a Itália de desenvolver um sistema jurídico processual eficiente no combate às violações dos interesses de massa, sobre alguns deles falaremos agora.

Para começar, o seu Código de Processo Civil é inspirado nos mesmos ideais individuais-liberais como o nosso, e este parece ser um problema herdado por nós da codificação daquele país, apesar de na Roma antiga, conforme já tivemos a oportunidade de estudar na parte histórica (Item 02, Capítulo I), existir mecanismos de proteção da *res publica* manejados pelo cidadão.

Ao lado desse empecilho está a dificuldade em se definir, com exatidão, os limites conceituais entre o que seja *interesse difuso*, gerando assim uma imensa confusão doutrinária e interpretativa acerca da legitimidade ativa, fato que reflete na efetividade desses direitos. Uma verdadeira oscilação conceitual dos direitos difusos predomina na Itália e é bem retratada por Gregório Assagra:

A Corte de Cassação italiana entende por interesses difusos aqueles em que o objeto não é apto a ser considerado pelo âmbito exclusivamente pessoal, pois são referentes não ao sujeito como indivíduo, mas a uma coletividade de pessoas, mais ou menos ampla. Em outras ocasiões, esse mesmo Tribunal chegou a entender por interesses difusos os que são jurídica e individualmente tutelados, mas simultaneamente referentes a uma pluralidade de sujeitos (...).³⁰²

Não há, como aqui no Brasil, uma conceituação sólida capaz de identificar de pronto quem é ou não legitimado ativo para as ações coletivas e quais são os requisitos para se poder exercer essa legitimidade.³⁰³

³⁰² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. Pp. 106-107.

³⁰³ Gregório Assagra descreve ainda mais um problema de efetivação dos direitos transindividuais na Itália, trata-se de uma matéria relativa à competência. Segundo o doutrinador mineiro o sistema de jurisdição bipartida da

Sem perceber nos deparamos com outro óbice à efetiva proteção dos interesses de massa na Itália: a excessiva limitação da lei para o exercício da legitimidade ativa, graças a inúmeros requisitos que devem ser preenchidos para o desempenho deste mister. A Lei n.º 281/98 – a qual dispõe sobre os interesses dos consumidores de produtos e serviços – restringe a defesa dos direitos por ela protegidos às associações com esse fim, e além de exigir registro no Ministério da Indústria faz as seguintes exigências abaixo organizadas por Castro Mendes:

Para efetuar o registro, a associação precisa, além de juntar documentação a ser fixada por decreto do Ministro da Indústria, cumprir os seguintes requisitos: a) estar constituída há pelo menos três anos, por ato público ou escritura privada autenticada, e possuir um estatuto que sancione um ordenamento com base democrática e preveja, como escopo exclusivo, a tutela dos consumidores de produtos e serviços, sem fins lucrativos; b) ter um registro dos inscritos, atualizado anualmente com a indicação das quotas pagas diretamente à associação, para a realização dos objetivos estatutários; c) número de inscritos não inferior a 0,5 por cada mil habitantes da população nacional e presença sobre o território de pelo menos cinco regiões ou províncias autônomas, com um número de inscritos não inferior a 0,2 por cada mil residentes em cada uma, devidamente certificado, nos termos da lei; d) elaboração de um balanço anual das receitas e despesas, com a indicação das quotas pagas pelos associados, bem como a manutenção de livros contábeis, conforme as normas vigentes em matéria de contabilidade das associações não reconhecidas; e) desenvolvimento de uma atividade continuativa durante os três anos precedentes; f) não terem os seus representantes legais se submetido a alguma condenação, passada em julgado, em relação à atividade da mesma associação, e não estarem os respectivos representantes investidos na qualidade de empreendedores ou de administradores de empresas de produção e serviço, independentemente da forma de constituição, dentro dos ramos em que atua a associação.³⁰⁴

A par de todas essas mazelas legislativas, nós destacamos ainda o papel da União Européia, que hora veio trazer benefícios, mas ao mesmo tempo prejudicou e muito, na nossa opinião, a produção legislativa italiana. Castro Mendes em sua obra cita duas Diretivas do Conselho das Comunidades Européias que exerceram extrema influência no direito italiano. A primeira delas, a Diretiva 93/13, incorporou à legislação daquele país a necessidade da tutela inibitória para a defesa dos consumidores e dos comerciantes concorrentes no que tange às cláusulas contratuais abusivas, inserindo no Código Civil italiano o art. 1469.³⁰⁵

Itália é fator de contribuição para o atraso legislativo nesse sentido: “Outro problema existente na Itália em relação à tutela dos direitos massificados ocorre também porque o sistema italiano é de jurisdição bipartida: existe o Contencioso Administrativo para a apreciação das questões que envolvem a Administração Pública, em que esteja em jogo tão-só *interesse legítimo* do administrado, e a Jurisdição Comum, quando se tratar de *direito subjetivo*. Portanto, a falta de uma regulamentação completa sobre a tutela coletiva e a própria divisão da jurisdição dificultam a uniformização da matéria com a superação dos problemas com base na legislação existente” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 109).

³⁰⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. Pp. 114-115.

³⁰⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. Pp. 111-112.

Posteriormente, quando ainda estava em fase de processo legislativo para a edição de uma lei que desse melhor tratamento às relações de consumo – Lei n.º 281/98 –, mais uma Diretiva do Conselho da União Européia estava sendo planejada a Diretiva 98/27, a qual trazia hipóteses bem detalhadas de aplicação da tutela inibitória aqui relatadas por Castro Mendes:

Conforme rol contido no anexo da Diretiva, a supramencionada ação inibitória deve ser aplicável aos interesses coletivos dos consumidores, em matéria de publicidade enganosa, no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, em relação ao crédito ao consumo, ao exercício de atividades de radiodifusão e televisiva, às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, à publicidade dos medicamentos para uso humano, às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, à proteção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas e a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno europeu.³⁰⁶

Com isso, ao que nos parece, a Itália mais uma vez teve de atender às exigências da União Européia, como o fez. Percebe-se, portanto, que as constantes mutações legislativas, no nosso ponto de vista, contribuíram de alguma forma para que não houvesse uma legislação sólida, perfeita e adequada como a nossa, apesar destas Diretivas terem contribuído, de uma certa forma, para o fomento da tutela coletiva na Europa.

Entretanto, a grande crítica que se faz a estas Diretivas, e em especial à Lei n.º 281/98, que as incorporou, é que tal norma “restringe a via judiciária exclusivamente à ação inibitória” no seu artigo terceiro, conforme as palavras de Ada Pellegrini³⁰⁷, cuja autoridade para comentar esse assunto é inquestionável e não nos deixa sozinhos com essa opinião.

Mas nem tudo merece esta crítica ferrenha feita até o presente momento, pelo contrário, algumas manifestações legislativas italianas na defesa dos direitos coletivos *lato sensu* merecem também aplausos, inclusive a própria Lei n.º 281/98. Foi de grande importância para a tutela do meio ambiente a Lei n.º 349/86 que trouxe as seguintes inovações:

Em termos de meio ambiente, a participação das associações recebeu impulso, embora modesto, com a edição da Lei 349, de 8 de julho de 1986, que prevê a possibilidade de intervenção tanto nos processos judiciais versando sobre indenização por danos ambientais, bem como de recorrer, em sede de jurisdição administrativa, contra os atos administrativos considerados ilegítimos, visando à sua anulação.³⁰⁸

³⁰⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 118.

³⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 110.

³⁰⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 110.

Em se tratando da Lei n.º 281/98 as contribuições para a tutela dos direitos de massa, em especial os direitos do consumidor, outorgadas por essa lei vão desde a ascensão da tutela dos consumidores a nível nacional, até a possibilidade do particular ajuizar ações individuais concorrentemente com a legitimação das associações pelos mesmos prejuízos sofridos, ressalvadas as normas de litispendência, conexão e continência. Afora essas possibilidades, as referidas associações podem propor uma conciliação, uma espécie de termo de ajustamento de conduta, junto à Câmara de Comércio, Indústria, Artesanato e Agricultura com atribuições para o litígio.³⁰⁹

Mesmo sendo um país modelo para os sistemas processuais dos demais países de tradição romano-germânica, espanta-nos o fato de a Itália ser tão deficiente no trato desta matéria dos direitos e interesses transindividuais. No entanto, não devemos nos esquecer das contribuições dadas pelos italianos ao direito processual, a exemplo das idéias precursoras de Mauro Cappelletti, os magistérios de Francesco Carnelutti, Giuseppe Chiovenda dentre tantos outros; mas o fato é que devemos nos orgulhar do Brasil, ao menos nesse sentido.

3.1.3.2. As Ações Coletivas nos Estados Unidos da América (A *Class Action*).

Ao contrário do que se pensa, a *class action* teve sua origem na Inglaterra do século XVII, todavia, foi nos EUA que esta espécie de provimento foi tratada de forma mais efetiva, ganhando relevo diante de todo o mundo. Alguns países, a exemplo do Brasil, tomaram como modelo para os seus respectivos ordenamentos jurídicos as *class actions* norte-americanas. No nosso caso, a Ação Civil Pública foi inspirada nos moldes daquelas ações.³¹⁰

A evolução das *class actions* teve o seu ponto de partida no chamado *Bill of Peace*, uma espécie de procedimento desenvolvido apenas perante o juízo de equidade inglês, a *Court of Chancery*. Nesse tribunal, admitia-se que uma pessoa, representando o interesse comum, intentasse uma só ação contra vários sujeitos indefinidos, numa clara manifestação de substituição processual.³¹¹³¹²

³⁰⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. Pp. 113 e 117.

³¹⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. Pp. 119-120.

³¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 120.

Este modelo de jurisdição inglês, por razões óbvias, por ser a Inglaterra país colonizador, foi adotado pelos EUA que passou a contar com um sistema bifurcado de jurisdição: os tribunais de direito (*Law*); e os tribunais de equidade (*equity*). Ao primeiro cabia a análise de questões mais formais, ao passo que no segundo eram utilizadas fórmulas de resolução de conflitos menos rígidas. Joaquín Silguero afirma que os tribunais de equidade “continuaram a utilizar o *Bill of Peace*” consolidando, dessa forma, dois elementos que julga “básicos para o futuro desenrolar das *class actions*, quais sejam: a *extensão dos efeitos da sentença* e a *necessária concorrência de interesses comum ou coletivo*”.³¹³

No entanto, só em 1842 é que surge pela primeira vez nos EUA um regramento próprio sobre a matéria, a *Equity Rule 48*, editada pela Suprema Corte deste país, contendo o seguinte teor:

Equity Rule 48: “Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties”.³¹⁴

Esta regra não permitia que os efeitos da *res iudicata* se estendessem às partes não integrantes do processo, mas somente àqueles legitimados admitidos de forma discricionária pelo tribunal.

Mas essa regra viria a sofrer um abalo em tempos vindouros, mais precisamente no ano de 1853 por meio do caso *Smith vs. Swormstedt*. Analisando o referido caso, o tribunal achou por bem atenuar a regra contida na parte final da *Rule 48*, onde se dizia que o direito material das pessoas não integrantes do processo não sofreria prejuízos em razão da sentença judicial.³¹⁵

³¹² LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pp. 65-66

³¹³ SILGUERO, Joaquín. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 121.

³¹⁴ “Quando as partes forem numerosas em um ou outro pólo e não puderem, sem manifesta inconveniência e opressivos retardamentos, figurar como parte na ação, a corte em conformidade com a sua discricção poderá dispensá-las da atuação como parte e poderá dar prosseguimento à ação, tendo partes suficientes, diante de si, para representar apropriadamente todos os interesses contrários aos dos autores e réus na ação perante a corte. Mas, em tais casos, a decisão judicial deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões de todas as partes ausentes”. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. [Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil]**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 66).

³¹⁵ Castro Mendes relata de forma sucinta como foi o caso: “Em julgado ocorrido em 1853, a Suprema Corte acabou deixando de lado a restrição contida na parte final da *Equity Rule 48*. Na espécie, pregadores itinerantes da Igreja Metodista formaram uma associação, para a qual contribuíam com uma porção do produto obtido com a venda realizada, de porta em porta, de apetrechos religiosos. O produto do fundo, que seria utilizado para o pensionamento de pregadores idosos e seus dependentes, foi confiado a administradores situados na cidade de

Após a decisão tomada no caso supramencionado despertou-se a necessidade de reforma da *Rule 48*, que terminou acontecendo por intermédio da *Rule 38*, editada pela Suprema Corte em 1912. A nova regra, que continuava a ser aplicada restritamente aos casos de equidade, suprimiu a ressalva feita na última parte da regra, agora revogada, permitindo a extensão dos limites da coisa julgada até aqueles que não integraram a lide. No entanto, essa regra não foi capaz de estabilizar o entendimento jurisprudencial acerca da representação adequada, ou seja, havia um embate sobre a possibilidade das regras sobre a *class actions* serem aplicadas para todos os tipos de processo e não apenas os afetos à *equity*, como bem salienta Castro Mendes:

A eliminação, contudo, não ensejou o tratamento uniforme dos tribunais em relação à questão. Pelo contrário, o dissenso e a confusão sobre o tema continuaram a reinar nas cortes americanas, embora alguns julgados tenham sido de grande importância para o assentamento do problema. Nesse sentido, deve ser mencionada a decisão proferida pela Suprema Corte, no caso *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*, no qual todos os membros de uma organização beneficente ficaram vinculados ao pronunciamento judicial sobre o controle e a disposição dos fundos da instituição.³¹⁶ (Destaques do autor)

Dessa forma, tendo em vista esse impasse jurisprudencial, toda esta matéria foi novamente reformulada com o surgimento, no ano de 1938, do primeiro Código de Processo Civil norte-americano, que trouxe consigo a revolucionária *Rule 23*. Por esta nova regra, as ações de classe poderiam ser aplicadas a todo e qualquer processo, e não mais somente àqueles pautados na equidade.

Por sua vez, a *Rule 23* deu às ações de classe uma tripartição de categorias. Agora, as *class actions* são divididas em “ações coletivas puras” (*true*); “ações coletivas híbridas” (*hybrid*) e “ações coletivas espúrias” (*spurious*). Esta subdivisão ensejou uma enorme confusão a respeito da definição na prática de cada uma, o que fez com que em 1966 a Suprema Corte modificasse a *Rule 23*, pondo fim nesta visão tripartida. Ada Pellegrini confirma nossas afirmações ao escrever:

É certo que as dificuldades práticas quanto à exata configuração de uma ou outra categoria de *class actions*, com tratamento processual próprio, induziria os especialistas norte-americanos (*Advisory Committee on Civil Rules*) a modificarem a

Cincinnati, localizada no norte dos Estados Unidos. Com o crescimento da tensão em torno da manutenção da escravidão, que acabou resultando na Guerra de Secessão, entre 1861 e 1865, houve a cisão da Igreja Metodista e os administradores do fundo recusaram-se a remeter qualquer valor para os sulistas. Por conseguinte, foi ajuizada uma ação, em nome de um *representative*, mas em favor de todos os pregadores do sul e em face dos administradores e dos cerca de 3.800 religiosos do norte. A ação não foi considerada apropriada pelo tribunal de primeira instância, mas a decisão foi revertida pela *Supreme Court*, que considerou adequada a representação em ambas as partes e se pronunciou *in dicta* pela vinculação dos ausentes” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 67).

³¹⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. Pp. 68-69.

disciplina da matéria nas *Federal Rules* de 1966; mas é certo também que a distinção operada pelas normas anteriores permaneceria no espírito do sistema americano, cujas *class actions* continuam abrangendo quer a defesa de interesses coletivos individualmente considerados, quer a tutela de direitos individuais divisíveis, conjuntamente tratados por sua origem comum: para estes últimos, fala a doutrina em “casos em que os membros da *class* são titulares de direitos diversos e distintos, mas dependentes de uma única questão de fato ou de direito, pedindo-se para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico”.

Em outras palavras, as *Federal Rules* de 1966 (*Rule* nº 23) não mais contêm a tripartição anterior, passando a definir as *class actions* de maneira geral e unitária, com o acréscimo de requisitos atinentes à admissibilidade da ação.³¹⁷ (Destques da autora).

Complementando, no mesmo sentido, nossas palavras a respeito das mudanças em comento estão as anotações de Castro Mendes, vejamos:

Como resultado do descontentamento, a Suprema Corte norte-americana alterou, substancialmente, em 1966, a redação da Regra 23, procurando estabelecer uma abordagem prática e funcional para as demandas coletivas. A nova emenda foi formulada com ênfase na representação adequada e leal, como pressuposto para a manutenção das ações coletivas, cujo julgamento passaria a atingir a todos os que fossem considerados como membros da classe, independentemente se o resultado fosse ou não benéfico para os mesmos. Como se verá adiante, vários outros aspectos relacionados, como a formação de subclasses e a necessidade de notificação dos membros, foram tratados no texto subjacente.³¹⁸

Exemplificando mais detalhadamente, a nova *Rule 23* pôs fim à regra do *opt-in*³¹⁹ na qual os efeitos da coisa julgada só alcançariam os direitos daquelas pessoas se elas expressamente manifestassem o desejo se serem atingidas pela sentença coletiva, já que ausentes se encontravam do processo.³²⁰ Inseriu-se, portanto, a regra do *opt-out*³²¹, onde o

³¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 855.

³¹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. Pp. 72[73.

³¹⁹ Pelos ensinamentos de Kazuo Watanabe: “O critério do *opt-in*, diferentemente, possibilita aos membros do grupo, devidamente notificados, o ingresso voluntário na demanda coletiva, tornando-se parte e por isto sujeitos à coisa julgada, favorável ou desfavorável. Os que deixam de requerer a sua inclusão no processo coletivo, não serão beneficiados, nem prejudicados pela coisa julgada. (...) A crítica que sofre esse critério é no sentido de que ele esvazia o processo coletivo, sobretudo nos conflitos de massa que despertam pouca disposição à demanda por parte dos titulares de direitos individuais, o que frustraria os objetivos do processo coletivo, que são de evitar a multiplicidade de demandas, a contradição de julgados e a fragmentação da prestação jurisdicional.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 304).

³²⁰ Ratificando estas afirmações, insta transcrevermos os dizeres de Kazuo Watanabe: “Na *class action* Americana, não há a adoção do critério do *opt-in*. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 308)

³²¹ Ainda de acordo com as lições de Watanabe, este autor conceitua desta maneira o critério em comento: “O critério do *opt-out* consiste em permitir que cada indivíduo, membro da classe, requeira a sua exclusão da demanda coletiva, não ficando assim sujeito à coisa julgada. Nos sistemas jurídicos que adotam esse critério, a ação coletiva é concebida como abrangente de todos os membros da classe, que, não exercendo o direito de se auto-excluir do processo, são considerados parte e por isto sofrem os efeitos da coisa julgada, seja ela positiva ou negativa. Semelhante sistema exige uma ampla divulgação da propositura da demanda, por todos os meios de comunicação e até mesmo por comunicação pessoal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo;

consentimento para aqueles mesmos fins deve ser presumido pela não manifestação de forma contrária; tal escolha justifica-se pela presunção de interesse existente dos membros do grupo na resolução do conflito coletivo que os afeta, conforme preleciona Pedro Lenza: “A lógica do sistema de se privilegiar o *right to opt out* ao *right to opt in* funda-se na presunção de que todos os membros do grupo desejam integrar a ação coletiva, só se retirando aqueles que preferirem a conservação do direito à ação individual.”³²²

Essa mesma regra de número 23, após a comentada alteração, passa a prever “pressupostos processuais e condições da ação para a admissibilidade e para o prosseguimento da defesa coletiva de direitos em juízo”, cabendo ao autor “o ônus de demonstrar que todas as exigências encontram-se satisfeitas”.³²³

A alínea “a” da *Rule 23* estabelece os requisitos de admissibilidade da *class action*, os quais devem estar presentes em todas as ações. Ada Pellegrini traça de forma bem clara esses requisitos, justificando o seu caráter pragmático e funcional:

Um ou mais membros de uma classe podem processar ou **ser processados** como partes, representando todos, apenas se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.³²⁴ (Destaque nosso)

Dá-se um destaque especial, para a regra inserta no número 4 da alínea “a” da *Rule 23*, a qual faz referência à representatividade adequada. Esta representatividade é efrida por obra do magistrado, o qual deve velar pela adequada representação dos membros da classe em juízo. É do juiz o poder de decidir – conforme a lei ou discricionariamente, a depender do caso –, pela aceitação ou não da parte proponente da demanda coletiva. Nesse sentido, é de todo oportuno trazer à colação os ensinamentos de Kazuo Watanabe a respeito:

A aferição desse requisito poder ser feito (a) pelo juiz ou (b) pelo legislador, mediante a pré-fixação em lei dos requisitos para a legitimação. Mas, mesmo estando pré-fixados em lei, no caso concreto caberá ao juiz verificar se efetivamente estão presentes os requisitos exigidos pelo legislador, para que haja a representatividade adequada, o que equivale a dizer que, embora mais facilitada a tarefa, é ao juiz que incumbe, caso a caso, fazer o escrutínio desse pré-requisito.³²⁵

MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 304)

³²² LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 222.

³²³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p.73.

³²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pp. 855-856.

³²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 302.

Tal requisito de aferição da legitimidade de membro de grupo, por intermédio deste sistema de representação adequada, vai ser de extrema importância para se constatar ou não, ao final, a importância da legitimidade individual para o manejo de ações coletivas, que não somente a Ação Popular, uma vez que os anteprojetos de lei para a criação de um *Código Brasileiro de Processos Coletivos* prevêem esta possibilidade, sem se descurar de um rigoroso controle de representação adequada, tendo em vista limitações impostas pela própria lei, trazidas no bojo dos mencionados anteprojetos. Esta discussão, portanto, deixaremos para o momento oportuno ainda dentro deste ensaio.

Continuando com a análise da sistemática das Ações Coletivas no Direito norteamericano, constata-se que: além de obrigatória a presença dos requisitos de admissibilidade acima transcritos, uma ação somente prosseguirá como *class action* se atender aos demais requisitos delineados na letra “b” da *Rule 23*. Estes requisitos são representados por três seções, (b) (1); (b) (2) e (b) (3), não sendo cumulativas. Segundo Castro Mendes, “o agrupamento das condições propicia a classificação das ações de classe, segundo as características decorrentes das exigências”, onde o enquadramento de determinada ação poderá recair em qualquer das quatro regras trazidas pela alínea “b”, ou até mesmo em mais de uma delas, “mas a certificação deve indicar apenas a categoria mais apropriada”.³²⁶ Essa fase de certificação à qual nos referimos é de extrema importância para o desenvolvimento regular da *class action* norteamericana, bem como de extrema importância prática para o método comparativo e efeitos causados nas partes envolvidas ou não na demanda coletiva, haja vista a diferença sistemática existente entre os sistemas de coisa julgada no Brasil e nos Estados Unidos, como bem define Pedro Lenza:

Na alínea c (1) da *Rule 23*, estabelece-se que, logo após o ajuizamento de uma *class action*, o tribunal deverá determinar, na primeira oportunidade, se a demanda pode desenvolver-se como *class action (certification)*, podendo tal decisão ser condicionada ou revogada antes da sentença de mérito. Pode ainda, em busca do efetivo preenchimento do pressuposto da *representatividade adequada*, permitir que qualquer membro da classe intervenha no processo por seu advogado – c (2)(C).

A importância dessa fase procedimental é tamanha já que o sistema norte-americano, ao contrário do brasileiro, não admite a formação da coisa julgada *secundum eventum litis*. Todos componentes do grupo, de acordo com a extensão fixada pelo Tribunal, serão atingidos pelos efeitos da coisa julgada, exceto aqueles que, nas hipóteses permitidas, exerceram o direito do *opt out*.³²⁷

Ainda dentro do regramento estabelecido pela alínea c da *Rule 23*, o número (2) desta mesma regra determina que os membros da classe poderão ser notificados pessoalmente,

³²⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 84.

³²⁷ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 163.

cuja identificação seja possível por meio de um “esforço razoável”. Esta notificação deve ser a mais eficaz possível, não existindo meio rígido e predeterminado na lei; a notificação em comento é imprescindível nos casos da *Not Mandatory Class Action* – alínea (b)(3) da *Rule 23* – a fim de possibilitar o exercício do direito ao *opt-out*. Após cumpridas essas etapas, segue a Ação de Classe nas formas pelas quais passa-se a analisar abaixo.

Portanto, sem mais delongas vamos às regras da alínea “b” da *Rule 23*. Nesta parte do trabalho, analisar-se-á a essência das regras contidas na *Rule 23 (b)* apenas, uma vez que o procedimento das ações já fora delineado de forma sucinta acima.

A primeira delas, a Regra 23 (b) (1), subdividi-se em duas, quais sejam, a *Rule 23 (b) (1) (A)* e a *Rule 23 (b) (1) (B)*. De acordo com essa regra, uma ação poderá seguir o rito da *class action* se: “1) o ajuizamento de ações separadas ou em face de membro do grupo faça surgir risco de que: a) as respectivas sentenças nelas proferidas imponham ao litígio, contrário à classe, comportamento antagônico; b) tais sentenças prejudiquem ou tornem extremamente difícil a tutela dos direitos de parte dos membros da classe estranha ao julgamento”.³²⁸ Estas, portanto, representam as regras 23 (b) (1) (A) e 23 (b) (1) (B), respectivamente.

A primeira, a *Rule 23 (b) (1) (A)*, possui caráter mandamental de obrigações de fazer e não-fazer. É chamada pela doutrina de *Incompatible Standards*, pois a potencialidade de condutas não compatíveis entre os integrantes da classe por conta da decisão judicial é pressuposto de sua admissibilidade. Com esta regra, procura-se evitar pronunciamentos judiciais contraditórios que pudessem gerar entre os membros da classe aquelas condutas díspares caso houvesse processamento de ações individuais separadas no mesmo sentido. Antônio Gidi diz que estas ações nutrem certa semelhança com as ações coletivas do direito brasileiro para a defesa dos interesses difusos ou coletivos, “no que diz respeito à indivisibilidade, material ou jurídica, do direito tutelado”.³²⁹ Aqui não se opera o regime da vinculação *opt-out*, não podendo qualquer interessado se desvincular dos efeitos da decisão.

A segunda regra, a *Rule 23 (b) (1) (B)*, procura evitar que julgamentos em processos individuais de membros de uma determinada classe capazes de prejudicar substancialmente o direito daqueles, não integrantes da relação processual, tolhendo, dessa forma, o direito de defesa do patrimônio destes sujeitos. Neste caso, a ação deve ser uma só,

³²⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124.

³²⁹ GIDI, Antonio. *Apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 86.

processada na forma de *class action* da *Rule 23 (b) (1) (B)*. Quem nos dá um exemplo capaz de entendermos com mais facilidade esta espécie de *class action* é Castro Mendes:

A Regra 23(b)(1)(B) pode ser invocada, por exemplo, se membros de uma classe estiverem perseguindo o pagamento de quantias compensatórias, que seriam subtraídas de um fundo comum limitado. Portanto, se porções do fundo forem distribuídas em ações individuais, com base na precedência dos processos, o patrimônio poderá estar completamente exaurido, retirando, assim, na prática, de parte dos membros da classe, que também detinham direitos da mesma espécie, a oportunidade de tutela dos seus respectivos interesses.³³⁰

Da mesma forma que a subespécie da *Rule 23 (b) (1) (A)*, esta regra também não permite ser o indivíduo desvinculado do julgamento por meio do *opt-out*, sendo obrigatória a *Rule* em comento.

Terminando a análise do número (1) da *Rule 23*, passamos ao estudo da segunda categoria de *class action* do sistema norte-americano.

A segunda espécie de *class action* da alínea “b” da *Rule 23* estabelece que uma ação pode seguir o rito procedimental da *class action* se um litigante, em contrariedade aos interesses da classe, portanto, parte adversa a esta, agir ou se recusar a agir uniformemente frente aos membros da classe, tornar-se-á aplicável a *final injunctive relief*, que constitui uma obrigação de fazer ou não fazer, aplicar-se-á a chamada *declaratory relief*, correspondente a uma sentença declaratória em relação à classe como um todo. Detalhando melhor este conceito nos socorreremos mais uma vez das palavras de Castro Mendes:

A Regra 23(b)(2) prevê que quando a parte adversa da classe tiver agido ou se recusado a agir, com fundamento, em geral, aplicável à classe, tomar-se-á apropriado que o remédio jurídico final, da condenação de fazer ou não fazer (*injunctive relief*) ou da correspondente sentença declaratória (*declaratory relief*), seja adotado para a classe como um todo.³³¹

O mesmo Castro Mendes ainda diz que a maioria destes processos instaurados com base nesta regra têm como objeto direitos civis (*civil rights*) ou direitos fundamentais constitucionais, embora o tipo não seja aplicável apenas a estas hipóteses.³³²

A mesma regra relativa ao alcance subjetivo da coisa julgada das ações anteriores é aplicável aqui também. Em outros termos, não há possibilidade de desvinculação individual (*opt-out*).

Encerrando as hipóteses da alínea “b” da *Rule 23*, encontramos a terceira espécie das ações de classe nos EUA, a *Rule 23 (b) (3)*. Nesta hipótese, se o tribunal entender que as

³³⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 87.

³³¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 88.

³³² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 89.

questões de fato e de direito comuns a toda classe são mais relevantes que as questões puramente individuais³³³, e, da mesma forma, sendo o tratamento coletivo da pretensão o meio mais eficaz e correto para a solução da causa, a *class action* poderá ser utilizada. A esse respeito, vejamos as lições de Ada Pellegrini Grinover em complemento aos nossos escritos acima:

(...) o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe *prevalecem* sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é *superior* a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia.³³⁴ (Destaques da autora)

Essa espécie de tutela se assemelha à proteção dos direitos individuais homogêneos no direito brasileiro e recebe da doutrina o nome de *class action for damages*. A referida semelhança se processa, como diz Ada Pellegrini, “exatamente na espécie reparatória dos danos individualmente sofridos”.³³⁵

Esta espécie de ação, ao contrário das demais, não possui caráter obrigatório, admitindo o chamado *opt-out*, ou seja, a desvinculação individual do alcance subjetivo dos efeitos da coisa julgada.

Em todas essas espécies de *class action*, como bem observa Gregório Assagra, os poderes do órgão jurisdicional encontram-se num patamar elevadíssimo, permitindo, por exemplo, ao juiz a realização dos mais diversos meios de prova para tornar mais efetiva a tutela coletiva, bem como maior discricionariedade do órgão julgador na apreciação de questões como, *v.g.*, os atos de disposição (renúncia e transação) e em especial a representação adequada. Nesta última hipótese, segundo o mencionado autor, “não se trata de apreciação de pressupostos de admissibilidade e de desenvolvimento; a cognição do órgão jurisdicional é repleta de discricionariedade, até porque a Regra 23 não define quando a representação é adequada, quando o litisconsórcio é impraticável, ficando tudo isso a cargo do tribunal”.³³⁶

³³³ “O requisito da *prevalência* dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da *superioridade* leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pp. 857-858. [Destaques da autora]).

³³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 856.

³³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 857.

³³⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 127.

Ante a toda essa análise, conseguimos perceber uma certa semelhança da tutela coletiva norte-americana com a brasileira em muitos aspectos, apesar de ambos os sistemas possuírem origens distintas. O que mais nos chamou a atenção é a possibilidade de na *class action* o juiz ter amplos poderes de buscar provas para formar e firmar a sua convicção, resguardando a efetividade processual e gerando mais segurança jurídica para os seus julgados coletivos, o que é característico dos sistemas jurídicos de origem romano-germânico, fato este que reforça ainda mais nossas afirmações iniciais acerca da interferência dos sistemas na era da globalização.

No entanto, a semelhança das *class actions* com nossas ações coletivas não se resume somente a estes fatos. Gregório Assagra relata em sua obra um dispositivo da ação de classe norte-americana bastante similar ao mandamento do art. 13, LACP.³³⁷ Segundo os escritos do autor, a execução e liquidação dos danos na *class action* poderão ser feitos sob três formas, dentre as quais destacamos a seguinte:

(...) quando o valor da condenação supera a própria indenização, quando não tem condições de identificar os membros da classe, ou também quando não há interesse na habilitação, para a indenização, por parte dos membros da classe. Nessas hipóteses geralmente o valor da condenação reverte para o *fluid class recovery*, destinando-se, assim, o dinheiro para uma finalidade que venha a atender aos interesses da classe.³³⁸

Estas foram, portanto, as ações de classe norte-americanas que tanto influenciaram as demais codificações do mundo no tocante à tutela dos interesses transindividuais, tendo sido demonstradas aqui de uma forma simplória, mas objetiva.

3.1.4. MUDANÇAS E PROPOSTAS ATUAIS NO QUE TANGE À AMPLIAÇÃO DO ROL DE LEGITIMADOS ATIVOS NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.

O tema da ampliação do rol dos legitimados ativos teve início com o advento dos anteprojetos de lei que propõem a criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos ou um Código Modelo de Processos Coletivos Ibero-Americano.

Antes de iniciarmos o estudo propriamente dito desta ampliação, é de todo oportuno esclarecer que a idéia de se criar um Código de Processos Coletivos – principalmente no Brasil –, surge da necessidade de melhor sistematizar o arcabouço legal de

³³⁷ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

³³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 126.

proteção aos direitos transindividuais, sob o argumento de que os institutos processuais arcaicos, de fundamento liberal-individual, não se prestam a uma tutela efetiva reclamada por aqueles direitos massificados.³³⁹ Segundo os estudiosos do tema, há uma premente necessidade de adequação dos institutos processuais aos anseios de proteção dos direitos coletivos em sentido amplo, uma vez que o Direito Processual Coletivo é instrumento hábil à transformação positiva da realidade social e conseqüente implementação dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Gregório Assagra encontramos as lições que ratificam as afirmações feitas acima:

Nesse diapasão, observa-se que não existe efetivamente Estado Democrático de Direito sem instrumentos eficazes de tutela dos interesses e direitos coletivos. Somente haverá a transformação da realidade social com a real implementação do Estado Democrático de Direito, quando for possível a proteção e a efetivação dos direitos primaciais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, ao consumidor, etc. Para tanto, o *direito processual coletivo* é fundamental, até porque é por seu intermédio que poderá ocorrer a *proteção objetiva* desses direitos e garantias constitucionais fundamentais e a *efetivação*, no plano concreto, dos direitos coletivos violados com a transformação da realidade social.³⁴⁰

Corroborando com a reflexão acima expendida, insta trazeremos à balia o magistério de Elton Venturi, o qual pugna por uma reformulação na tutela dos direitos massificados:

Assim, será a tutela coletiva analisada sob o prisma constitucional, especialmente no que toca à sua indispensabilidade como instrumento conformador dos princípios fundamentais da República, sintetizados na afirmação do *Estado Democrático de Direito* e na garantia da *dignidade da pessoa humana*, valores já não tutelados satisfatoriamente pela via do processo civil individual.³⁴¹

Pois bem, tendo em vista a insatisfação com o modelo de proteção a estes direitos coletivos *lato sensu*, o qual se apresenta eivado dos ideais liberais-individuais, alguns anteprojetos prevendo a criação de Códigos de Processos Coletivos – onde se prevêm institutos teoricamente adequados à proteção daqueles mencionados direitos –, foram colocados na pauta das discussões acadêmicas, notadamente no que tange à legitimação ativa individual para o manejo de Ações Coletivas. Aqui, neste momento, citaremos apenas dois,

³³⁹ Apenas a título de esclarecimento, o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária ao microsistema protetivo coletivo formado pela Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular e Código de Defesa do Consumidor.

³⁴⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 144.

³⁴¹ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

haja vista a similitude dos institutos processuais trazidos por cada anteprojeto, sendo, portanto, desnecessária a citação de todos.

Ressalte-se também o fato de todos os anteprojetos não se referirem a vários tipos de ações coletivas, como prevê o atual sistema; nestes anteprojetos fala-se em *Ação Coletiva* numa clara tentativa de rechaçar qualquer distinção de procedimentos – notadamente entre a Ação Civil Pública e Ação Popular –, unificando-se, dessa forma, os procedimentos de tutela dos interesses e direitos metaindividuais.

O primeiro anteprojeto foi desenvolvido na USP sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, iniciado em 2003 e concluído em 2006.³⁴² Nele o indivíduo aparece como legitimado ativo concorrente no art. 20, I, onde qualquer pessoa, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: credibilidade, capacidade, experiência do legitimado, histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como sua conduta em processos coletivos que tenha atuado.

O segundo grande anteprojeto trazido ao debate é o elaborado como Código Modelo Ibero-Americano, cujos relatores foram Antonio Gidi, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover. O mencionado anteprojeto foi iniciado em 2003 e aprovado em 2005 e serviu de inspiração ao anteprojeto da USP.³⁴³ Daí a paridade dos anteprojetos, os quais tratam de forma bastante semelhante (para não dizer igual) a questão da legitimação ativa individual.

Tais anteprojetos – especialmente no que tange aos legitimados individuais ativos –, trazem consigo, dentre outros, institutos inovadores que tentam fomentar a efetiva tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, em perfeita consonância com o que propõe o Direito Processual Coletivo por meio de uma codificação especial, ou seja, a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil (Art. 3.º, CF), bem como o fortalecimento dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (Art. 1.º, CF).

Em contrapartida, atualmente está em pauta no Congresso Nacional um anteprojeto e um projeto de lei que apontam para reformas processuais, inclusive, em especial, na seara do processo coletivo: são o projeto de reforma do CPC (Projeto n.º 166, de

³⁴² GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 02.

³⁴³ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 01.

08 de junho de 2010) e o projeto de lei da Nova Lei a Ação Civil Pública (Projeto de Lei n.º 5.139/09³⁴⁴).

Importante fazer o registro que no Projeto de Lei n.º 5.139/09, acerca da Nova Lei da Ação Civil Pública não há menção à pessoa física como legitimada à propositura desta espécie de Ação. Entretanto, no anteprojeto de reforma do CPC há o incidente de coletivização de demandas, semelhantemente como ocorre hoje nas hipóteses da Lei n.º 11.672/2008,³⁴⁵ também denominado de *caso piloto*. Vitor Burgo define com precisão o incidente de coletivização de demandas:

Dentre várias demandas que aportam no Judiciário versando sobre uma mesma matéria, uma dessas é escolhida para ser apreciada e julgada pela Corte enquanto as demais ficam suspensas; restando decidida a causa modelo (caso piloto) sua *sentença* será aplicada àquelas demandas que haviam sido sobrestadas. (...) (...) Quer dizer, a demanda ajuizada por apenas um indivíduo será responsável pelo provimento jurisdicional que alcançará a esfera jurídica de milhares de outros. Chama-se de acesso à justiça, pelo visto a permissão conferida ao sujeito para demandar sozinho junto ao Poder Judiciário, ainda que sua demanda permaneça inerte sobre uma estante para, em determinado momento, receber “magicamente” uma decisão judicial.³⁴⁶

Não se pode deixar de considerar a coletivização de processos um avanço na prestação jurisdicional e um importante passo à quebra desta mentalidade individualista que ainda se arraiga nos operadores do direito. O instituto passa a ser colocado num alto grau de

³⁴⁴ Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto explicam de forma concisa a evolução deste projeto de lei da seguinte maneira: “O Presidente da República enviou ao Congresso Nacional (Câmara dos Deputados) o Projeto de Lei n. 5.139/2009 que propõe uma nova disciplina para a Ação Civil Pública visando uma adequação do Sistema Único Coletivo frente às transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais marcantes desde o final do século XX e início deste século XXI, havendo evidentes reflexos na sociedade e não adequadamente disciplinados no Sistema Processual. (...) Durante o Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido pela Advocacia Geral da União, realizado no mês de junho de 2008, com participação de representantes das referidas instituições e das suas categorias profissionais, em oficina coordenada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil, de um lado, por meio de um amplo debate que reconhecesse o acúmulo de conhecimento teórico de especialistas e, por outro, que recebesse novas sugestões, de forma e conteúdo que possibilitassem uma adequação. (...) Frente a este cenário, o Ministério da Justiça instituiu pela Portaria n. 2.481/2008, uma Comissão Especial com a finalidade de apresentar uma proposta de readequação e modernização da tutela coletiva (...). Os trabalhos foram desenvolvidos no período de julho de 2008 até final de março deste ano (2009), com o envio do texto para a Casa Civil que, após alterações, foi remetido ao Congresso Nacional em 27 de março recebendo o número 5.139/2009, estando sob a relatoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, do Rio de Janeiro, já tendo sido realizada uma Audiência Pública para debates.” (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *O Projeto de Lei que Disciplina as Ações Coletivas: Abordagem Comparativa Sobre as Principais Inovações*. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em Defesa de Um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. Pp.378-380.)

³⁴⁵ BURGO, Vitor. *Em Busca da Legitimidade Perdida: A Exclusão da Pessoa Física do Rol de Legitimados do PL 5.139/09*. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em Defesa de Um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. Pp. 680 e 687.

³⁴⁶ BURGO, Vitor. *Em Busca da Legitimidade Perdida: A Exclusão da Pessoa Física do Rol de Legitimados do PL 5.139/09*. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em Defesa de Um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 688.

importância principalmente quando se fala em efetividade, economia e celeridade processual. Todavia, muitos problemas podem advir com o fenômeno em comento, mas que poderiam ser evitados, no nosso modo de pensar, com a outorga da legitimação ativa ao indivíduo, pessoa física, para mover ação coletiva. Vitor Burgo expõe quais seriam estes empecilhos:

No caso piloto, ou incidente de coletivização de demandas, várias demandas são ajuizadas pelas mais diversas pessoas. Todas são autuadas, protocolizadas, distribuídas, identificadas, agrupadas e após suspensas gerando, basicamente, os seguintes gastos: i) da pessoa física, de forma direta, com a contratação de um advogado; ii) do contribuinte, ao arcar com defensores públicos que serão demandados por aqueles que não dispuserem de recursos para contratação de um patrono particular; iii) novamente do contribuinte, que suportará o custo da autuação de todos esses processos, do pagamento de salários a servidores públicos em número suficiente para lidar com todos eles e do custo de estruturas físicas com tamanho suficiente para lidar com todos eles e do custo de estruturas físicas com tamanho suficiente para receber todos esses processos que ficarão indefinidamente suspensos; enfim, o custo de um Judiciário mais caro. Aliada a todos esses custos, temos ainda a preterição da tese de muitos em face da de apenas um, que tem sua demanda escolhida para ser apreciada.³⁴⁷

Tendo em vista esses argumentos, tais óbices acima elencados podem ser rechaçados com a aceitação da legitimidade ativa por parte do indivíduo para mover ações coletivas na tutela de direitos coletivos em sentido amplo. Deve-se, portanto, aguardar o desenrolar de todas essas propostas de alterações sem se descurar, entretanto, da necessidade de se tratar o tema da ampliação da legitimidade ativa individual para mover ações coletivas com a parcimônia e a acuidade que o instituto reclama, principalmente no tocante à questão da representação adequada em Juízo.

3.1.4.1. Controle Adequado da Representação Individual: Necessidade de Critérios Objetivos e Exemplificativos Para Se Aferir a Legitimidade Individual.

No processo civil individual – como já se viu anteriormente – a regra geral de legitimação ativa se perfaz, principalmente, pela imbricação existente entre: autor da ação e titular da relação de direito material que se traduz na *res in iudicium deducta*. Nos dizeres de Joselita Nepomuceno Borba:

A legitimação que no processo individual, como regra, é atributo de quem possui, nos termos do comando geral da lei, uma situação de vantagem, no processo coletivo passa a ser conferida originariamente a “corpos intermediários” e também ao indivíduo que se apresentar apto à tutela.³⁴⁸

³⁴⁷ BURGO, Vitor. *Em Busca da Legitimidade Perdida: A Exclusão da Pessoa Física do Rol de Legitimados do PL 5.139/09*. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em Defesa de Um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. Pp. 688-689.

³⁴⁸ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da Tutela Coletiva**. São Paulo: LTr, 2008. p. 124.

Notemos que, a necessidade de se possuir um adequado representante no Processo Coletivo decorre, indubitavelmente, na natureza que deflui dos direitos e interesses postos em jogo, haja vista serem tais direitos defendidos em juízo – muitas vezes – por pessoas estranhas à relação jurídica de direito material (sobre a natureza da legitimação ativa no Processo Coletivo ver subtópico abaixo). Nessa linha de raciocínio, mais uma vez leciona Joselita Nepomuceno Borba:

O que é exceção naquele ramo do direito, neste passa a ser a regra geral. Muda totalmente a concepção de legitimidade e, ainda, em razão de se conferir legitimidade à pessoa para agir em juízo na defesa não só do seu direito, mas também no de terceiros, exige-se, neste caso, requisito especial, qual seja, o da adequada representatividade, a ser conferida e aferida pelo juiz. (...)

A legitimação, como já acentuado, liberta-se da relação individualista e direta demandante-demandado para assumir feição autônoma, a não mais exigir identidade de parte de quem reúne, a um só tempo, a condição de titular do direito processual de ação e de titular de direito material.³⁴⁹

Não padece de dúvidas quanto à existência de uma necessidade de outorgar aos titulares do direito material invocado em juízo uma maior segurança no tocante à condução por um particular do processo coletivo, o qual irá determinar a sorte de uma gama indeterminada de pessoas com apenas uma única decisão. Sob esse espírito, o critério da representação adequada deste indivíduo atuante perante o órgão jurisdicional se apresenta mais como uma noção flexível de *aptidão* para estar em juízo na defesa dos direitos metaindividuais, abandonando-se assim a rígida idéia de aferição da legitimidade pela titularidade afirmada de direitos, como bem define Velasque Rocha.³⁵⁰ Aliás, para o mesmo autor, a idéia de vincular o sujeito detentor do direito material como o autor da ação é errônea; segundo Velasque Rocha, “(...) o equívoco está em imaginar que uma análise do instituto da legitimidade para agir deve necessariamente tomar como ponto de partida a titularidade (afirmada ou não) de direitos.”³⁵¹

Sendo assim, propõe Velasque Rocha a adoção de outra situação legitimante que não esta tradicional oriunda da tradição civilista, construída sob a noção de direito subjetivo, ou seja, deve-se pesquisar qual situação legitimante melhor atenda às necessidades de um acesso à justiça. Sem contar que, como observado por Vitor Burgo – ainda citando, por

³⁴⁹ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da Tutela Coletiva**. São Paulo: LTr, 2008. Pp. 124-125.

³⁵⁰ ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas: O Problema da Legitimidade para Agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p 141.

³⁵¹ ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas: O Problema da Legitimidade para Agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p 124.

consequente, Aluisio G. de Castro Mendes –, não há como fechar os olhos para os corriqueiros incidentes de proposituras de ações individuais, mas capazes de gerar efeitos coletivos:

Mas, o que dizer das situações em que a pessoa física já ostenta legitimidade para propositura de ação que produz efeitos coletivos? É impossível não observar que o indivíduo detém legitimidade para a propositura de ações que produzem efeitos indubitavelmente coletivos, seja de *lege ferenda* ou de *lege lata*.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes aponta situações limítrofes que expõem com desconforto a rígida separação entre os direitos individuais e aqueles chamados de essencialmente coletivos. De acordo com o autor, questões ligadas ao meio ambiente, por exemplo, são bastante úteis à demonstração de existência de “uma faixa cinzenta entre o público e o individual”, aonde a exclusão da legitimidade da pessoa física conduziria a um claro ferimento ao disposto no art. 5.º, XXXV, da Constituição.³⁵²

A discussão, portanto, sobre a quem pertence tal direito deve cingir-se à seara individual.³⁵³ Velasque Rocha vai ainda mais longe nessa questão. Segundo seus escritos:

Sem prejuízo do que logramos expor, descartar a afirmação de titularidade da situação material como situação legitimante coloca em posição desconfortável a cláusula do devido processo legal. Com efeito, admitir que alguém aja em juízo em lugar de quem se afirme titular de determinada pretensão – ou a representar uma classe de possíveis titulares – implica, em tese, a privação daqueles que se afirmam titulares destas mesmas situações de um seu direito: o de ser ouvido.³⁵⁴

É certo que o princípio do devido processo legal deve assegurar para as partes o direito de influenciar na decisão de mérito, todavia, essa “verdade” deve ser reavaliada no âmago do Processo Coletivo. Toda essa celeuma se deve à incessante busca pela celeridade, efetividade e, principalmente, segurança jurídica das decisões. No sistema das *class actions* norte-americanas o devido processo legal se mostra preservado justamente pelos critérios da *adequada representação* e exclusão da demanda (*opt-out*); ao passo que no Brasil – de acordo com a legislação vigente –, a cláusula do *due process* é assegurada pelos aspectos da coisa julgada *secundum eventus litis*, ou seja, a Ação Coletiva não trará prejuízos aos interessados.³⁵⁵

Fica clara a intenção do legislador de preservar o bom andamento processual e preservar a boa condução do Processo Coletivo.

³⁵² BURGO, Vitor. *Em Busca da Legitimidade Perdida: A Exclusão da Pessoa Física do Rol de Legitimados do PL 5.139/09*. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em Defesa de Um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 689.

³⁵³ ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas: O Problema da Legitimidade para Agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Pp. 124-125.

³⁵⁴ ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas: O Problema da Legitimidade para Agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Pp. 127-128.

³⁵⁵ ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas: O Problema da Legitimidade para Agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Pp. 127-129.

Visto isso, é importante neste momento tecer considerações sobre os sistemas de aferição da legitimidade nos processos coletivos. Encontram-se nas legislações do mundo dois tipos de aferição da legitimidade; na verdade duas formas de controle para a regular condução do processo: uma feita diretamente pela lei (*ope legis*) e outra feita pelo magistrado (*ope judicis*). O primeiro dispõe de critérios de legitimação inseridos no próprio texto legal, cabendo apenas ao órgão jurisdicional identificá-los e aceitar a condução do processo por aquele que se afirma legitimado ativo³⁵⁶; no segundo, o órgão jurisdicional exerce juízo de valor sobre aquele que se apresenta como legitimado ativo. É bem verdade que neste último caso o órgão judicante se vale de critérios objetivos para tomar tais decisões, mas tais critérios – como se verá mais adiante – servem apenas de norte ao magistrado no controle deste tipo de representação.

No Brasil, atualmente, persiste a técnica de aferição da legitimidade pelo controle *ope legis*, todavia, já se encontra no arcabouço legal vigente resquícios do controle *ope judicis* da representação adequada, como é o caso do Art. 82, §1.º, CDC. Acerca desta exceção à regra explicam Didier Júnior e Zaneti Júnior:

A possibilidade de o juiz dispensar o prazo mínimo de um ano de constituição, para que a associação proponha a ação coletiva, verificados certos requisitos, já é um sinal ostensivo de interferência judicial no controle da legitimação coletiva (art. 82, § 1.º, do CDC).³⁵⁷

Há doutrina, portanto, admitindo esse tipo de constatação da legitimidade ativa, mas tal controle deve ser feito pelo magistrado pautando-se em critérios objetivos dispostos previamente em lei. Entretanto, tal rol deve ser apenas exemplificativo. Para essa corrente, entretanto, não se despreza o controle pela via legislativa, antes a aferição da legitimidade ativa se perfaz por uma espécie de controle *misto*: a) num primeiro momento verificar-se-ia a autorização legal para o ente substituir os titulares do direito afirmado em juízo; b) e num segundo momento, após a primeira análise, o juiz realizaria o controle às vistas do caso concreto com o fito de constatar a presença ou ausência dos requisitos dispostos na lei de

³⁵⁶ Elton Venturi acertadamente informa que neste tipo de aferição de legitimidade existe uma presunção relativa de adequada representatividade: “(...) incide em favor dos entes legalmente habilitados uma relativa presunção de *adequada representatividade* em relação a todos os titulares das pretensões meta-individuais e individuais homogêneas deduzidas por via das demandas coletivas – motivo pelo qual, em princípio, não haveria espaço para uma aferição *ope judicis*, no caso concreto, a respeito de tal condicionamento para sua admissibilidade (...)”. (VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 220.)

³⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 206. nota 58. v. 4.

forma exemplificativa.³⁵⁸ Nos anteprojetos de códigos de processos coletivos esses requisitos, ou melhor, esses critérios objetivos de aferição da legitimidade aparecem bem delineados; inserem-se como critérios de constatação de uma regular representação a credibilidade, a capacidade, experiência, histórico na proteção processual ou extraprocessual dos direitos coletivos e sua conduta em eventuais processos coletivos nos quais tenha atuado. Todos esses fatores, portanto, devem ser a bússola do magistrado no momento de aceitação dessa representatividade adequada, entretanto este rol de situações – conforme já sugerimos –, não poderá ser exaustivo. Em outros termos: deverá haver por trás destes critérios um “poder e dever” do juiz de identificar outras situações impeditivas à aceitação da representatividade adequada, aferidas a cada caso concreto.³⁵⁹

Como se vê, nos anteprojetos de código de processo coletivo, é o juiz quem faz essa aferição, sem se descuidar do controle *ope legis* (agora de forma mais tímida, a bem da verdade, mas existente ainda nestes anteprojetos). Acontece que os mencionados anteprojetos prevêm a legitimação ativa *concorrente e disjuntiva*, ao passo que amplia-se de sobremaneira a legitimidade ativa, principalmente no tocante aos indivíduos; abre-se mais uma vez, com isso, a discussão se o controle da representação adequada passaria a ser realmente misto (*ope legis* e *ope judicis*), ou passaria a ser apenas *ope judicis*! Não estariam os mencionados anteprojetos implementando no direito brasileiro um pouco do sistema norteamericano da *class action*? De certa forma, a nosso ver, sim; inclusive na própria exposição de motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – IBDP, há a expressa menção da utilização das regras da *class action* norteamericanas, mas com a ressalva de que as regras

³⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2009. Pp. 205-206. v. 4.

³⁵⁹ Imagine-se, v.g., a corriqueira situação de um particular – componente de um grupo político adverso ao do gestor público – ajuizar ação coletiva para supostamente tutelar direitos de um grupo de servidores públicos do qual ele faça parte, mas com o fito eminentemente e estritamente eleitoreiro; poderia (deverá), então, o magistrado – identificada finalidade diversa –, obstar a representação adequada e, na nossa ótica, extinguir o processo sem a apreciação do mérito. Ademais, os indivíduos representados poderiam, na nossa ótica, manifestarem-se perante o órgão julgador expondo motivos que o levasse a não aceitar a legitimação do representante do grupo, como também poderiam lançar mão do critério de exclusão (*opt-out*), como bem descreve Vitor Burgo, corroborando nosso pensar: “Portanto, há sim superioridade na montagem democrática das ações coletivas processuais na medida em que, a todo tempo, os representados podem levar suas insatisfações ao Juízo da causa, apontando os motivos pelos quais não se sentem devidamente representados. Mais que isso, as possibilidades de *opt-in* e *por-out* permitem ao indivíduo escolher se participa, ou não, daquela demanda, ou seja, se se submete ou não aos efeitos que produzir.” (BURGO, Vitor. *Em Busca da Legitimidade Perdida: A Exclusão da Pessoa Física do Rol de Legitimados do PL 5.139/09*. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em Defesa de Um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 702.)

insertas naquele anteprojeto representam, antes, um aperfeiçoamento do então vigente microsistema brasileiro de processos coletivos.³⁶⁰

É oportuno lembrar que, os mencionados anteprojetos não prevêm a repartição de ações coletivas, cada uma com seu objeto de tutela próprio, com seus legitimados próprios, como ainda se tem previsão na legislação nacional através da Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandado de Segurança Coletivo. Nos indigitados anteprojetos, a Ação Coletiva é *una*, com previsão de vários legitimados ativos ao seu manejo, para a tutela dos direitos e interesses coletivos em sentido amplo, com um procedimento único e comum à tutela destes mesmos direitos retromencionados. Nesse sentido, a própria Ada Pellegrini Grinover – co-autora do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – IBDP – sustenta a criação de um Código de Processos Coletivos da seguinte maneira:

(...) a evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual civil, que tem seus próprios princípios e institutos fundamentais, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda.

Acresça-se a tudo isto a elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Ou seja, de um Código que possa servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum.

O Anteprojeto mantém, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as. Engloba ele todos os processos coletivos brasileiros – com exceção dos relativos ao controle de constitucionalidade, que não se destinam à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas –, sendo assim constituído de 5 capítulos.³⁶¹

Por todo o exposto acima – e principalmente pelos critérios de legitimação ativa e pelas disposições acerca da coisa julgada –, os anteprojetos de Códigos de Processos Coletivos, a nosso ver, devem conjugar os dois sistemas de garantia do devido processo legal, assegurando o bom andamento da marcha processual na busca de efetivação dos direitos massificados objeto do litígio. Explica-se: ao prever a ampliação da legitimidade ativa,

³⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 464. Anexos. v. 4.

³⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006. Pp. 02-03.

outorgando – também ao indivíduo, deve-se primar pelo controle de condução do processo pelo chamado *representante adequado*, em homenagem ao princípio da máxima efetividade do processo coletivo. No que tange à coisa julgada, permanece naqueles anteprojetos a mesma sistemática já em uso hodiernamente, conforme já afirmamos alhures e mas que devem ser analisados com acuidade (vide tópico 3.1.2.1 acima).

Finalizando, é certo que transplantar um instituto de outro sistema para o nosso – ainda mais se tratando de instituto oriundo do sistema da *common law* – pode ser periclitante! Como lidar com o problema de uma “inadequada” e “eventual” representação de legitimado ativo, o qual, por meio do *decisum* coletivo pode vincular indistintamente tantos outros sujeitos por meio da *res iudicata* coletiva? Para antes de tentar responder a essa pergunta se faz imperiosa uma incursão nos sistemas da coisa julgada coletiva e legitimação ativa em outros países, o que já foi feito anteriormente no item 3.1.3 deste trabalho. Resta agora o debate da ampliação dos legitimados ativos, logicamente perpassando pelo problema da *representação adequada*.

3.1.4.2. Influência da "Class Action" Norteamericana e o Problema da Adequada Representação (As Críticas de Antonio Gidi).

Em que pese todo o esforço feito até agora na tentativa de proporcionar aos indivíduos a tão debatida legitimação ativa para utilização das Ações Coletivas para tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, há ainda – sem sombra de dúvidas –, que se alertar para a segurança jurídica das relações processuais. O manejo de forma livre e indiscriminada pelo indivíduo pode reproduzir contundentes implicações na vida e no patrimônio de outras pessoas, haja vista ter o Direito Processual Coletivo o poder de atingir demais indivíduos que sequer participaram da relação processual, isso por que a idéia de *terceiros* que se tem no processo singular deve ser revista no processo coletivo, conforme foi visto em capítulo anterior.

Vem à tona com essa realidade o problema da *representação adequada*, o qual reputamos ser um dos pontos mais importantes no estudo da legitimação individual coletiva.

No bojo dos principais anteprojetos de Códigos de Processo Coletivo (USP e Ibero – América), há uma tentativa de expandir a legitimação ativa do indivíduo; para tanto, os textos dos mencionados anteprojetos rezam que qualquer pessoa física será legitimada a mover ações coletivas para a proteção de direitos difusos, bem como qualquer membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos chamados direitos ou interesses coletivos em

sentido amplo e individuais homogêneos. Entretanto, esta tentativa de outorgar legitimidade ao indivíduo tem causado na doutrina nacional intensos debates acerca da plausibilidade e adequabilidade ao sistema de proteção dos direitos coletivos.

O crítico mais ferrenho a esta nova forma de legitimidade é Antonio Gidi. Segundo o mencionado autor, a experiência da *class actions* norte-americanas se mostrará pernicioso caso seja aplicada nos mesmos padrões do direito alienígena aqui no Brasil. Para ele a ampliação do rol dos legitimados ativos como propõem os anteprojetos que chama de “derivados”³⁶² em muito se afeiçoa com o sistema das *class actions* norte-americanas, onde o membro do grupo teria legitimidade “para a propositura de demanda coletiva em tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos” do grupo lesado.³⁶³

A primeira crítica do referido doutrinador, consiste na atuação dos advogados representantes do grupo. Segundo ele, o indivíduo além de ser a parte mais frágil na relação intersubjetiva com o réu – rico, poderoso, experiente em litígios (litigante habitual) –, o é perante o próprio advogado do grupo! Este, de acordo com a experiência americana relatada por Gidi, possui forte interesse de aferir lucro por meio dos vultosos honorários fixados em valores econômicos oriundos das condenações sucumbenciais no processo coletivo; segundo ele esta é uma das mais puras manifestações do capitalismo liberal americano. Nesse diapasão, o excessivo poder concentrado nas mãos dos advogados poderiam ocasionar a realização de acordos abusivos os quais, em detrimento do interesse do grupo, convergiriam única e exclusivamente aos interesses econômicos do advogado do grupo; logo após a fase de certificação da legitimidade adequada do indivíduo, este sairia de cena, ou seja, este indivíduo somente serve no sistema americano das *class actions* como um duto para o ingresso do advogado com a demanda coletiva, sendo logo em seguida descartado.³⁶⁴

Ainda no tocante à atuação do advogado do grupo, Gidi aponta a insuficiência do argumento de não ser a sociedade brasileira preparada para a implantação desta legitimidade individual para ingresso com demanda coletiva; segundo o autor, em sociedades mais

³⁶² “Derivados” seriam os anteprojetos da USP, Ibero-Americano e UERJ/Unesa. O autor chama o seu anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo, iniciado em 1993 e findado em 2002, de “Original”, uma vez que, segundo o mesmo, este seria o pioneiro dos anteprojetos de Códigos de Processos Coletivos (GIDI, Antonio. **Rumo a Um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 01). Ressaltamos, porém, que o nosso trabalho toma como referência apenas os dois anteprojetos mais debatidos pela doutrina, quais sejam, os anteprojetos da USP e Ibero-Americano. Tal escolha foi feita com o intuito de tornar mais objetivo o nosso estudo, uma vez que os anteprojetos já mencionados não apresentam diferenças gritantes no tocante à ampliação da legitimidade individual nas demandas coletivas.

³⁶³ GIDI, Antonio. **Rumo a Um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 225.

³⁶⁴ GIDI, Antonio. **Rumo a Um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Pp. 225-229.

avançadas civilmente (como a Europa, por exemplo) os problemas seriam os mesmos. Ademais, o cidadão, para o referido autor, não tem interesse em se envolver numa grande batalha judicial para não lucrar nada diretamente; é aí que entraria especificamente o papel do advogado do grupo, na busca por gordos honorários.³⁶⁵

Em que pese o respeito e a admiração pelo trabalho de Antonio Gidi, acredita-se que esta “burla às finalidades da demanda coletiva” poderiam ser evitadas, principalmente a questão dos acordos abusivos, caso houvesse um mecanismo processual na seara coletiva de fiscalização por outros agentes intervenientes no processo, a exemplo do combativo Ministério Público, sindicatos, ou até mesmo a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tais intervenções se justificariam pelos interesses coletivos em jogo, haja vista ser, *v.g.*, o Ministério Público, a OAB e a Defensoria Pública órgão de fiscalização do ordenamento jurídico (Art. 127 e 133, CF; Art. 2.º, *Caput* e § 1.º da Lei n.º 8.906/94) e da promoção da cidadania, os quais exercem indubitavelmente um *mínus* público.

Outrossim, não se pode copiar exatamente um sistema estrangeiro e inseri-lo no ordenamento jurídico nacional. É óbvio que isso não aconteceria em relação às *class actions* norte-americanas; não se defende a exata cópia do instituto para o direito brasileiro, apenas deve ela servir como parâmetro para possibilitar o ingresso do particular na relação processual coletiva.³⁶⁶

Mas as críticas de Antonio Gidi não param por aí. Segundo o catedrático, a única maneira de inibir os abusos observados no sistema norte-americano é fortificar as associações estruturando-as. Os anteprojetos, nas palavras de Gidi, não vislumbraram a capacitação e a capitalização das associações para torná-las no futuro as verdadeiras protagonistas do

³⁶⁵ GIDI, Antonio. **Rumo a Um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 230.

³⁶⁶ Gregório Assagra de Almeida faz ferrenha crítica à questão da importação do sistema de aferição da representação adequada do direito norte-americano, principalmente o sistema do *opt-out*, o qual, segundo ele, representaria uma flagrante hipótese de inconstitucionalidade: “A possibilidade de amplo controle pelo juiz (*ope judicis*) da representatividade adequada (*adequacy representation*), com base em requisitos, como credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado, também é incompatível com o sistema constitucional brasileiro. O legislador constituinte de 1988, ao escolher os representantes adequados para a defesa em juízo dos interesses ou direitos coletivos (arts. 5.º, LXXIII, 103, 129, III e § 1.º etc.), não estabeleceu qualquer previsão deste controle *ope judicis* da representatividade adequada, controle esse restritivo à própria garantia constitucional do acesso à justiça. É esse o nosso devido processo legal coletivo e a importação desse modelo do sistema norte-americano geraria no Brasil situação flagrantemente inconstitucional. Por exemplo, quando a CF/88 legitima o cidadão para ajuizamento de ação popular, ela não exige que o cidadão tenha credibilidade, capacidade, prestígio e experiência, nem admite a aferição de seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe, ou de sua conduta em outros processos coletivos. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pp. 93-94.)

Processo Coletivo, mas, para haver o fortalecimento das mesmas, deve existir o chamado controle judicial da representação adequada e gratificação financeira dessas mesmas.³⁶⁷

Continuando com seus argumentos, Antonio Gidi afirma que a concessão da legitimidade ativa aos indivíduos é apta a causar a diluição do poder do Ministério Público, das Associações e entidades públicas e privadas na defesa dos interesses metaindividuais. Caso esta dita ampliação viesse a ser inserida no ordenamento jurídico, os ideais buscados pela LACP e pelo CDC de estimular a organização social no país ficariam colocadas em segundo plano, o que para Gidi representaria uma verdadeira traição àqueles ideais.³⁶⁸

Todavia, conforme se analisará abaixo, o efeito ditado por Antônio Gidi, para alguns outros doutrinadores, foi inverso ao mencionado aqui, ou seja, a reiterada e robusta atuação do Ministério Público, por exemplo, acabou se tornando fator de inibição popular de ingresso em Juízo para tutela de direitos massificados, criando assim a nefasta cultura dos “braços cruzados”.

3.1.4.3. Argumentos Favoráveis à Ampliação do Rol dos Legitimados Individuais Ativos no Direito Processual Coletivo.

A doutrina, apesar de divergente quanto a matéria, vem adotando posicionamentos favoráveis a esta ampliação do rol dos legitimados individuais no Direito Processual Coletivo, em abono a tudo que foi exposto até o presente momento.

De acordo com Eurico Ferraresi, “negar legitimidade ao indivíduo para a tutela coletiva, sob o argumento de que ainda não está ‘maduro’ para exercer instrumento tão importante, é o mesmo que dizer que o brasileiro não deve votar, já que escolhe mal seus governantes!”.³⁶⁹ Isso ressalta a importância da matéria em comento, haja vista ser o processo um meio de fomento da cidadania, constituindo assim no escopo político do processo, o qual significa, dentre outras acepções, que o processo deve “assegurar a participação dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política”.³⁷⁰

³⁶⁷ GIDI, Antonio. **Rumo a Um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 231.

³⁶⁸ GIDI, Antonio. **Rumo a Um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Pp. 231-232.

³⁶⁹ FERRARESI, Eurico. **A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo: e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

³⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 168.

Afora estes argumentos, o mesmo Eurico Ferraresi, citando Carlos Alberto Bittar Filho, ainda traz em sua obra fortes argumentos favoráveis ao mencionado alargamento do rol dos legitimados individuais:

Legitimar a pessoa física estimularia a propositura de ações coletivas, tornando o cidadão mais responsável pela defesa dos interesses supra-individuais.

Não se pode esquecer de um fato importante, bem lembrado por Carlos Alberto Bittar Filho: as associações e o Ministério Público não estão presentes em todos os locais. Nesses casos, quando a presença do promotor ou das associações não se faz sentir, retirar da pessoa física a possibilidade de propor uma demanda coletiva significará a ausência de prestação jurisdicional em sede de direitos supra-individuais.³⁷¹

Corroborando com as lições acima expostas, é importante colacionar o magistério de Aluisio G. de C. Mendes a este respeito:

O direito moderno, de matriz constitucional ou processual, vem apontando na direção do acesso à Justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo. A limitação da legitimação do indivíduo, diante de interesses individuais homogêneos, deixa de produzir resultados positivos: economia processual e judicial; maior acesso ao Judiciário; melhoria da prestação jurisdicional, em termos de tempo e qualidade, devido à redução do número de feitos; preservação do princípio da igualdade etc. Mas em termos de interesses de natureza indivisível, o resultado é a denegação absoluta de Justiça.³⁷²

Tem-se ainda o fato gravíssimo, explicitado por Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, citado por Rodolfo de C. Mancuso, acerca dos graves problemas trazidos ao Ministério Público pela excessiva concentração em suas mãos das tutelas dos interesses metaindividuais (vide item 4.1.3, Capítulo IV, abaixo). O indigitado doutrinador escreve que, apesar do respeito e confiança hauridos pelo *parquet* pela defesa destes direitos de massa, tal órgão pode sofrer com essa excessiva carga de atribuições:

A multiplicação de casos a cargo do Ministério Público expõe a meu ver a instituição a graves riscos, como o do indevido inchaço de seus quadros, o da banalização e burocratização da atuação, e, sobretudo, o da perda da eficiência no enfrentamento das questões mais sérias e de maior relevância social. (...) Futura revisão da lei deveria, assim, considerar o problema mediante *criação de mecanismos de estímulo do exercício da ação pelos co-legitimados*, ainda que de forma preponderantemente nos casos mais simples, em que não houvesse a necessidade de maior estrutura de investigação. (Destques do autor)³⁷³

³⁷¹ FERRARESI, Eurico. **A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo: e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

³⁷² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional: Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. p. 257

³⁷³ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Projetada Participação Equânime dos Co-legitimados à Propositura da Ação Civil Pública: da Previsão Normativa à Realidade Forense*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 237.

Em que pese não ser a citação doutrinária acima um argumento explícito favorável à ampliação do rol dos legitimados ativos individuais, não há dúvidas de que esta doutrina supramencionada acaba, de forma indireta, reconhecendo a benesse da outorga desta legitimidade ativa ao particular. A descentralização da atuação dos coletivos legitimados, ao que se mostra atualmente, parece ser a tônica da inovação desta nova forma de compreender o processo coletivo como meio potencializado de transformação positiva da realidade, não somente em pelo fato das decisões serem capazes de mudar uma realidade social local, mas também por otimizarem a atuação e estrutura dos órgãos responsáveis e imprescindíveis na consecução dos ideais almejados pelo Estado Democrático de Direito, a exemplo do Ministério Público, associações etc.

Por esses e por outros argumentos espalhados pela doutrina nacional, a ampliação dos legitimados individuais vem ganhando força, ao mesmo que se mostra necessária à consecução dos já mencionados objetivos do Direito Processual Coletivo.

CAPÍTULO IV: AMPLIAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO NUMA SOCIEDADE PLURALISTA

4.1. PLURALISMO CONTEMPORÂNEO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO NUMA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES.

4.1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO NO DEBATE SOBRE OS IDEAIS DE JUSTIÇA TRAVADO ENTRE LIBERAIS, COMUNITÁRIOS E CRÍTICO- DELIBERATIVOS.

A ampliação do quadro de legitimados ativos para mover ações coletivas encontra intrínseca ligação com a caracterização de uma sociedade pluralista. Esta afirmação encontra seu respaldo e fundamento no fato da consecução dos ideais de justiça atizados pelos debates travados entre *Liberais* e *Comunitários* acerca do papel do Estado na realização daqueles objetivos.³⁷⁴ Ainda contamos com uma outra vertente liderada por Habermas que defende uma conjugação das duas teorias, as quais, para ele, não devem se sobrepor uma à outra.

Em meio a este debate, surge o Direito Processual Coletivo, primeiramente, como meio potencializado de realizar uma justiça transformadora da realidade social de forma positiva; e em segundo lugar, proporcionar ao cidadão a efetiva participação nos destinos da sociedade trazendo, com ele, a possibilidade de abertura e ampliação do rol de intérpretes dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Diante deste quadro inicial, vem à tona a pergunta de onde se inseriria o Direito Processual Coletivo neste debate? Como a ampliação do rol dos legitimados ativos individuais pode ser tratada com a relevância propagada no título desta parte do presente estudo? Tais questões merecem ser respondidas com mais afinco e detalhes nas linhas abaixo, cujos temas revelam-se bastante convidativos a um intenso debate, não com a intenção de esgotá-lo, mas no intuito de conclamar a comunidade acadêmica a um debate útil e atual.

³⁷⁴ Segundo Cecília Caballero Lois, desde a publicação da famosa e célebre obra de John Rawls: “Uma Teoria da Justiça” que os debates acerca de problemas éticos, morais e de justiça se intensificaram entre as tendências liberais e comunitárias. Em meio a este entrave, o papel do Estado exsurge como objeto de profícua discussão acerca da realização dos planos e projetos dos indivíduos inseridos no corpo social. Neste diapasão, o Estado deve manter-se equidistante da realização destes projetos, ou deve proclamar a existência de uma vida melhor? Eis o cerne do debate. (LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça.** Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 24.)

4.1.1.1. Caracterização do Pluralismo nas Sociedades Contemporâneas.

Uma sociedade contemporânea ou pós-moderna é caracterizada como pluralista quando presentes interesses conflitivos de seus membros. Segundo o eminente José Afonso da Silva,

Optar por uma *sociedade pluralista* significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema do pluralismo está precisamente em construir o equilíbrio entre tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis³⁷⁵.

Justamente por conta desta necessidade de *administrar antagonismos* é que filósofos constitucionalistas divergem acerca da concepção daquilo que caracterizaria o pluralismo numa sociedade considerada complexa.

Em vista desta divergência, temos de um lado a corrente de pensamento dos **Liberais** e de outro a linha de pensamento dos **Comunitários**. Há ainda uma outra corrente de concepção acerca do pluralismo nas sociedades contemporâneas, a qual se opõe ao “radicalismo” das concepções propostas por ambas as correntes e tenta dar um novo sentido ao pluralismo sem fazer com que prevaleça uma concepção sobre a outra, constituindo uma verdadeira miscelânea conceitual e metodológica: a corrente dos **Críticos-deliberativos** liderados por Jürgen Habermas.

Para as duas primeiras vertentes, o pluralismo representa, de um lado, uma diversidade de concepções individuais acerca do bem, ou seja, uma vida com dignidade (Liberais); do outro lado, o pluralismo representa nas sociedades contemporâneas uma “multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico”³⁷⁶. Conforme iremos observar ao longo deste estudo, a discussão destas duas primeiras vertentes cinge-se à questão da prevalência dos direitos humanos fundamentais ou da chamada soberania popular, nas concepções liberais e comunitárias, respectivamente. Habermas, por sua vez, tenta conformar as duas visões alegando que nas sociedades complexas não há como fazer prevalecer uma concepção sobre a outra, sendo necessária a consideração mútua de ambas.

Em que pese todos esses entendimentos terem em comum a idéia de que é possível formular um ideal de justiça adequado ao pluralismo do mundo moderno, o que se pretende

³⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 147.

³⁷⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 01.

nesta parte do presente trabalho é identificar, nada mais nada menos, qual a estrutura normativa mais adequada às sociedades democráticas complexas contemporâneas. No entanto, não podemos perder de vista o fato de que estas discussões articulam as duas dimensões do regime democrático (liberal): de um lado os *direitos humanos* (lógica liberal da igualdade) e a *soberania popular* (lógica democrática da igualdade).

4.1.1.2. Acerca da Hermenêutica Constitucional.

Para os Liberais o Pluralismo representa as concepções que cada indivíduo de uma determinada sociedade possui acerca do bem, ou seja, da vida digna. Segundo esses filósofos constitucionalistas, uma democracia moderna apresenta-se como aquela na qual essa compreensão de pluralismo é latente, qual seja, distintos pontos de vista acerca do bem, da vida digna.

O ideal de justiça liberal tem por finalidade a possibilidade de cada indivíduo – isoladamente considerado na sociedade – realizar seu projeto de vida pessoal. Nessas condições, o ideal de justiça não apenas garante a chamada autodeterminação moral de cada indivíduo, como também é capaz de garantir a justiça, a qual, nessas condições pode ser compartilhada por todos os membros da comunidade. Em outras palavras, *a justiça é alcançada na medida em que todos se realizam individualmente.*³⁷⁷ ³⁷⁸

De acordo com a filosofia de José Nedel, quando analisa a obra de John Rawls, o pluralismo se manifestaria numa sociedade liberal da seguinte forma:

A sociedade moderna se caracteriza pela pluralidade de concepções do bem, em decorrência da pluralidade de doutrinas compreensivas. O liberalismo político acolhe tais concepções, mesmo porque a diversidade humana traz muitos benefícios. Assim, uma concepção política liberal da justiça pode integrar em si diferentes idéias do bem.³⁷⁹

Por sua vez, Cecília Caballero Lois mostra a importância da obra de John Rawls para a teoria liberal da seguinte maneira:

Em *Uma teoria da justiça*, Rawls procura mostrar que a justiça representa um bem intrínseco a qualquer sociedade, cuja realização é prioritária sobre todas as outras por constituir-se num parâmetro de regulação que permite realizar amplamente as capacidades dos indivíduos. Essa característica levou alguns a classificar a teoria de

³⁷⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 146.

³⁷⁸ “Uma sociedade bem organizada é aquela direcionada para promover o bem de seus membros.” (GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política**. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 19.)

³⁷⁹ NEDEL, José. A Teoria da Justiça de John Rawls – Um Esboço. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinicius Soares de Campos (org.). **Novo Manual de Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499.

Rawls como neo-individualista (...) Sem dúvida, o caráter altamente liberal e individualista de direitos que caracteriza a obra daquele filósofo é o principal motor da crítica que se seguiu à publicação de *Uma teoria de justiça*. Trata-se de uma ampla discussão que tem polarizado nas duas últimas décadas a teoria social. (Destaques da Autora)³⁸⁰

Todavia, é importante ressaltarmos que todas as concepções individuais de bem numa sociedade pluralista não podem ser realizadas por inteiro. Sendo assim, os ideais de justiça fixados pelos membros daquela sociedade devem prevalecer sobre as concepções de bem reclamadas por cada indivíduo da sociedade; em outras palavras, as concepções do bem devem se amoldar aos limites impostos pelos princípios de justiça fixados por aqueles mesmos integrantes da sociedade, restringindo, assim, a plena liberdade de concepções a fim de se evitar a desordem. Seria a mesma coisa dizer que, no Liberalismo, alguns “fragmentos” destas concepções individuais acerca do bem seriam as peças de um gigante “quebra-cabeças” de uma teoria de Justiça; assim, poderia acontecer que alguns indivíduos não se satisfizessem plenamente, mas saberiam que para aqueles ideais de justiça fixados existiria uma parcela de sua concepção individual sobre o que ele, o indivíduo, julga como sendo o bem.

Sendo assim, para os pensadores liberais, os direitos humanos fundamentais têm uma nítida função de limitar e condicionar a atuação estatal³⁸¹, assegurando em contrapartida um *Estado neutro*, o qual não poderia lançar mão de ingerências indevidas às visões individuais do bem mantidas por cada cidadão; nesse sentido, “a neutralidade estatal é uma exigência que decorre do próprio pluralismo”³⁸². Nesse passo, os direitos fundamentais possuem a função de limitação da soberania popular e a legislação democrática que dela advém.

³⁸⁰ LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. Pp. 14-15.

³⁸¹ Cecília Caballero Lois bem retrata esta qualidade de neutralidade estatal afirmando que “o liberalismo vai propugnar uma separação entre o âmbito público e o privado, além de um espaço político neutro e regido por princípios de justiça acordados de forma imparcial. Nesse contexto, ganharam importância crucial os chamados direitos individuais. Sua função primordial seria a de estabelecer os limites da esfera pública e assegurar a autonomia privada do indivíduo frente ao Estado, garantindo-lhe a legitimidade.” (LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 25.). Estes escritos de Cecília C. Lois demonstram a importância do estudo das concepções liberais quando se fala em ampliação dos legitimados ativos no Direito Processual Coletivo, pois os espaços público e privado se imbricam (ou pelo menos devem se unir) para tornar possível a impetração de demandas coletivas pelos legitimados individuais.

³⁸² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 06.

Observa-se, portanto, uma clara predileção desta corrente pelos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular; os liberais, nesse sentido, dão prioridade à autonomia privada, privilegiando, como dissemos, os direitos fundamentais.

Possuem os liberais uma visão da constituição como uma “carta de garantias”, a qual tem por finalidade preservar uma série de liberdades negativas capaz de afirmar a autonomia moral dos indivíduos. Neste sentido, a interpretação da constituição deve ser realizada tendo em mãos normas e princípios constitucionais, os quais possuem sentido de validade deontológico.

Diante do “fato do pluralismo”, os liberais entendem que os direitos fundamentais devem prevalecer até mesmo sobre concepções de bem, ainda que por todos compartilhadas. Para os liberais, existe uma espécie de *lei englobante* que não possui seu conteúdo estabelecido de acordo com as particularidades de cada grupo local, como pretendem os comunitários (como veremos abaixo), mas que os direitos humanos fundamentais possuam um conteúdo universal e englobante. Pelo que se depreende destes ideais liberais, e conforme já havíamos nos manifestado anteriormente sobre o tema, haveria no corpo social liberdades básicas de aplicabilidade universal; por meio destas liberdades, cada um dos indivíduos alcançaria sua concepção individual do bem. Mas essas liberdades básicas seriam preestabelecidas e não fariam parte de um intenso debate como propõem os comunitários.³⁸³ □

384

Dessa maneira, fica vedada a participação popular no sentido de definir o alcance e as limitações desses princípios considerados básicos para uma vida em sociedade, devendo o Estado se abster de qualquer ingerência sobre estes direitos capaz, segundo os partidários dessa vertente, inibir a realização pessoal de vida dos indivíduos. Em outros termos, os liberais consideram todos os indivíduos iguais, sem levar em consideração a medida de suas diferenças.

Rawls tenta elencar as liberdades básicas que devem ser distribuídas de forma igualitária entre os membros de uma sociedade, mas apenas de forma exemplificativa. São elas, dentre outras: as liberdades políticas (liberdade de consciência, expressão e associação), direito de ir e vir, direito de propriedade, ao trabalho etc. Segundo o autor, presentes estes

³⁸³ “O contrato social rawlsiano também difere da figura clássica congênere pelo conteúdo. Seu objeto não é a fundação concreta de uma sociedade com a escolha de uma forma de governo e de um governante, mas a seleção de certos princípios morais – os princípios de justiça que deverão regular a estrutura social básica.” (NEDEL, José. A Teoria da Justiça de John Rawls – Um Esboço. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos (org.). **Novo Manual de Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 487.)

³⁸⁴ KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 66.

direitos ter-se-á uma sociedade bem ordenada, onde cada homem poderá viver livremente e concretizar sua concepção individual de vida, na medida em que todos os outros indivíduos devem respeitar esses direitos mínimos.³⁸⁵ Giselle Cittadino esclarece melhor nossas afirmações da seguinte forma:

São estes direitos e liberdades básicas que, no âmbito de uma sociedade bem ordenada, asseguram, segundo Rawls, o respeito de cada cidadão por si mesmo, na medida em que viabilizam a realização de sua concepção individual sobre a vida digna. Ao mesmo tempo, como estes direitos e liberdades básicas são a todos garantidos, revelam o respeito mútuo que existe entre os cidadãos.³⁸⁶

Na hipótese de haver conflito entre estes direitos fundamentais, ocorridos entre dois ou mais indivíduos da sociedade, deve existir um sistema coerente de resolução deste conflito. Para os liberais, “uma liberdade básica pode ser limitada ou negada apenas em favor de uma ou mais liberdades básicas diferentes e nunca por razões de bem público ou valores perfeccionistas”³⁸⁷. Exatamente por isso que mesmo diante de um entendimento majoritário coletivo se está impedido de rechaçar a aplicação destes direitos.

Para os comunitários, o pluralismo representa uma multiplicidade de identidades sociais e de culturas étnicas e religiosas que se fazem presentes nas sociedades contemporâneas. Para iniciarmos uma boa compreensão dos ideais comunitários, é imperioso estabelecer claramente as diferenças das concepções desta corrente com a antagonica, o liberalismo. Segundo o Roberto Gargarella:

(...) os liberais tenderiam a enfatizar excessivamente as preferências dos indivíduos. Segundo eles, atendendo a tais preferências, contribui-se melhor para o bem comum. Para os comunitaristas, por outro lado, o ponto de partida é exatamente o oposto. Para eles, o bem comum, “mais que adaptar-se ao parâmetro das preferências individuais, forneceria o padrão a partir do qual essas preferências [deveriam ser] avaliadas.”³⁸⁸

Segundo os asseclas dessa corrente de pensamento, o ideal de justiça não está atrelado à idéia de imparcialidade (principalmente por parte do Estado), mas de forma antagonica, ao “estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados”³⁸⁹. Pelas palavras de Cecília Caballero Lois:

³⁸⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. Pp. 148-149.

³⁸⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 149.

³⁸⁷ RAWLS, John. *Apud* CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 149.

³⁸⁸ GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política**. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 148.

³⁸⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 06.

(...) a chamada crítica comunitária sustenta-se na necessidade de desmascarar a suposta neutralidade dos princípios de justiça e suas variáveis, denunciando a inadequação do conceito liberal de sujeito moral e a insuficiência de seu conceito de sociedade, que considera não mais que uma associação de indivíduos livres e independentes, sem fortes vínculos entre si. Não se deve perguntar, portanto, por princípios com validade universal: serão tantos quantas forem as comunidades. Ainda no plano ontológico, a crítica comunitária pretende que as questões de justiça devem eclodir dentro da própria comunidade, descobrindo as respostas em suas rotinas implícitas. Desse modo, a justiça das instituições seria viver de acordo com essas práticas compartilhadas, ou seja, com ações centradas, obrigatoriamente, no bem comum.³⁹⁰

Observa-se aqui a prevalência e prioridade à soberania popular, que garantiria aos cidadãos a efetiva participação nos assuntos públicos. A chamada *autonomia pública* seria o meio mais conforme ante aos diversos centros de influência social e poder político presentes nas democracias das sociedades modernas. O pluralismo, então, seria identificado como uma diversidade de identidades sociais.

Contrariamente aos liberais, os comunitários outorgam um sentido teleológico (finalístico) às normas e princípios constitucionais. A constituição representa uma conjugação de valores coesos que se destinam à busca de um compromisso com certos ideais. Mais do que simplesmente declarar direitos, a constituição outorga aos indivíduos liberdades positivas, no sentido de que os membros de uma comunidade podem lançar mão de instrumentos de controle político que devem dar conteúdo aos direitos fundamentais expressando os valores compartilhados por cada sociedade. A hermenêutica constitucional seria orientada pelos valores éticos que a sociedade compartilha.

Ainda ao contrário dos liberais, não se espera que os conteúdos dos direitos constitucionais sejam definidos pela capacidade moral dos indivíduos; antes eles reclamam uma forma própria de interpretação dada por uma determinada comunidade tendo como referência valores por ela compartilhados em virtude do “fato do pluralismo”:

Para Walzer, se as sociedades democráticas estão capturadas pela linguagem dos direitos – privacidade, associação voluntária, liberdade de expressão –, isto é consequência do fato de que eles traduzem valores por elas compartilhados: “*a linguagem dos direitos humanos não é outra coisa senão nossa maneira particular de falar de certos valores humanos geralmente aceitos*”³⁹¹.

³⁹⁰ LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 25.

³⁹¹ WALZER, Michael. *Apud* CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 161.

Mas como chegamos a esses valores compartilhados pela sociedade? O que justificaria a sua inserção em determinado ordenamento por meio dos direitos fundamentais? A própria Giselle Cittadino se encarrega de nos informar com exatidão essas questões:

No que diz respeito aos comunitários, esta confiança nas tradições, enquanto base sobre a qual se assentam as suas formulações, se revela, como assinalamos, no compromisso com os valores que unem coletivamente os membros de uma comunidade política. Nas democracias contemporâneas, os direitos fundamentais, por exemplo, jamais poderiam ser justificados, caso não se recorresse aos significados culturais, aos compromissos comunitários e às histórias de vida que constituem as identidades dos seres humanos reais que instituem e exercitam estes direitos.³⁹²

Portanto, descobre-se que os valores compartilhados por essas sociedades são oriundos de todo um processo histórico de tradições mantidas ao longo dos tempos que se enraízam na interpretação a ser dada aos direitos fundamentais em uma constituição.

Mas como garantir uma efetiva participação dos cidadãos na vida política da sociedade? Quais seriam as armas dos comunitários para a efetivação deste referida garantia? A resposta é simples: por meio de instrumentos processuais capazes de outorgar aos cidadãos um efetivo complemento das atividades do Estado, seja ela executiva ou legislativa, em casos de omissões. Neste sentido, teríamos o que os comunitários chamam de *comunidades de intérpretes da Constituição*.

Os referidos instrumentos processuais dos quais pode o cidadão fazer uso são: o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a *ação popular*, o *mandado de segurança coletivo* etc.³⁹³ Evidencia-se dentre as ações retromencionadas a ação popular e o mandado de segurança coletivo, ambas – conforme se pode atestar pela própria nomenclatura das ações em tela – com o adjetivo *coletivo*, sendo instrumentos processuais que compõem o denominado novo ramo do Direito Processual, o Direito Processual Coletivo. Em vista destas considerações, não há como se afastar da tese que classifica a Constituição Federal como de natureza *comunitarista*; sendo ela a norma maior do ordenamento jurídico, e prevendo tais meios processuais, bem como elencando dentre um dos fundamentos da República Federativa a cidadania e o pluralismo político, o Direito Processual Coletivo, em especial a ampliação do rol dos legitimados ativos para mover tais instrumentos processuais que o compõem, representaria um meio eficiente e perspicaz para fazer cumprir os.

³⁹² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 220.

³⁹³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 48.

Essa postura constitucional de disponibilizar instrumentos processuais para permitir uma maior participação política do cidadão e da sociedade civil organizada, denota a adoção de um regime que assume a roupagem de uma democracia participativa³⁹⁴, robustecendo ainda mais o ideal comunitarista de afastamento da neutralidade estatal na consecução do bem comum. Com vistas a essas afirmações, é importante colacionar as lições de Roberto Gargarella:

Quando os comunitaristas afirmam que nem todos os planos de vida são igualmente valiosos, ou sugerem (como veremos) a adoção de políticas de proteção à comunidade que delimitam nossas escolhas, o que nos mostram é sua completa rejeição a um ideal caracteristicamente liberal: o ideal referente à “neutralidade” do Estado.³⁹⁵

E continua o autor argentino:

De fato, como vimos o liberalismo defende que o Estado deve ser “neutro” diante das distintas concepções do bem que surgem em determinada comunidade, e deve permitir que, em suma, a vida pública seja um resultado “espontâneo” dos livres acordos realizados pelos particulares. Por outro lado, para o comunitarismo, o Estado deve ser essencialmente um Estado ativista, comprometido com certos planos de vida e com a organização da vida pública. Esse “compromisso” estatal pode chegar a implicar – para alguns – a promoção de um ambiente cultural rico (de forma que melhore a qualidade das opções dos indivíduos), a proteção de certas práticas ou tradições consideradas “definidoras” da comunidade, a criação de fóruns para a discussão coletiva, o fornecimento de informação de interesse público etc.³⁹⁶

Sendo assim, ao se considerar o Estado como ente dotado de obrigação intervencionista e ativista conforme está escrito no texto acima – repelindo, portanto, a noção de neutralidade dada pelos liberais –, a idéia de ampliar a abertura de interpretação dos valores contidos na Constituição mostra-se como fato que se encaixa perfeitamente aos ideais comunitários. Não é à toa que o fragmento textual acima faz menção a “espaços (fóruns) para a discussão coletiva”, pois o Processo Coletivo, no nosso modo de ver, pode representar sim este espaço, possibilitando que aqueles valores insertos na Constituição possam ser debatidos amplamente pelos seus intérpretes; consideramos, então, fundamental ampliar o rol de participantes para este desiderato.

Possibilitando ao cidadão o manejo do Direito Processual Coletivo estar-se-á concretizando o Estado Democrático de Direito e, por via de consequência, fomentando a

³⁹⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 47.

³⁹⁵ GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política**. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 141.

³⁹⁶ GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política**. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Pp. 141 □ 42.

cidadania.³⁹⁷ Nas palavras de Gregório Assagra, verdadeiramente o Processo Coletivo assume uma feição de latente instrumento de transformação positiva da realidade social:

O Poder Judiciário, no *direito processual coletivo comum*, além de protetor do Estado Democrático de Direito e de seus valores fundamentais (controle difuso ou incidental de constitucionalidade das leis), é também órgão de efetivação material dos direitos e garantias constitucionais coletivos consagrados constitucionalmente.

Pelo *direito processual coletivo comum* é que o Poder Judiciário poderá determinar a reparação dos danos causados ao erário, ao patrimônio moral, ao patrimônio histórico e cultural, ao meio ambiente, além de tutelar coletivamente também os direitos do consumidor, da criança e do adolescente, do idoso e dos deficientes físicos. É via extremamente potencializada tendo em vista que em um único processo o Poder Judiciário poderá resolver um grande conflito social ou uma gama enorme de conflitos interindividuais que podem receber a tutela jurisdicional coletiva em decorrência dos laços comuns de homogeneidade fática ou jurídica que os unem.³⁹⁸

Ao permitir, então, uma maior participação popular por meio dos instrumentos processuais coletivos (dispostos no texto constitucional) acaba-se fortalecendo ainda mais a idéia de que a Constituição Federal possui um caráter comunitarista, como bem definiu Giselle Cittadino em sua obra, haja vista a abertura que se deve dar aos intérpretes da Constituição para que se delimitem o conteúdo e extensão dos direitos fundamentais expressos no texto maior, como meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, direitos do consumidor etc., e se concretize o Estado Democrático de Direito.

Habermas – principal teórico do pensamento *Crítico-deliberativo* – formula sua teoria discursiva argumentando que o pluralismo nas sociedades contemporâneas representa tanto as concepções individuais acerca da vida digna como a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições, não havendo como dissociar estas duas concepções. É uma teoria, digamos, eclética.

Segundo o próprio Habermas, não há a necessidade de prevalência de uma das duas concepções de justiça acima delineadas, muito pelo contrário! Habermas pretende demonstrar que a autonomia privada (autodeterminação moral) e a autonomia pública (auto-realização ética) pressupõem-se mutuamente. Para ele, as chamadas sociedades pós-convencionais, nas quais as concepções individuais acerca da vida digna, bem como todos os valores que conformam as identidades sociais, devem ser objeto de um intenso debate

³⁹⁷ De acordo com Willis Santiago Guerra Filho, citado por Gregório Assagra: “O processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção etc. – torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 144. nota 288.

³⁹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 147.

público, o qual estabelecerá normas que terão como destinatários os próprios autores desse debate.³⁹⁹ □⁴⁰⁰

No nosso entendimento, a justiça se realizaria quando houvesse uma conjugação em determinado ordenamento de normas que representassem, ao mesmo tempo, a realização pessoal individual e que reafirmasse valores éticos comuns àquela determinada comunidade; estas normas, por sua vez, seriam a resultante daquele debate político travado entre as sociedades detentoras de diversas identidades culturais, religiosas e sociais, as quais trariam à baila suas diferenças e organizariam, a partir delas, os debates que culminariam tanto na elaboração de direitos mínimos necessários à sociedade quanto em meios que assegurassem a adequação do sistema normativo à realidade fática do presente.

Habermas acredita que o pluralismo nas sociedades contemporâneas representa tanto as concepções individuais acerca da vida digna como a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições, não havendo como dissociar essas duas concepções. Pela teoria desenvolvida por Jürgen Habermas, não existe a possibilidade de resguardar um direito fundamental e este impedir, assim, a formulação de um preceito oriundo da soberania popular; para o jurista alemão os cidadãos nem chegam a adquirir estes direitos fundamentais se estes mesmos cidadãos não definirem – através de uma participação popular – “quais são as condições de legitimação do procedimento democrático discursivo por meio do qual eles próprios deverão definir os direitos subjetivos”, ou seja, o conteúdo e alcance destes direitos, “que reciprocamente reconhecerão uns aos outros e o eventual tratamento diferenciado devido a determinados grupos comunitários em função das suas particularidades culturais”.⁴⁰¹

Diante do fato da Constituição ser um sistema de direitos fundamentais, ela teria a função de contextualizá-los. Habermas atribui um sentido deontológico de validade às normas e princípios da constituição, estabelecendo, assim, a concepção de *patriotismo constitucional*, procurando demonstrar como compromissos morais com os direitos fundamentais podem ser vinculados aos compromissos éticos de culturas políticas particulares.

□ luz de sua teoria discursiva, entendemos que, para Habermas, numa sociedade contemporânea, o contato com as diferenças é inevitável.

³⁹⁹ LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça.** Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 201.

⁴⁰⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. Pp. 90-91.

⁴⁰¹ LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça.** Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 201.

Segundo o autor alemão, existem muitos grupos que nutrem entre si muitas diferenças, mas ao mesmo tempo cultivam certas identidades comuns. Neste caso, estas diferenças devem ser levadas ao debate público para que os próprios autores da soberania popular fixem normas condizentes com as diferenças, respeitando-as, e produzindo direitos básicos, mínimos e de entendimento comum acerca da concepção do bem. É a chamada por ele *moralidade pós-convencional*⁴⁰².

(...) Habermas afirma que em face da inexistência de garantias metassociais, os cidadãos devem chegar a um entendimento acerca de como devem regulamentar normativamente as suas relações⁴⁰³.

Corroborando os pensamentos transcritos acima, Roberto Basilone Leite descreve com clareza e notável síntese a essência da teoria habermasiana, quando destaca a não sobreposição das outras teorias uma sobre a outra:

Em face do pluralismo da sociedade contemporânea, o pensamento liberal associa a idéia de “sociedade justa” à garantia de autonomia privada dos cidadãos, enquanto que o comunitarismo vincula a idéia de justiça à proteção da autonomia pública e, portanto, das diversas identidades sociais e culturais. Ocorre que, ao tratar do pluralismo, Habermas conclui que tanto o que ele chama de *subjetividade* das concepções individuais de bem (prioritária para os liberais), quanto a *intra-subjetividade* dos valores culturais que conformam as identidades sociais (prioritárias para os comunitaristas), devem ser ambas submetidas a um amplo debate público que estabelecerá as normas cujos destinatários serão os próprios sujeitos do debate, isto é, os próprios autores das normas.⁴⁰⁴

De acordo com a sua teoria discursiva, Habermas pretende que o direito positivo e o ordenamento jurídico encontrem sua legitimidade por meio de um procedimento legislativo democrático. Tudo isso devido ao fato de que a modernidade é caracterizada por um pluralismo social, de culturas e projetos pessoais de vida que a transformem (a modernidade) em um *mundo desencantado*.

⁴⁰² Sobre essa moralidade pós-convencional, ou sociedade pós-convencional, escreve Roberto Basilone Leite: “Na sociedade democrática pluralista contemporânea – que ele chama de pós-convencional – os indivíduos pertencem a comunidades históricas distintas e não chegam a constituir uma comunidade étnica ou cultural sólida que represente por si só a nação. Nessa sociedade pós-convencional, somente a Constituição, por meio de seu sistema de direitos, pode converter os indivíduos em uma “nação de cidadãos, cuja identidade coletiva não existe antes nem independentemente do processo democrático do qual surge” (Habermas). LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 211.

⁴⁰³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 171.

⁴⁰⁴ LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 201-202.

Lançando mão dessa discussão – que legitima o direito positivo por meio de um consenso –, chega-se exatamente à relação intrínseca que devem manter a soberania popular e os direitos humanos fundamentais.

Com efeito, se a ordem jurídica das sociedades contemporâneas assegura iguais liberdades subjetivas para todos os cidadãos e se o faz através de um procedimento legislativo democrático do qual todos participam, estas mesmas liberdades subjetivas, de acordo com Habermas, estão intimamente conectadas com direitos de cidadania oriundos da plena autonomia política dos indivíduos⁴⁰⁵.

Em outras palavras, isso asseguraria a aplicação da sanção do direito de forma legítima, uma vez que, para o próprio Habermas, a ordem jurídica deve ter sua base fincada na *faticidade* (dimensão coercitiva) e na própria *validade* (legitimidade). Sendo assim, o direito em uma sociedade contemporânea – eivado de coerção – encontra sua legitimidade em um processo democrático político *deliberativo*.⁴⁰⁶

O direito se legitimaria na medida em que os destinatários daquelas normas se reconhecem como seus próprios autores⁴⁰⁷, conforme claramente expõe Cittadino:

A distribuição dos direitos subjetivos só pode ser igualitária se os cidadãos – enquanto legisladores – estabelecem um consenso acerca dos “*critérios conforme os quais o igual vai receber um tratamento igual, enquanto o desigual vai receber um tratamento desigual*” (Destaques da autora)⁴⁰⁸.

Segundo nosso entendimento, quando os direitos humanos fundamentais, segundo Habermas, são assegurados mediante um processo democrático deliberativo, transformam-se em normas legítimas (coercitivas) e não devem ser vistas apenas como valores, como querem os comunitários. Dessa forma, chega-se à consecução e concretização do Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, consideramos que o Direito Processual Coletivo também exerce papel fundamental neste debate público proposto por Habermas. Não se põe em dúvida o

⁴⁰⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 173.

⁴⁰⁶ LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 209.

⁴⁰⁷ “Fica bem nítida, nesse ponto, a relação interna que existe, na teoria discursiva habermasiana, entre direito e democracia: o direito se legitima pela via democrática. E essa relação direito-democracia equivale à relação entre autonomia privada e autonomia cidadã, e entre direitos fundamentais e soberania popular, ambos essenciais – ou cooriginários ou, ainda, eqüiprimordiais –, ambos imprescindíveis para a configuração da sociedade democrática contemporânea e ambos situados no mesmo patamar de validade. A garantia dos direitos humanos é a razão de ser da soberania popular, ao passo que esta é o fator de legitimação daqueles.” (LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 209.)

⁴⁰⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 173.

amplo poder de uma decisão em um processo coletivo influenciar na realização de políticas públicas, por exemplo; este *decisum* pode ter o condão de estabelecer os limites e contornos dos direitos discutidos nesta seara, inclusive por meio do controle difuso de constitucionalidade!⁴⁰⁹ Seguindo essa mesma linha de raciocínio, possibilitar uma maior participação do indivíduo é conceder à sociedade uma maior ênfase à democracia participativa, por meio da qual se extrai a possibilidade maior, inclusive, de controle das políticas públicas, como bem assevera Swarai Cervone de Oliveira:

No plano político, as ações coletivas exercem papel fundamental. É por meio de seu ajuizamento que os corpos intermediários têm a possibilidade de influenciar concretamente as decisões políticas tomadas pelo Poder Público. Caminha-se da democracia meramente representativa à democracia participativa, através da qual as formações sociais exigem do Poder Público posições condizentes à prestação dos interesses públicos primários.⁴¹⁰

E continua Swarai Cervone de Oliveira:

Forma-se uma nova geração de direitos fundamentais, reconhecidos como direitos de terceira geração, direitos de solidariedade. O interesse social há de ser levado em consideração, sempre, na adoção de políticas públicas. Ocorre a descentralização da gestão da coisa pública, na medida em que os corpos intermediários exercitam novo papel, efetivamente participativo.⁴¹¹

Sobre este tema, especificamente se fará um estudo mais rico em detalhes à frente. O importante neste momento é tentar trazer à discussão o importante papel das teorias acerca do fato Pluralismo nas sociedades contemporâneas e sua relação com os objetivos primados pelo Direito Processual Coletivo, levando-se sempre em consideração a intrínseca relação destes pensamentos com o problema da ampliação do rol dos legitimados ativos individuais para mover as ações coletivas. Neste ponto em especial não resta outro caminho senão a discussão da necessidade de ampliação do mencionado rol de legitimados ativos previsto no atual microsistema processual que dá corpo ao Direito Processual Coletivo, uma vez que esta participação individual representa uma notável manifestação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a cidadania.

⁴⁰⁹ “A relevância política da ação coletiva, em razão de sua abrangência e do alargamento de seu objeto, é elevada a ponto de se considerá-la capaz de exercer o controle de constitucionalidade das leis.” OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas: Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

⁴¹⁰ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas: Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35.

⁴¹¹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas: Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35.

A discussão, nesse ínterim, perpassa à questão da soberania popular a qual poderá acontecer na sociedade por meio de instrumentos processuais dotados de potenciais poderes de transformação social.

4.1.1.3. Constitucionalismo Comunitário no Brasil.

De acordo com Giselle Cittadino, a nossa nova ordem constitucional, instaurada em 1988, possui natureza comunitária.

Os representantes do pensamento constitucional brasileiro procuram dar, contra o positivismo, um fundamento de teor ético para o ordenamento jurídico, ao passo que também buscam dar mais efetividade aos direitos insertos no corpo de nossa Constituição. Existe a necessidade de passagem de um constitucionalismo individual-racional para um constitucionalismo comunitário que dá prevalência aos valores da igualdade e da dignidade humanas, como bem informa José Afonso da Silva:

O constituinte fez uma opção muito clara por uma Constituição abrangente. Rejeitou a chamada constituição sintética, que é *constituição-negativa*, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de *constituição-garantia* (ou constituição-quadro) A *função garantia* não só foi preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limite. Assumiu ela a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social democrática, imperfeita, reconhece-se (...) Abre-se, porém, para transformações futuras, tanto seja cumprida. E aí está o drama de toda constituição dinâmica: *ser cumprida*⁴¹² (Destques do autor).

A preocupação dos representantes deste constitucionalismo comunitário se resume em contrapor o entendimento de que a Constituição tem por função a defesa dos indivíduos contra o poder de ingerência do Estado, que é feito por meio de um sistema cerrado de garantias privadas. Essa concepção, hodiernamente, torna-se insustentável, uma vez que os direitos fundamentais possuem nitidamente o objetivo de inserir o cidadão no debate e processo político comunitário, ampliando, dessa forma, o chamado *espaço público*. “Ao sistema fechado de garantias da autonomia privada, eles opõem a idéia de *constituição aberta* que enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade”.⁴¹³ No sistema fechado liberal, “o bem comum é o resultado de um processo de combinar preferências”, quando estas,

⁴¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 06.

⁴¹³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 16.

então, encontram-se em sintonia com os princípios magnos de justiça.⁴¹⁴ Ou seja, para os Liberais, o Estado apresenta-se *neutro* em razão de estarem as concepções individuais acerca de uma boa vida num mesmo patamar valorativo, não podendo aquele ente político abdicar e selecionar apenas uns tantos projetos individuais, como assevera Will Kymlicka:

Como vimos, esta insistência antiperfeccionista na neutralidade do Estado reflete a crença de que o interesse das pessoas de ter uma boa vida não é promovido quando a sociedade discrimina os projetos que elas acreditam ser mais valiosos para si. Portanto, o bem comum em uma sociedade liberal é ajustado para se encaixar no padrão de preferências e concepções de bem sustentados pelos indivíduos. Em uma sociedade comunitária, porém, o bem comum é concebido como uma concepção substantiva de boa vida que define “o modo de vida” da comunidade. Este bem comum, em vez de ajustar-se ao padrão das preferências das pessoas, provê um padrão pelo qual estas preferências são avaliadas. O modo de vida da comunidade forma a base para uma hierarquização pública de concepções do bem e o peso dado às preferências de um indivíduo depende do quanto ele se conforma com o bem comum ou em que medida contribui para este. A busca pública dos objetivos compartilhados que definem o modo de vida da comunidade não é, portanto, limitada pela exigência da neutralidade. Ela tem precedência sobre o direito dos indivíduos aos recursos e liberdades necessários para que busquem suas próprias concepções o bem.⁴¹⁵

Com efeito, o constitucionalismo comunitário é marcado pela idéia de um Texto Maior preocupado não em limitar a ingerência estatal nos projetos pessoais de realização do bem, mas, conforme as palavras de Roberto Basilone Leite, “como instrumento de garantia da soberania popular (...) e não como um processo imparcial de garantia de direitos e liberdades”.⁴¹⁶ O próprio Basilone Leite dá exemplo da característica aberta que deve permear a Constituição comunitária na busca de definir os contornos e conteúdos dos direitos fundamentais a fim destes se adequarem às práticas de uma determinada sociedade:

Assim, por exemplo, quando a Constituição assegura a liberdade de expressão e a liberdade de ir e vir, ela está definindo não simplesmente um *direito individual*, mas o *projeto comunitário* de uma sociedade na qual os cidadãos devem poder afirmar livremente suas opiniões e transitar livremente pelas ruas.⁴¹⁷

Esse modelo de constituição dirigida bate de frente com nossa cultura jurídica privatista. O nosso pensamento jurídico é marcado pelo positivismo privatista, porém, os representantes do constitucionalismo brasileiro buscam um fundamento ético para a ordem jurídica e para a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição Federal. O

⁴¹⁴ KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264.

⁴¹⁵ KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pp. 264-265.

⁴¹⁶ LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 206.

⁴¹⁷ LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 206.

Comunitarismo, nesta linha de pensamento, prioriza os valores de igualdade e da dignidade humana; para o Comunitarismo, a Constituição Federal representa um conjunto de valores cujo objetivo fundamental do Texto Maior é a realização e concretização desses valores, compartilhados por determinada comunidade.⁴¹⁸

Existe uma simbiose, um elo estreito, entre os valores compartilhados numa sociedade pluralista e a ordem jurídica fundamental representada pela Constituição Federal. As normas prevendo os direitos fundamentais, inserta no Texto Maior, seriam um espelho para aqueles valores compartilhados. Os direitos fundamentais não podem ser encarados pelo prisma subjetivo, ou seja, apenas como meros limitadores do poder estatal, o qual poderia tolher as liberdades individuais, segundo o pensamento liberal; antes são direitos que possuem uma “dimensão objetiva em função da integração dos indivíduos no processo político comunitário”, ampliando-se o chamado espaço público.⁴¹⁹ Acerca do conteúdo da expressão Direitos Fundamentais, escreve Cittadino: “A expressão direitos fundamentais do homem não significa, portanto, esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação do Estado, mas restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.”⁴²⁰ Por sua vez, José Afonso da Silva afirma que os Direitos Fundamentais são “direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular”.⁴²¹ E continua o constitucionalista sobre a intrínseca relação dos Direitos Fundamentais com a soberania popular: “Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momento histórico.”⁴²²

Levando em conta o ideal comunitário, o valor da dignidade humana perpassa pela abertura constitucional. Contrariamente aos liberais, a dignidade humana não se perfaz por meio de um “dogmatismo jusnaturalista”, ou seja, por uma concepção universal de dignidade humana trazida como um valor supremo e sem a participação da comunidade na definição do seu conteúdo, mas a dignidade humana não se preenche através de um conceito abstrato

⁴¹⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. Pp. 14-16.

⁴¹⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 16.

⁴²⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 17.

⁴²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 184.

⁴²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. Pp. 182-183.

(jusnaturalista) como propõem os liberais; antes reclama uma participação política da comunidade no processo interpretativo deste valor que vem a ser a dignidade humana.⁴²³

Gisele Cittadino sintetiza bem a importância desta mencionada participação política:

É, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa. Em outras palavras, a *abertura constitucional* permite que cidadãos, partidos políticos, associações etc. integrem o círculo de intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a constituição.

Ressalte-se que quando o constitucionalismo “comunitário” se refere à concretização da constituição, através da ampliação do círculo de seus intérpretes, busca, especialmente, garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados. E não poderia ser diferente. Se, como vimos, a dignidade humana, aqui traduzida por autonomia ética de indivíduos históricos, integra os princípios constitucionais da nossa Constituição e se estes funcionam como critério de interpretação e integração de todo o ordenamento supremo, resulta daí que a concretização dos direitos fundamentais é certamente uma das valorações políticas fundamentais acolhidas pelo legislador constituinte.⁴²⁴

É de se notar que, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal – os quais reclamam ações afirmativas para sua efetivação –, se apresentam por meio de conceitos vagos e indefinidos justamente para possibilitar aos intérpretes da Constituição Federal preencher este conteúdo, exigindo do Estado esta tarefa:

Ocorre, entretanto, que diferentemente das regras de direito privado, por exemplo, as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais revelam programas de ação ou afirmações de princípios e não possuem uma regulamentação perfeita e completa, sendo quase sempre pouco descritivas, vagas e esquemáticas. Concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente. Neste sentido, é exatamente porque não se prescreve o regime de aplicabilidade imediata da maioria das normas relativas aos direitos fundamentais que se espera a decisão política da comunidade histórica no sentido de efetivamente participar do grupo de intérpretes da constituição. E não há outra forma de viabilizar esta participação jurídico-política senão através da criação, pelo ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da constituição, possa vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.⁴²⁵

Resta evidente que, quanto mais infensa à participação popular, mais aberta estará a Constituição, a qual, por meio de instrumentos processuais nela dispostos possibilitará a ação positiva (e não negativa) do Estado na consecução, extensão e limites dos direitos

⁴²³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. Pp. 18-19.

⁴²⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 19.

⁴²⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. Pp. 19-20.

fundamentais expressos em seu texto.⁴²⁶□⁴²⁷ Esta abertura, possibilitará, também, a adoção de critérios de razoabilidade na apreciação do caso concreto, de acordo com as lições de Walber Agra:

A interpretação deve ser um processo aberto, em que haja a possibilidade da participação do maior número possível de componentes, democratizando o acesso às discussões para que a alternativa alicerçada no maior parâmetro de razoabilidade possa ser a escolhida para nortear o caso posto à apreciação.⁴²⁸

Neste diapasão, a ampliação do rol dos legitimados ativos individuais para o manejo das ações coletivas pode representar uma poderosa arma para a concretização dos ideais comunitários previstos na Constituição Federal.

A concepção de Estado juiz também se mostra, neste ponto, como característica do Estado comunitarista.⁴²⁹ Sendo assim, na nossa forma de interpretar, ampliar as possibilidades de provocar o Judiciário no intuito de definição dos conteúdos valorativos escondidos nos direitos fundamentais (por meio do controle difuso de constitucionalidade, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação civil pública e ação popular, fundamentadas em obrigações de fazer e não fazer) significa alargar o espaço público de debate àquelas questões axiológicas. O Judiciário poderia ser visto e classificado, tranquilamente, como espaço público idôneo para os debates travados em busca da eficácia normativa do texto maior. Outrossim, não percamos de vista a potencialidade de fomento à cidadania e cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, porventura advindos desta indigitada ampliação.

⁴²⁶ Nas palavras de Gisele Cittadino: “É precisamente contra este ‘não fazer’ que o constitucionalismo ‘comunitário’ erige determinados instrumentos processuais que possam dar efetividade às normas constitucionais asseguradoras de direitos, especialmente dos direitos sociais, ainda não regulamentadas de forma eficaz. O dever de ação por parte do Estado, portanto, se associa, neste momento, à necessidade de por fim à omissão. Ou, de outra forma, controlar as omissões do poder público, seja do Legislativo, seja do Executivo, é a maneira pela qual se garante o dever de prestação.” (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 21).

⁴²⁷ Rafael Caiado Amaral tece um interessante comentário sobre a abertura constitucional para possibilitar a adequação do seu texto às dinâmicas sociais: “As Constituições são feitas para perdurarem indefinidamente no tempo. Para tanto, são construídas, em sua totalidade, por termos imperfeitos, incompletos que comportem a dinâmica social. Assim, o sistema constitucional não é caracterizado por ser cerrado ou auto-suficiente, mas ao contrário, aberto ao mundo da vida, dinâmico, sujeito a evoluções que o permita acompanhar as mudanças nos projetos e valores vigentes na sociedade (...) Percebe-se, pela tese acima exposta, que o trabalho hermenêutico constitucional pode e deve ser realizado tanto pelos órgãos estatais formalmente legitimados, quanto por todos aqueles que realmente fazem o meio no qual o texto constitucional está imerso. Isso é um reflexo da sociedade aberta e plural das últimas décadas. Daí, ser inadmissível no momento atual um elenco cerrado de intérpretes da Constituição.” (AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional: alcance doutrinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. Pp.119 e 123.)

⁴²⁸ AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 290.

⁴²⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 22.

Portanto, essa *abertura* constitucional é o que permite que outros intérpretes da Constituição promovam a efetiva concretização dos direitos fundamentais, democratizando, assim, esse processo. Acerca desta abertura, insta trazeremos à colação os ensinamentos de Giselle Cittadino, os quais transcrevemos abaixo *ipsis litteris*:

E não há outra forma de viabilizar esta participação jurídico-política senão através da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da constituição, possa vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais⁴³⁰.

Nunca é demais lembrar aqui que, após observar as lições acima e reforçando tudo o que já foi escrito até o presente momento, que os direitos fundamentais (em especial os direitos sociais) insculpidos na Constituição reclamam atuação do legislador ordinário para que se lhes garanta eficácia. Muitas vezes o próprio Judiciário atua como instrumento de efetivação desses direitos, atribuição esta que se abre justamente por conta da falta de eficácia destes direitos, oportunizando a participação política daqueles vários intérpretes da Constituição. Nesse diapasão, conforme já expusemos alhures, a ampliação do número de pessoas aptas a manejar as Ações Coletivas pode representar um elemento facilitador desta efetivação pelas razões também já expostas em linhas atrás, e que serão debatidas com mais afínco nos escritos vindouros.

4.1.1.4. Direito Processual Coletivo como Instrumento da Soberania Popular.

A soberania popular é primado dos Comunitaristas. Tendo a nossa Constituição – e pela via obliqua nosso ordenamento jurídico como um todo – o caráter comunitário, os contornos, limites e conteúdos dos direitos fundamentais nela expressos, bem como o controle de políticas públicas perpassa logicamente da soberania popular.⁴³¹

⁴³⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. Pp. 19-20.

⁴³¹ “No momento em que entram em conflito a autonomia privada e a autonomia pública, surge a primeira divergência entre liberais e comunitaristas: os liberais afirmam a primazia da autonomia privada, ao passo que os comunitaristas dão prioridade à soberania popular. Os liberais dão prioridade às concepções individuais de bem, que só devem sofrer as limitações determinadas por um *princípio de justiça como equidade* destinado a dar a cada indivíduo os meios mínimos (*basic*) que lhe permitam realizar seus objetivos essenciais de vida digna. O comunitarismo, diferentemente, é uma espécie de neo-aristotelismo que concebe o indivíduo essencialmente como um *ser político por natureza*, cujos projetos de vida são modelados de acordo com os ideais da comunidade da qual faz parte. Por isso se costuma associar a doutrina comunitarista às ‘liberdades dos antigos’, que correspondem às liberdades de participação nas decisões políticas.” (LEITE, Roberto Basilone. **Justiça e Democracia Entre o Universalismo e o Comunitarismo: A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria de Justiça**. Cecília Caballero Lois (org.). São Paulo: Landy Editora, 2005. Pp. 198-199).

Pelo que se depreende da análise da obra de Marcelo Neves, o conceito de soberania popular aproxima a idéia de pluralismo à teoria habermasiana quando o autor assim a conceitua:

Não se trata, porém, da soberania do povo no sentido de Rousseau: uma vontade geral que se manifesta homogênea e unitariamente. De acordo com essa compreensão clássica, o povo é o sujeito da soberania, que se refere substantivamente à vontade do povo como unidade. Contra esse modelo, Habermas, sensível à heterogeneidade de valores e interesses que caracterizam a sociedade moderna, propôs a dessubstancialização do conceito de soberania, reconstruindo-o em uma perspectiva procedimental. (...) O povo não é concebido como sujeito que, com vontade e consciência, é portador do poder soberano. Ela afirma-se pluralisticamente nos processos de formação da vontade estatal, enquanto estes permitem o fluxo das diversas opiniões, valores e interesses. (...) Nessa orientação, as formas procedimentais através das quais flui a soberania (“dispersa”) do povo levam supostamente ao consenso racional. Ou seja, à soberania do povo importa que o procedimento democrático constitua condição formal-pragmática do resultado racional e, portanto, consensual, no sentido de ser capaz de generalização. (...) Esta se afirma, em uma sociedade supercomplexa, na medida em que os procedimentos do Estado Democrático de Direito estão discursivamente abertos aos diversos valores e interesses que circulam na esfera pública, assim como às exigências dos subsistemas autônomos da sociedade, sem privilegiar ou excluir qualquer um deles ou delas⁴³².

Entendemos que esses valores são os construídos com base nas normas e princípios constitucionais cujo conteúdo foi definido através de um processo dialógico dos vários intérpretes da constituição, atuando como autores das próprias normas, as quais serão destinadas a eles próprios, como pretende Habermas com sua teoria. Esses valores, por sua vez, podem ser concretizados pelo povo por meio dos instrumentos processuais de que dispõe a constituição e o ordenamento infraconstitucional para a concretização e definição dos conteúdos dos direitos fundamentais constitucionais. Quando Marcelo Neves afirma que a soberania se afirma pluralisticamente nos processos de formação estatal, cremos estar imbuído nesta perspectiva procedimental idealizada por Habermas o Direito Processual Coletivo, o qual por meio de uma única decisão é capaz de interferir na vida de inúmeros sujeitos indeterminados; da mesma forma, numa decisão em um processo coletivo, poder-se-á declarar pela via difusa a inconstitucionalidade de determinado dispositivo, permitindo, assim, uma ampla discussão dos limites e extensão daquele(s) direito(s) posto(s) em Juízo. Neste último ponto, como bem afirma Marcelo Neves acima, a soberania vai se afirmando numa sociedade supercomplexa na medida em que tais procedimentos democráticos estarão abertos aos diversos valores e interesses que decorrem da esfera pública. Mais uma vez, portanto, a questão deságua na possibilidade de alargamento do rol dos legitimados ativos individuais no

⁴³² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pp. 162-164.

Direito Processual Coletivo; seria este alargamento um fator de fomento ao procedimento proposto por Habermas para permitir o fluxo das diversas opiniões, valores e interesses numa sociedade? Nossa resposta, até o presente momento, é positiva.

Na nossa concepção, esses valores são, *v.g.*, a promoção de uma sociedade justa e solidária, a qual pode ser concretizada, conforme já afirmamos alhures, pelo manejo de instrumentos processuais suficientes e adequados por meio do povo. Valores como: a defesa do consumidor, patrimônio público e meio ambiente seriam aqueles que “circulam na esfera pública” na medida em que se inserem nos procedimentos do Estado Democrático de Direito, em uma sociedade supercomplexa, afirmando, dessa maneira, a soberania popular.

O que se depreende por soberania popular, ao se analisar a obra de Neves, é que ela se apresenta como:

(...) inserção contínua dos mais diversos valores, interesses e exigências presentes na esfera pública pluralista nos procedimentos do Estado Democrático de Direito. Fluindo do dissenso conteudístico que caracteriza estruturalmente o mundo da vida e, pois, a esfera pública, a soberania do povo é fator de reciclagem permanente do Estado em face das novas situações e possibilidades, assim como condição básica e indispensável de sua heterolegitimação em uma sociedade sistematicamente hipercomplexa.⁴³³

Com efeito, cumpre reforçarmos aqui a idéia de que o conceito de soberania popular não é aquele definido por Rousseau, conforme já exposto em citação nas linhas anteriores, dispensando, assim, maiores comentários para não tornar o texto repetitivo. Habermas, por sua vez, propôs uma dessubstancialização do conceito de soberania, reconstruindo-o em uma perspectiva procedimental, haja vista a heterogeneidade de valores e interesses que caracterizam a sociedade moderna. A soberania aqui, repita-se, não é substantivamente a vontade do povo como uma unidade, com concepções de valores uniformes.⁴³⁴ Aqui o autor apresenta a soberania popular como instrumento de legitimação do Estado numa sociedade complexa como a hodierna; nesse ínterim, volta-se mais uma vez à questão da necessidade de se ampliar o rol dos legitimados individuais no processo coletivo, principalmente nos países periféricos, os quais carecem de uma nova visão acerca do real conceito de soberania popular. Esta soberania não deve se limitar à participação popular por meio do voto direto, nem também da iniciativa legislativa popular; ela vai mais além.⁴³⁵ Neste

⁴³³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 165.

⁴³⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pp.162-163.

⁴³⁵ Walber Agra descreve esta nova forma de compreensão da soberania em sua obra: “O conceito pós-moderno de soberania popular é decorrência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, com a concepção de participação ativa dos cidadãos nas decisões políticas, mediante institutos como o orçamento participativo, *recall*, assembléias populares, plebiscitos etc. Ela não se resume ao voto, sendo este apenas um dos resultados da

modelo de sociedade (periférica) a participação do povo por meio de outros mecanismos se faz necessária para que os valores consubstanciados nos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, não fiquem à mercê de contingências mercadológicas características de um mundo globalizado.

Nesse sentido, é imperioso trazermos à baila os ensinamentos de Paulo Bonavides, para o qual o neoliberalismo, por suas idéias, interesses dos seus asseclas e das nações centrais rechaça a participação popular, ou pelo menos maquia uma pseudo-soberania com baixa participação popular, capaz de legitimar este modelo de dominação. Os teóricos do neoliberalismo, segundo Bonavides, buscam legitimar uma globalização injusta imposta ao terceiro mundo. Esse movimento neutraliza o real conceito de povo e sua função num Estado que se proclama democrático; o ponto fulcral desta discussão é saber quem é o povo?⁴³⁶

Tais teorias neoliberais visam, como o próprio Bonavides afirma, dissimular seu poder em vestes constitucionais, cujas conseqüências nefastas são vislumbradas nas privatizações, desnacionalizações etc. Para tal, sabotam e bloqueiam a democracia participativa nos termos clássicos.⁴³⁷

A democracia representativa transcende a noção obscura de povo nos atuais sistemas representativos. A participação popular redefine a clássica separação de poderes de Montesquieu, sem a necessidade de se quebrar com o modelo proposto pelo próprio; contrariamente, propõe uma nova formulação desta teoria de forma mais evidente e positiva, onde o povo despido de uma soberania disfarçada exerce efetivamente o seu papel soberano na participação política. Esta nova formatação da clássica separação de poderes é abordada por Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o qual faz um paralelo desta mudança com o surgimento dos direitos coletivos em sentido amplo; segundo ele, as omissões do Estado à administração para a concretização destes direitos – jogando essa responsabilidade ao Judiciário –, é fator que causa uma fissura na separação e independência dos poderes, a qual pode ser minimizada preservando-se os ideais democráticos:

O Estado está realmente envelhecido, a operação plástica que o neoliberalismo deseja fazer-lhe não poderá curar sua alma. O seu dogma mais sedimentado, a harmônica e

maior atuação popular nos negócios políticos da sociedade. Por sua vez, necessita de vários requisitos para sua concretização, com condições mínimas de bem-estar social, saúde, educação, cultura, democratização dos meios de comunicação etc.” (AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 157.)

⁴³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. Pp. 25-26.

⁴³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 27.

independente divisão dos poderes se vê, com a chegada destes novos direitos, em fissura latente. O direito brasileiro reconhece a existência de lacunas no sistema (o que de per si é um rompimento de dogma) e busca colmatá-las com a criação do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, tentando timidamente entregar ao Judiciário o papel de legislador, ou pelo menos de suprir a lacuna não legislada. A solução é tímida, mas a fissura está posta. A intocável divisão entre os poderes começa a ruir, é necessário, porém, cuidado: neste campo qualquer passo em falso pode levar à tirania, pondo a democracia em perigo e, se ela é posta em perigo, a transformação do Direito para garantir eficácia aos direitos coletivos é posta em risco.

Sem democracia os direitos coletivos, comunitários, se confundem com as razões do Estado ou da empresa e parecem ou persistem em forma de simulacro ou rebeldia. Portanto, não é qualquer reforma que interessa, mas somente aquela, que, preservando o conteúdo da cidadania, dos direitos humanos, acresce ao indivíduo os direitos coletivos, fazendo-o, de fato e de direito, um cidadão porque membro de uma comunidade e não apenas um consumidor, participe de um negócio.⁴³⁸

Esta soberania, agora, tem sua natureza emergida da participação popular que a legitima. Com isso, assegura-se a unidade da Constituição, a qual, pelo seu prisma material, representa a concretização dos valores nela insertos.⁴³⁹

Estes valores, segundo o próprio Paulo Bonavides:

(...) amparam a legitimidade do ordenamento constitucional cujo fim não é, apenas, aquela segurança, de todo formal, senão também a justiça substantiva, a justiça material, a justiça que se distribui na sociedade, a justiça em sua dimensão igualitária; portanto, a justiça incorporadora de todas as gerações de direitos fundamentais; da primeira à segunda, da segunda à terceira e desta, à quarta, passando pelos direitos civis e políticos, pelos direitos sociais, pelo direito dos povos ao desenvolvimento, até alcançar, com a democracia participativa, onde têm sede os direitos de quarta geração – sobretudo o direito à democracia – um paradigma de juridicidade compendiado na dignidade da pessoa humana.⁴⁴⁰

Fica evidente que a efetiva participação popular é capaz de dar conteúdo legítimo aos direitos fundamentais dispostos na Constituição.⁴⁴¹ Relembrando as lições de Habermas, o

⁴³⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Os Direitos Invisíveis*. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (org). **Os Sentidos da Democracia: Políticas do dissenso e hegemonia global**. 2.^a ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 2000. Pp. 331-332.

⁴³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 27..

⁴⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 28.

⁴⁴¹ A participação popular não pode ficar hibernando à espera da tomada de consciência da população deste importante papel; cremos que ela virá à tona com a implementação de instrumentos capazes de solidificá-la no meio social. Esperar que o estado social se efetive antes para só após surgir elementos de participação – principalmente em vista das nefastas conseqüências do neoliberalismo latente –, é tarefa inócua. Este, aliás, é também o entendimento de José Luiz Quadros de Magalhães: “Mais do que nunca, é fundamental que encontremos soluções efetivas de implementação de uma democracia participativa fundada na cidadania e, para que isso ocorra no Brasil, não podemos aguardar a construção de um estado social avançado, que crie as bases da participação consciente da população, uma vez que, com a globalização neoliberal, não só o estado social, mas o estado nacional está em crise. (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Poder Local no Brasil: A Alternativa da Democracia Participativa*. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte/MG, v. 6. – n.º 11 e 12 – 1.º Semestre 2003. p. 82.)

próprio povo neste modelo de participação se reconhece como o próprio autor e destinatário ao mesmo tempo da norma. Seguindo o mesmo argumento, possibilitar a discussão popular acerca da extensão e limites dos direitos que cada indivíduo possui, por meio do Direito Processual Coletivo, é assegurar, como o próprio autor mencionou, a justiça que se distribui na sociedade, em sua dimensão de igualdade, possibilitando um amplo debate a todos os destinatários da norma.

Nesse diapasão, Paulo Bonavides relata que o neoliberalismo teve como uma de suas conseqüências mais graves o entrincheiramento dos direitos de participação popular às pífiás e insuficientes técnicas de participação na democracia direta:

O mais escandaloso confisco de nossa história constitucional por uma elite legislativa depravada foi aquele que, durante cerca de dez anos, manteve o povo, por omissão, preso à menoridade de seus direitos políticos de participação direta na formação da vontade governativa, e que ainda prossegue de maneira disfarçada, com a pífia e parca disciplina do exercício constitucional das técnicas participativas da democracia direta.⁴⁴²

Diante da realidade política internacional, a qual converge para a prática de políticas neoliberais onde a sua essência é a configuração do Estado anti-social⁴⁴³, de cunho

⁴⁴² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 41.

⁴⁴³ J. L. Quadros de Magalhães explica os porquês do Estado neoliberal ser tão nocivo à democracia participativa: “Nesse momento, como suporte teórico do desmonte do estado social, cresceu a crítica simplificadora e reducionista, importada dos Estados Unidos e de alguns autores europeus, proveniente do novo pensamento neoliberal e neoconservador, e ratificada por parte da nova esquerda (como o novo trabalhismo de Tony Blair). Essa crítica ao estado social que vem dar suporte ao seu desmonte aponta o caráter assistencialista como gerador de um exército de clientes que se ampara no estado, não mais produzindo, não mais criando; enfim, o estado social de caráter autoritário, por retirar espaços de escolha individual, é gerador de não cidadãos, aos incentivar as pessoas a viverem às custas do estado. Essa crítica extremamente simplificadora e parcial que toma uma parte de um problema pontualmente localizado no tempo e no espaço como sendo regra para explicar a crise do estado social, ganhou força inclusive à esquerda, o que muito contribuiu para a desconstrução do estado de bem-estar social em diversas partes do globo. O estado não deve sustentar os que não querem trabalhar, pois essa postura do estado incentiva a expansão dos não cidadãos e sobrecarrega os que trabalham e o setor produtivo com uma alta carga tributária. O pobre deve trabalhar para ter acesso ao que necessita e, como não há trabalho para todos (nem mesmo o trabalho indesejável e mal pago destinado a esses excluídos) aumenta a população carcerária. O estado social assistencialista é substituído pelo estado penal da era neoliberal. O criticado cliente do assistencialismo da segurança social foi transformado em cliente do sistema penal da segurança policial.

Nesse novo paradigma a pobreza não decorre das barreiras sociais e econômicas, mas sim do comportamento do pobre. O Estado não deve atrair as pessoas a uma conduta desejável através de reconhecimento, mas deve punir os que não agem como o desejado. O não-trabalho passa a ser um ato político que exige o recurso à autoridade. O estado social passa a ser visto como permissivo, pois não exige uma obrigação de comportamento aos seus beneficiários. A direita conservadora mais reacionária e autoproclamada vanguarda da nova esquerda dão eco a vozes como a de Charles Murray, que afirma que as uniões ilegítimas e as famílias monoparentais seriam a causa da pobreza e do crime e, por sua vez, o estado social com sua política permissiva incentivava essas práticas. Além disso, a classe média se revoltava cada vez mais contra a obrigação de pagar tributos para sustentar essas práticas. Essa absurda tese sem nenhuma base científica defendia cortes radicais nos orçamentos sociais e a retomada, por parte da polícia, dos bairros antes operários, hoje ocupados pelos clientes preferenciais do sistema social que tem de deixar de existir.

burguês e limitado à proteção dos direitos de primeira geração, relega-se os direitos de quarta geração. Na economia e na política, a adoção dos ideais da globalização vai significar a sujeição por inteiro dos povos às hegemônias supranacionais daqueles países que estão no centro da aliança hegemônica, os quais confederam-se para buscar unicamente seus interesses mascarados pela *pax* americana do consenso de Washington⁴⁴⁴, às custas, claro, do terceiro mundo.^{445 446}

O combate a esta recolonização passa, indubitavelmente, pelo revigoramento da participação democrática popular, a qual afigura-se como “direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la (...) àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos.”⁴⁴⁷

Essa participação popular coloca o cidadão no epicentro do seu conceito, onde o povo, a nação e a soberania se materializam nele. Essa concepção deverá romper com o

O resultado dessas políticas (tanto da direita conservadora como da nova esquerda) é conhecido nosso no século XXI: mais exclusão, mais concentração econômica, mais violência, mais controle social, mais desemprego, menos estado de bem-estar e mais estado policial. O mais grave é o fato de que, ainda hoje, vezes que se dizem democráticas e a esquerda, continuam sustentando o mesmo discurso contra o estado social, defendendo uma sonhada e desejável democracia dialógica construída pela sociedade civil livre, sem perceber que os novos excluídos socioeconômicos estão excluídos do diálogo democrático, passando a fazer parte da crescente massa de clientes do sistema penal em expansão.” (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Poder Local no Brasil: A Alternativa da Democracia Participativa*. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte/MG, v. 6. – n.º 11 e 12 – 1.º Semestre 2003. Pp.90-91).

⁴⁴⁴ Boaventura de Souza Santos descreve o que exatamente foi o *Consenso de Washington*: “O consenso de Washington diz respeito à organização da economia global, incluindo a produção, os mercados de produtos e serviços, os mercados financeiros, e assenta na liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, minimalismo estatal, controle da inflação, primazia das exportações, cortes nas despesas sociais, redução do déficit público, concentração do poder mercantil nas grandes empresas multinacionais e do poder financeiro nas grandes transnacionais. As grandes inovações institucionais do consenso econômico neoliberal são as novas restrições à regulamentação estatal, os novos direitos internacionais de propriedade para investidores estrangeiros e criadores intelectuais e a subordinação dos Estados nacionais a agências multilaterais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e Organização Mundial do Comércio.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a Democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (org). **Os Sentidos da Democracia: Políticas do dissenso e hegemonia global**. 2.ª ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 2000. Pp. 125-126.)

⁴⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. Pp. 30-44.

⁴⁴⁶ Explicita Bonavides: “Por consequência – tornamos a reiterar – a bandeira da democracia social e participativa é apresentada pelos globalizadores como arcaísmo político, que ainda faz arder a imaginação dos países de terceiro mundo. Todavia, é a doutrina do neoliberalismo que figura como a lâmina mais corrosiva e cortante que já se empregou para decepar a liberdade, a economia e as finanças dos povos da periferia.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 30.)

⁴⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 33.

regime representativo arcaico e promover um novo modelo de democracia direta.⁴⁴⁸ É por conta dessa mudança de paradigmas que o constitucionalismo representativo vem propondo novas bases de hermenêutica constitucional, dentre elas destaca-se a abertura da Constituição:

No segundo momento a revolução contemporânea dos direitos fundamentais elevados à categoria de princípios, e grandemente desprovidos já de seu teor meramente subjetivista, peculiar à versão liberal de poder e direito, fez despontar a definitiva supremacia normativa da Constituição sobre a lei. Formulou-se então o *princípio de constitucionalidade*, e introduziu-se a idade nova dos valores e princípios, que determinam a nova base de normatividade dos ordenamentos jurídicos e, ao mesmo passo, o advento da Constituição aberta. (Destques do autor)⁴⁴⁹

É, portanto, a noção de Constituição aberta aos intérpretes populares um dos pilares desta nova hermenêutica constitucional, a qual visa dar uma concretização aos direitos fundamentais. Segundo o próprio Bonavides, aí reside “o espírito da nova legitimidade: o abraço com a Constituição aberta, onde, sem cidadania⁴⁵⁰ não se governa e sem povo não se alcança soberania legítima.”⁴⁵¹ Complementando os ensinamentos acima, redige Paulo Bonavides: “A nova legitimidade assenta, pois, a democracia participativa em instrumentos ou órgãos de concretização como a Nova Hermenêutica Constitucionais, indubitavelmente sua mais sólida coluna de sustentação e efetivação.”⁴⁵²

Nesse contexto, acreditamos que alargamento do rol dos legitimados individuais para mover as ações coletivas representaria mais um fator de propulsão à esta nova forma de participação popular⁴⁵³. No nosso sentir, a “nova hermenêutica” proposta por Bonavides

⁴⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. Pp. 34/35.

⁴⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35.

⁴⁵⁰ Sobre a idéia de cidadania como instrumento da soberania legítima escreve J. L. Quadros de Magalhães: “Muitas outras questões podemos formular a respeito do conflito em torno da palavra democracia. Muitos foram os sentidos do seu conceito, mas a democracia em que acreditamos, neste momento de transformação da sociedade, é a democracia que se constrói do diálogo livre, no livre pensar no seio de uma sociedade onde a construção de espaços de comunicação sejam possíveis, o que depende da construção da cidadania como idéia de dignidade, libertação da miséria e respeito humano. Não há efetiva liberdade sem meios para exercê-la, e esses meios são os direitos que libertam o ser humano da miséria e da ignorância.” (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Poder Local no Brasil: A Alternativa da Democracia Participativa*. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte/MG, v. 6. – n.º 11 e 12 – 1.º Semestre 2003. p. 82.)

⁴⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36.

⁴⁵² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36.

⁴⁵³ “Estes novos direitos, coletivos, comunitários, sociais ou difusos florescem com o avanço do Estado do Bem-Estar Social, mas frutificam apenas quando se vive a democracia. A democracia é um pressuposto porque é pressuposto destes direitos a possibilidade de serem exercidos ainda contra a vontade do Estado, não para substituí-lo, mas para compeli-lo a agir nas omissões e corrigir suas ações nefastas.

também perpassa de um novo modo de encarar o papel do indivíduo no processo coletivo, dada a sua potencialidade de transformação da realidade social, já bastante referida ao longo deste trabalho. Neste sentido, estão as lições do mencionado constitucionalista:

A construção teórica da democracia participativa no âmbito jurídico-constitucional demanda o concurso de elementos tópicos, axiológicos, concretistas, estruturantes, indutivos e jusdistributivistas, os quais confluem todos para inserir num círculo pragmático-racionalista o princípio da unidade material da Constituição, o qual impetra, de necessidade, para sua prevalência e supremacia, uma hermenêutica da Constituição ou *Nova Hermenêutica Constitucional*, conforme tantas vezes, em inumeráveis espaços textuais, neste e noutros escritos, já referimos, debaixo dessa denominação, tendo por desígnio metodológico e nomenclatural distingui-la da hermenêutica antiga e clássica.⁴⁵⁴ (Destques do autor)

Percebe-se que, pelo concurso daqueles elementos acima referidos pode-se encaixar a ampliação do rol dos legitimados ativos individuais para mover Ações Coletivas. Ademais, o próprio Bonavides faz questão de afirmar que a nova legitimidade “assenta a democracia participativa em instrumentos ou órgãos de concretização como a *Nova Hermenêutica Constitucional*”.⁴⁵⁵ O que é o processo senão um instrumento para a consecução da paz social e concretização dos direitos? Sem dúvida alguma, permitir uma maior participação popular é fomentar a cidadania e por via de consequência cumprir com os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil (Arts. 1.º e 3.º, CF).

4.1.2. PARTICIPAÇÃO COMO SUPERDIREITO À CONSECUÇÃO DE UMA SOCIEDADE ABERTA.

Cabe aqui fazermos referência ao que seja uma sociedade aberta a interpretações das normas da Constituição. Mas antes de qualquer consideração a ser feita, insta trazermos à colação o real sentido da expressão *sociedade aberta*, o qual encontraremos nas lições de Rafael Caiado Amaral. Para o autor, a expressão em comento possui o seguinte significado:

Aberta no sentido de ser construída por várias experiências, que se modificam e se enriquecem com o tempo, sendo, portanto, dinâmicas. Essa dinamicidade é projetada pelo dissenso integrante dessa própria sociedade, ou seja, por meio do aparente

Diferente dos direitos tradicionais, estes direitos não dependem apenas de proteção do Estado contra violações, precisam o exercício efetivo da Administração Pública no sentido de promovê-los.” (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Os Direitos Invisíveis*. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (org). **Os Sentidos da Democracia: Políticas do dissenso e hegemonia global**. 2.ª ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 2000. p. 332.)

⁴⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 42.

⁴⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36.

conflito de interesses, de concepções, de pensamentos que fazem com que a mesma não pare no tempo, mas que se desenvolva continuamente.⁴⁵⁶

Foi visto alhures, que nossa Magna Carta, para os comunitaristas, é considerada uma manifestação desta corrente que interpreta o *fato do pluralismo* como sendo uma reunião de valores compartilhados que devem ser levados ao debate público para, dessa forma, definir o conteúdo e alcance dos direitos ditos fundamentais para aquela sociedade, principalmente quando se afirma ser a nossa atual Constituição dotada de instrumentos processuais que possibilitam a participação popular nas decisões políticas por intermédio destes instrumentos processuais capazes de realizar tal mister. Assim, o Estado, conforme dispõe Kymlicka, seria o espaço ideal para as discussões das práticas compartilhadas acerca do bem:

Os liberais pesam que a autonomia é promovida quando os julgamentos a respeito do bem são tirados do domínio político. Na realidade, porém, os julgamentos individuais requerem o compartilhamento das experiências e das trocas da deliberação coletiva. Os julgamentos individuais a respeito do bem dependem da avaliação coletiva de práticas compartilhadas. Elas se tornam matéria de capricho subjetivo e arbitrário se forem separadas das deliberações coletivas (...) O Estado é a arena adequada para a formulação de nossas visões do bem porque estas visões requerem a investigação compartilhada. Elas não podem ser buscadas, ou sequer conhecidas, por indivíduos solitários.⁴⁵⁷

A pergunta que se faz, todavia, é por que o Estado é essa arena adequada? Para os Liberais, outros espaços como associações, igrejas, família, ou seja, espaços não-estatais poderiam ser válidos sim – ao contrário do que muitos podem pensar –, para possibilitar ao indivíduo a oportunidade de descobrir a respeito de si mesmo; ademais, as liberdades de assembléia e reunião são direitos fundamentais liberais. O que os Liberais não aceitam é submeter a descrição do próprio indivíduo ao Estado!⁴⁵⁸ Todavia, os Comunitários respondem aos Liberais sobre a premente necessidade do Estado nesta tarefa alegando o seguinte:

Apesar de séculos de insistência liberal na importância da distinção entre Estado e sociedade, os comunitários ainda parecem supor que qualquer coisa que seja adequadamente social deve tornar-se do domínio do político. Eles não confrontaram a preocupação liberal de que a autoridade totalizante e os meios coercitivos que caracterizam o Estado façam dele um fórum especialmente inadequado para o tipo de deliberação e compromisso genuinamente compartilhados que desejam. Apesar de séculos de insistência comunitária na natureza historicamente frágil de nossa cultura e da necessidade de considerar as condições sob as quais uma cultura livre pode se sustentar, os liberais ainda tendem a ter como certa a existência de uma cultura tolerante e diversa, como algo que surge e se sustenta naturalmente, cuja experiência contínua é, portanto, simplesmente pressuposta em uma teoria de justiça. Os comunitários estão certos ao insistir em que uma cultura de liberdade é uma conquista

⁴⁵⁶ AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional: alcance doutrinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 118.

⁴⁵⁷ KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pp. 283-284.

⁴⁵⁸ KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 285.

histórica, e os liberais precisam explicar por que o mercado cultural não ameaça esta conquista ao deixar de ligar as pessoas de maneira forte a suas práticas comunitárias (como temem os comunitários) ou, inversamente, ao deixar de desvincular as pessoas de maneira suficientemente forte das expectativas das práticas e ideologias existentes (como teme Habermas). Uma cultura que sustenta a autodeterminação requer um misto de exposição às práticas correntes e ligação com elas, bem como distância e divergência delas. A neutralidade liberal pode prover esta mistura, mas isso não é obviamente verdade e pode ser verdadeiro apenas em certos tempos e lugares.⁴⁵⁹

O manejo de instrumentos processuais dispostos na Constituição, na nossa opinião, nada mais representa do que formas de interpretação dos valores compartilhados por toda a sociedade que serão levados à fixação de sua extensão e conteúdo a ser observados num dado momento temporal-espacial. Sendo assim, se faz necessário socorrer-se da célebre obra de Peter Habermas para explicar como se dá esse processo de interpretação.

Começa o autor alemão a definir como se desenvolve esse processo e quem dele participa:

Propõe-se, pois, a seguinte *tese*: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (...) A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta.⁴⁶⁰

A interpretação da Constituição não pode ficar cerrada aos participantes do processo constitucional, ou seja, daqueles que cuidam apenas da feitura e aplicação das normas, uma vez que, segundo o próprio autor, “os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.⁴⁶¹ Faz-se imprescindível a ampliação do círculo de intérpretes da Carta Magna para se ter uma concepção de sociedade livre e aberta, como bem define Habermas.⁴⁶² O modelo de participação fechado – restrito a apenas alguns legitimados – representa a impossibilidade de adequação do Texto Maior com a realidade social cambiante; a nova hermenêutica constitucional aqui proposta tende a quebrar com esse arcaico modelo de participação, como bem define Rafael Caiado Amaral:

⁴⁵⁹ KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pp. 287-288.

⁴⁶⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: cont** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 13.

⁴⁶¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição par** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 13.

⁴⁶² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpre** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 40.

A interpretação constitucional esteve e está muito vinculada a uma sociedade fechada, vale dizer, aos juizes e aos procedimentos formalizados. Nesse modelo, estão legalmente legitimados para interpretar o texto maior somente aquele escasso rol de pessoas que compõem o processo constitucional nas Cortes Constitucionais, ou seja, o juiz, as partes⁴⁶³ e seus respectivos advogados, o Ministério Público.

Todavia, uma teoria da constituição, que busca efetividade e realização não deve se esquivar da análise da tensão entre: “Constituição e realidade constitucional”⁴⁶⁴.

De forma incontestável, cada um dos membros da sociedade que está sob a égide de um determinado ordenamento passa a ser intérprete daquele mesmo ordenamento, haja vista ser ele – o membro social – o destinatário final daquela norma. Numa sociedade pluralista, onde a *lex mater* se apresenta com características comunitaristas, esse papel ganha mais relevo ainda.⁴⁶⁵ No entanto, quem seriam esses participantes deste processo interpretativo? Segundo o próprio Häberle seriam:

Experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade!⁴⁶⁶ (destaques do autor)

Nesse sentido, como se desenvolveria então este processo? Novamente vamos nos valer dos ensinamentos do professor alemão:

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional.⁴⁶⁷

⁴⁶³ Somente fazendo um esclarecimento, lembremos que os legitimados ativos para moverem as ações coletivas representa o ponto fulcral da nossa análise, sendo estes limitados pela lei. Portanto, de acordo com as lições do autor, estas partes integrantes do processo restringem-se aos atuais legitimados ativos no Direito Processual Coletivo.

⁴⁶⁴ AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional: alcance doutrinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 122.

⁴⁶⁵ Seguindo os escritos de Marcelo Neves para complementar este raciocínio tem-se que: “No primeiro plano do processo interpretativo encontra-se a ‘esfera pública pluralística.’ De acordo com essa abordagem, pode-se afirmar: o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional.” (NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 86.)

⁴⁶⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição**: Trad. Gilmar Ferreira

Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 18.

⁴⁶⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição**: Trad. Gilmar Ferreira

Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 27.

Cumpra aos demais intérpretes da Constituição, estender a abrangência, o alcance e os efeitos dos princípios constitucionais previamente fixados pelo legislador em determinado espaço e tempo, mas sempre prevendo alterações futuras que irão adequar aqueles princípios à realidade cambiante. No nosso entendimento, o legislador deve, ao interpretar a Constituição, e, conseqüentemente, realizar os seus objetivos, sempre deixar a norma um tanto que “vazia” para uma posterior modelação à realidade contingencial daquele dado momento, onde o intérprete posterior a ele realizará o encaixe daquele princípio à realidade fática, conforme já se expôs neste ensaio.

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a conseqüência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. (...) Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é essencialmente conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição.⁴⁶⁸

Isso só reforça o que dissemos anteriormente. A práxis não é imaginada pelo legislador no momento da feitura da norma. Cabe aos intérpretes posteriores, à luz dessa práxis, definir os contornos daquela norma aplicada em determinado espaço e tempo. Walber Agra vai mais a fundo para trazer à baila a importância desta participação. Segundo o constitucionalista as próprias decisões do Supremo Tribunal Federal restariam mais legitimadas caso houvesse “respaldo da comunidade de intérpretes da Constituição”. A democratização das decisões da Suprema Corte, como ele mesmo se refere, acaba “permitindo maior participação de seus intérpretes”, estabelecendo elos, dessa forma, com o meio social.⁴⁶⁹

Levando em conta, portanto, a opinião supramencionada, cremos que tanto em sede de controle concentrado como nos casos de controle difuso de constitucionalidade as decisões judiciais podem espelhar melhor os anseios de determinada comunidade. Acreditamos que os argumentos postos à análise do juiz pelo particular em ação coletiva constituem formas de interpretar a Constituição Federal, pois, afinal de contas, como se adequa o direito à realidade cambiante senão por meio da jurisprudência? E esta, como vem ao mundo jurídico senão por meio dos argumentos das partes discutidos em juízo?⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição:** Trad. Gilmar Ferreira

Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. Op. Cit. Pp. 30-31.

⁴⁶⁹ AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 290.

⁴⁷⁰ Sobre essa função da jurisprudência escreve Paulo Nader: “É um dado de experiência que o direito codificado não é suficiente, pelo simples enunciado das normas, para proporcionar ao juiz a solução necessária ao julgamento. O Direito Positivo apresenta-se mediante normas genéricas e abstratas, que não podem ser aplicadas

Mas, no entanto, a grande questão que se coloca é: de onde viria a legitimidade destes participantes do processo constitucional? Responde H⁴⁷¹berle:

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição. (...) Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispendo sobre a organização da própria sociedade, e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objeto. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.⁴⁷¹

Legitimados esses intérpretes, Peter H⁴⁷²berle menciona em sua obra de que forma essa participação pode se dar, por exemplo:

- a) O requerente ou o recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (“*Verfassungsbesschwerde*”), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um “diálogo jurídico” (“*Rechtsgespräch*”);
- b) Outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., §§ 77, 85, n.º 2, 94, n.º 1 a 4, §§ 65, 82, n.º 2, 83, n.º 2, 94, n.º 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, n.º 4 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*);
- c) Pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, do Regimento Interno do Parlamento Federal);
- d) Peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, n.º 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante “*longa manus*”, da eleição dos juizes (NT2);
- e) Os grupos de pressão organizados (§ 10, do Regimento Interno do Governo Federal);
- f) Os requerente ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;⁴⁷²

Creemos que para o autor, este não seja um rol *numerus clausus* uma vez que o próprio H⁴⁷³berle afirma se tratar de um catálogo provisório,⁴⁷³ ⁴⁷⁴ e principalmente quando afirma:

com automatismo (...) É princípio assente na moderna hermenêutica jurídica que os juizes devem interpretar o Direito evolutivamente, conciliando velhas fórmulas com as novas exigências históricas. Nesse trabalho e atualização, em que a letra da lei permanece imutável e a sua compreensão é dinâmica e evolutiva, o juiz colabora decisivamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica. Ele não cria o mandamento jurídico, mas apenas adapta princípios e regras à realidade social.” (NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 176.)

⁴⁷¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 33.

⁴⁷² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralis** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. Pp. 21-22.

⁴⁷³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição:** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 20.

A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!).⁴⁷⁵

Nesse sentido, acreditamos que também poderiam ser intérpretes de uma Constituição aberta os legitimados ao manejo do microssistema processual protetivo dos direitos de massa, seja por meio da utilização dos instrumentos processuais dispostos na própria Constituição, seja por meio até do controle difuso de constitucionalidade, bem como por meio de outros instrumentos como, *v.g.*, a Ação Civil Pública, na qual se vislumbre um pedido de prestação positiva por parte do órgão estatal (obrigação de fazer); tal pedido poderia, inclusive, chegar às vias da Suprema Corte, a qual, à luz dos argumentos levantados na ação, poderia manifestar seu entendimento acerca do caso, ou até mesmo modificar entendimento já preexistente na Corte, conforme já expusemos alhures⁴⁷⁶. Eis, portanto, a forma de participação indireta que o cidadão pode deter pela via da ampliação dos legitimados ativos⁴⁷⁷. Aliás, é de todo oportuno observarmos que o próprio Häberle deixa clara sua posição que admite a participação por meio de outras formas de atuação estatal:

Assim como o processo de interpretação constitucional se afigura disciplinado e disciplinador pela utilização de métodos “jurídicos”, assim também se afiguram variados e difusos os eventos que precedem a esse processo: relativamente racionais

⁴⁷⁴ Walber Agra assevera que: “Restringir o processo de participação nas discussões da jurisdição constitucional aos componentes do Supremo Tribunal Federal significa podar a oxigenação do ordenamento jurídico, suprimir a amplitude do debate que pode apontar novos horizontes, estorvar uma nova forma de legitimação de sua atuação.” (AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 290.)

⁴⁷⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira

Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. Pp. 30-31.

⁴⁷⁶ Conforme preleciona Rafael Caiado Amaral: “Imaginemos um funil, onde a abertura superior e maior representa a gama de interpretações sobre uma determinada matéria, formuladas pelos diversos legitimados. □ medida que o processo se desenvolve, percebe-se que o número de interpretações diminuem. Muitas são reformuladas, outras se fundem. Há um verdadeiro processo de liquidificação dessas interpretações até que a Corte Constitucional defina qual ou quais são aceitáveis e adequadas para aquela matéria naquele momento certo e definido (...). O rol ampliado de intérpretes possibilita ao juiz constitucional analisar, com maior substrato, o texto constitucional, o que lhe permitirá decidir de forma mais adequada e legítima. *In casu*, são trazidas para o processo suas verdadeiras necessidades, ampliando, assim, as possibilidades de decisão em virtude dos vários pontos de vista e de interpretações (...). A participação da sociedade aberta no processo hermenêutico □ constitucional confere à jurisdição constitucional uma maior legitimidade. As decisões serão mais legítimas à medida que se aumente a participação dos interessados no procedimento que, porém, deve se dar de forma racional e organizada.” (AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional: alcance doutrinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. Pp. 126-127.)

⁴⁷⁷ “A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta**

Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 43.)

se afiguram os processos legislativos, desde que se trate de interpretação da Constituição. E isto se dá frequentemente; também a Administração enquanto Administração “interpretativa” do bem-estar (*interpretierende (Gemeinwohl-) Verwaltung*) opera de forma racional; outras formas de atuação estatal devem ser consideradas.⁴⁷⁸

Sem dúvidas, a nossa Constituição se apresenta como comunitarista aberta aos intérpretes de suas normas, os quais são os próprios destinatários destas normas. E como destinatários desta norma, nada mais justo seria possibilitar a participação destes mesmos destinatários da norma na definição dos conteúdos e contornos dos direitos insculpidos na Lei Maior. Aliás, esta é a tônica do novo modelo de interpretação em comento, bem definido aqui por Rafael Caiado Amaral:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é indireta ou, até mesmo, diretamente um intérprete da mesma. O destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente.

Como não são apenas os intérpretes jurídicos que vivem a Constituição, os mesmos não detêm, portanto, o monopólio de sua interpretação. São também legitimados para tal ação, mesmo que de forma indireta, todos aqueles que a vivem, pois a atualização da Constituição feita pela ação de um indivíduo constitui, pelo menos, uma interpretação constitucional antecipada.

Esses “novos” legitimados são *participantes* do processo lato de interpretação constitucional, o qual se afunila com a decisão da Corte Constitucional. Assim, os juízes constitucionais já não interpretam de forma isolada no processo constitucional. Há, portanto, uma ampliação das formas de participação mediante a dilatação do rol de participantes no referido instrumento.⁴⁷⁹

O destinatário da norma sempre terá algo de importante a dizer neste sentido; e negar tal direito ao destinatário final da norma é negar-lhe o que seja, talvez, o maior dos direitos: a participação.

4.1.2.1. Participação como o Direito dos Direitos na Obra de Jeremy

Waldron e sua Direta Relação com a Legitimidade Ativa no Direito Processual Coletivo.

A obra de Jeremy Waldron, em especial a parte que trata do direito à participação, é de grande valia para o estudo da ampliação do rol dos legitimados ativos no Direito Processual Coletivo, notadamente à ampliação da legitimação individual ativa. Neste ponto a obra de Waldron ganha relevo devido ao fato da participação, por meio do Direito Processual

⁴⁷⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição:** Trad. Gilmar Ferreira

Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 43.

⁴⁷⁹ AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional: alcance doutrinário.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 125.

Coletivo ser um canal hábil a definir os contornos, limites e extensão dos direitos coletivos em sentido amplo, senão vejamos.

Segundo Waldron, “participar” significa “compartilhar ou participar em uma ação”. Mas compartilhar o poder significa dividir a decisão políticas com elementos não populares, todavia, a participação popular deve ser decisiva neste regime misto. Compartilhar o poder implica no direito a participar no governo da sociedade na mesma medida em que participam os restantes dos indivíduos⁴⁸⁰ □⁴⁸¹.

Esse direito de participar, como bem coloca o autor, tem o seu alcance definido por um princípio de igualdade. Entretanto, essa igualdade de direitos poderia de certa forma gerar um choque com os mesmos direitos dos outros indivíduos, ocasionando, assim, uma sensação de “amesquinamento” da importância da luta por tal direito. Para melhor compreender esta questão, o autor usa como parâmetro o direito à liberdade ou a certas liberdades básicas, mas alerta que essa liberdade deve ser aferida mediante um esquema compatível com uma liberdade igual para todos os cidadãos:

A este respecto, el derecho a participar pone en primera línea – en su *slogan* – algo que la mayoría de nosotros pensamos acerca de los derechos de todo tipo, pero que habitualmente sólo se hace evidente al nivel de la *teoría*. Cuando hablamos de un derecho a la libertad, por ejemplo, o incluso de derechos a ciertas libertades básicas, pensamos que el alcance del derecho en cuestión queda determinado por algo así como un principio de igualdad. De este modo, el principio de libertad de RAWLS incorpora un compromiso con la igualdad: “Toda persona debe tener un derecho igual al esquema más amplio de libertades básicas compatible con una libertad igual para los demás”. Precisamente porque el ejercicio de la libertad de cada uno puede entrar en conflicto con la libertad de otro, y limitarla en este sentido, el alcance adecuado del derecho queda determinado al realizar ajustes en lo que se permite a cada uno de manera que el esquema final se garantice para todos al más alto nivel de libertad individual compatible con la igualdad.⁴⁸²

E continua o Autor: “Un interés por la adecuación se toma en serio la posibilidad de que, en una sociedad populosa, el requisito de igualdad puede estrechar la libertad de todo

⁴⁸⁰ WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y □gueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 281.

⁴⁸¹ É perceptível neste ponto a similitude da teoria de Waldron com a teoria idealizada por H□berle. Em ambas, nota□se uma preocupação de alargar os meios de participação, como bem escreve Bruno Galindo: O alargamento do rol de intérpretes sustentado por H□berle é, segundo ele, apenas a consequência da necessidade, que todos defendem, da integração da realidade no processo de interpretação constitucional. É que os intérpretes em sentido amplo compõem necessariamente a realidade pluralista. Eles são os principais participantes no processo de descoberta e obtenção do direito. A sociedade torna□se aberta e livre, pois todos são potencialmente aptos a oferecer alternativas interpretativas para a constituição.” (GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 140.)

⁴⁸² WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y □gueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 282.

individuo a una porción tan pequeña que, al nivel individual, sea escasamente valioso tenerla o luchar por ella.”⁴⁸³

No Brasil, atualmente, há apenas a previsão de participação do indivíduo apenas por meio da Ação Popular. Essa participação popular por intermédio desta Ação não logrou o sucesso esperado não apenas por motivos de ordem técnica, política e cultural, mas também pelo fato da Lei da Ação Popular (LAP) – Lei n.º 4.717/65 –, ter sido elaborada num momento de intensa instabilidade democrática no país, gerando, assim, uma timidez do popular em utilizar a mencionada ação. Este cenário político gera efeitos até hoje na sociedade, ocasionado uma diminuição do conceito de cidadania e, conseqüentemente, um arrefecimento no manejo da Ação Popular pelo indivíduo. Somam-se a esses empecilhos as restrições impostas pelo legislador ordinário no que tange ao reconhecimento do indivíduo como legitimado ativo adequado ao impor na LAP a obrigatória intervenção do Ministério Público, bem como a presença da formação da coisa julgada *secundum eventum litis*.⁴⁸⁴

Houve ainda a exclusão do indivíduo como legitimado ativo para as demais ações coletivas. Esta exclusão, é melhor explicada pelo magistério de Elton Venturi:

Justificou-se tal exclusão na descrença de que a atuação de pessoas físicas isoladamente consideradas fosse capaz de eficazmente viabilizar tutela de pretensões marcadamente diferenciadas pela expressão social e política. De fato, os empecilhos e as desvantagens da iniciativa de uma ação coletiva por intermédio de um indivíduo são tanto mais óbvios quando se recorde, para além dos conhecidos obstáculos ao acesso à justiça, a perspectiva interna da complexidade natural dos direitos difusos, descritos como geradores de uma *intensa conflituosidade*, seja ela considerada em relação a outras pretensões difusas, seja considerada quanto a típicos interesses coletivos.⁴⁸⁵

Interpretando as lições acima expostas, conclui-se o seguinte: determinado indivíduo pode acreditar que um direito ou interesse deva ser preservado, entretanto, outro indivíduo pode achar não ser pertinente a defesa daquele direito ou interesse, sendo mais relevante a defesa de outros. Essa conflituosidade é marca latente nas sociedades contemporâneas. Sendo assim, lançam-se as indagações: os indivíduos que detêm interesses (difusos) conflitantes não poderiam ingressar em eventual processo coletivo para contestar ou intervir como terceiro interessado? Não seria o Direito Processual Coletivo o espaço ideal para este debate público? Essas perguntas ainda carecem de uma resposta satisfatória. Não se

⁴⁸³ WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y Iñigueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 282.

⁴⁸⁴ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 169.

⁴⁸⁵ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 170.

pretende neste ensaio chegar a essa resposta satisfatória, antes busca-se incitar o debate acerca da participação popular por meio do Direito Processual Coletivo, a fim de se chegar a uma conclusão – positiva ou não – acerca da conveniência de outorgar legitimação ativa ao particular para mover quaisquer tipos de ações coletivas.

Voltando à obra de Waldron, o autor escreve que é muito melhor ter uma consciência de que, apesar do direito à participação de um indivíduo representar um grão de areia, ele contribuirá para uma decisão que afetará milhões de pessoas do que ser excluído, afastado, dessa decisão. Neste sentido, a importância da participação não tem seu epicentro no impacto que esta participação irá causar na sociedade, mas sim em evitar o “insulto”, a “degradação”, a “desonra” ao indivíduo de exclusão do debate, fazendo com que opiniões de outrem sejam mais levadas em conta do que as suas. Esse sentimento assume uma importância ímpar na atualidade, haja vista a necessidade premente de uma participação social mais sólida e séria na árdua tarefa de concretização dos Direitos Fundamentais. Hodiernamente, a participação democrática para esta finalidade é vista como um importante dever cívico nas palavras de Miguel Carbonel:

De ser entendidos como *derechos de defensa*, en la actualidad los derechos fundamentales pasan a ser *derechos de participación democrática* y también, como sucede con los algunos aspectos de los derechos sociales, *derechos a prestaciones* suministradas por el Estado. No es posible plantear, en la materia que nos ocupa, puntos de vista ingenuos: los derechos sociales, para ser realizados, requieren de una cierta organización estatal, necesitan de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y un compromiso democrático serio. (Destakes do autor)⁴⁸⁶

Seguindo essa linha de pensamento, o indivíduo se sentirá agredido porque a decisão da qual não participou afetou o seu interesse, em seguida, e por último, também se sentirá ofendido por ter sido excluído do debate, uma vez que, em se tratando de interesses que lhe afetam, sempre tem o indivíduo algo a dizer.⁴⁸⁷

Portanto, à primeira vista, mesmo com as limitações à legitimidade ativa individual, constantes nos anteprojetos referidos anteriormente, quais sejam, credibilidade, capacidade, experiência do legitimado, histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos, crê-se ser importante a ampliação do rol dos legitimados ativos individuais ao manejo das ações coletivas no intuito de se evitar estes

⁴⁸⁶ CARBONELL, Miguel. *Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Elementos para una Teoría Compleja*. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (org.). **Constituição e Efetividade Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 263.

⁴⁸⁷ WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y Iñigueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. Pp. 282-283.

“insultos” e degradações” mencionadas por Waldron. Entretanto, estas limitações seriam justificadas pelo advento desta citada ampliação.⁴⁸⁸

No entanto, ainda surge um outro problema que precisa ser enfrentado aqui. Conforme já expusemos em linhas atrás, a sociedade contemporânea é marcada por uma conflituosidade de interesses e valores. Quais direitos possuímos? Quais são seus limites? Estas são as perguntas feitas neste momento. A discrepância acerca desses conteúdos e limites é algo inerente ao povo, e tais limites, segundo Waldron, devem ser estabelecidos por meio de um processo político. Neste ponto, os direitos (seus limites e conteúdo) reclamam um argumento de autoridade que resolverá o problema dos desacordos em comento sobre estes limites e conteúdos. Quem deterá, portanto, a decisão final? Segundo Waldron, uma possível resposta seria: o povo, cujos direitos estão em questão; este teria o direito de participar – cada cidadão em igualdade de condições –, para a tomada da decisão final, a qual representaria a concepção comum acerca do bem. Mas esta não é a única resposta possível.⁴⁸⁹

Segue-se a dúvida: seria o povo o argumento de autoridade, ou se poderia outorgar a uma elite acadêmica ou jurídica a decisão final acerca da extensão e limites desses direitos?

Quando alguien pregunta: “¿quién decidirá qué derechos tengo?”, una desposta (*mi respuesta*) es: “la gente cuyos derechos están en cuestión tiene el derecho a participar en iguales términos en esta decisión.” Pero ésta no es la única respuesta posible. En lugar de otorgar el poder a la gente sobre la base de que, después de todo, son sus derechos los que están en juego, podríamos confiar la autoridad final a una elite académica o judicial, sobre la base de que, con mayor probabilidad, va a resolver correctamente las cuestiones de esta materia.⁴⁹⁰

Procura o próprio Waldron definir a resposta a estas indagações de como se chegaria a este acordo; a esta decisão final: Ainda que tenhamos a resposta objetiva e correta, o povo seguiria divergindo acerca de qual dita resposta seria a correta. A teoria da autoridade deve identificar alguma concepção como a prevalecente, sobre a base de critérios distintos que são a fonte do descordo original.⁴⁹¹ Em outras palavras, se por meio de uma decisão em um processo coletivo poderão haver ainda pessoas que discordem da decisão, como, então, resolver este problema? Na nossa modesta opinião, o Judiciário será a autoridade que ditará a

⁴⁸⁸ “Sentir este insulto no implica necesariamente pensar que su voto, si lo tuviera, le daría un poder significativo y palpable. Sabe que si él tiene el derecho a participar, también lo tienen millones de otras personas. Lo único que pide, al menos por lo que respecta a su participación, es que él y todos los demás sean tratados como iguales en los asuntos que afectan a sus intereses, a sus derechos y a sus obligaciones.” (WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y □gueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 285).

⁴⁸⁹ WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y □gueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. Pp. 290|291.

⁴⁹⁰ WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y □gueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. Pp. 290|291.

⁴⁹¹ WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y □gueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 291.

palavra final, todavia isto não exclui a participação do povo no processo. Mesmo havendo quem defenda um argumento ou opinião contrária ao Judiciário, no processo coletivo, sempre haverá uma aceitação dos resultados pelo povo. Isso é o que Wollheim – citado por Waldron – chama de “Paradoxo da Teoria da Democracia.”⁴⁹²

Mesmo elegendo o Judiciário como a autoridade final, repise-se, não haveria uma violação ao direito de participação, uma vez que o particular poderia intervir em um processo coletivo por meio de alguns mecanismos processuais. Como se daria, então, esta ampla participação? Por meio de quais meios processuais? Imagina-se, por exemplo, um particular ajuizando uma ação coletiva buscando a interdição de uma indústria causadora de grande poluição ao meio ambiente local em uma pequena cidade. Do outro lado poder-se-ia ter outros cidadãos interessados no não fechamento da fábrica em virtude da preservação dos seus empregos. Ora, aqui teríamos o choque de dois direitos plenamente tuteláveis por meio do Direito Processual Coletivo: meio ambiente e valorização do trabalho. Crê-se que os indivíduos que seriam prejudicados com a suspensão das atividades da indústria poderiam intervir, no processo coletivo ajuizado por um particular, ou até mesmo intentar outro (a ser julgado por conexão) a fim de buscar uma resposta a este descordo, resposta esta que ficaria a cargo, obviamente, do Judiciário, sendo plenamente aceitável por todos. De forma alguma haveria um arrefecimento ao direito de participação neste caso, pois todos – munidos com igualdade de oportunidades – poderiam discutir neste “espaço público” a extensão e limites dos direitos.

Nesse diapasão, acredita-se que com a ampliação do rol dos legitimados individuais para o manejo do Direito Processual Coletivo estar-se-ia outorgando a todos igualdade de possibilidades e proporcionando uma intensa discussão dos valores e concepções acerca do bem, interpretando direitos e definindo seus contornos e conteúdos.

Diante de tudo o que foi exposto até o presente, neste trabalho, conclui-se que a participação popular, auferida por meio da ampliação do rol dos legitimados ativos para o manejo do Direito Processual Coletivo se mostra fortificada, sendo esta mesma participação colocada como o direito dos direitos, definida na obra de Jeremy Waldron.

Numa sociedade marcadamente discrepante no que tange à extensão e limites dos seus direitos, retirar do cidadão – destinatário final da norma – o direito de discutir estes limites, privando-o de trazer ao debate seus valores e suas concepções de justiça é, ao nosso ver, retirar a expressão máxima da democracia. E essa participação pode vir ao mundo fático

⁴⁹² WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y Iñigueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 293.

através do Direito Processual Coletivo, sendo que para isso os indivíduos não fiquem restritos às tênues hipóteses de manejo das Ações Coletivas, pois ampliando o rol dos legitimados ativos estar-se-á fomentando a transformação positiva da realidade social por meio do processo coletivo, o qual se apresenta como instrumento hábil a tal mister.

4.1.2.2. Ação Popular como Instrumento Maior de Legitimação do Indivíduo.

O fundamento da Ação Popular é constitucional e está previsto no art. 5.º, LXXIII, CF, *in verbis*: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público 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”. Pela leitura deste dispositivo legal percebe-se que a Ação Popular destina-se apenas à tutela de direitos difusos, sejam eles materiais (patrimônio público) ou imateriais (moralidade administrativa, higiene ambiental etc.). Em outros termos, a Ação Popular tem como finalidade primacial tutelar interesses de toda a coletividade, e não apenas particulares. Eis, portanto, o verdadeiro sentido do adjetivo “popular”. Vejamos o conceito de José Afonso da Silva referente a esta característica da mencionada ação:

O nome *ação popular* deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, *ut singuli*, mas à *coletividade*. O *autor popular* faz valer um interesse que só lhe cabe, *ut univervis*, como membro de uma comunidade, agindo *pro populo*.⁴⁹³ (Destaques do autor)

A Ação Popular constitui também um meio de participação direta do particular na preservação do bem público, numa nítida manifestação da soberania popular consagrada no art. 1.º, parágrafo único, CF, bem observado por Pedro Lenza:

Assim como o voto, a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo, a **ação popular**, corroborando o preceituado no art. 1.º, parágrafo único, da CF/88, constitui importante instrumento de democracia direta e participação política. Busca-se a proteção da *res publica*, ou, utilizando-se uma nomenclatura mais atualizada, tem por escopo a proteção dos interesses difusos.⁴⁹⁴ (Destaque do autor)

⁴⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 462.

⁴⁹⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 512.

Ao longo da história, a Ação Popular ganhou força no tocante à ampliação dos direitos e interesses tutelados por esta via processual.⁴⁹⁵ Mas esse nítido privilégio outorgado à Ação Popular não se restringe apenas ao aspecto de ampliação do seu objeto.

Discute-se bastante na doutrina brasileira a necessidade de alargamento também do conceito de *cidadão* para mover a referida Ação. Alguns estudiosos do tema propõem um entendimento diverso daquele esposado pela doutrina constitucional majoritária relativamente à definição do que seja (ou de quem seja) *cidadão*: pessoa detentora de legitimidade para provocar a atuação do Poder Judiciário por intermédio da Ação Popular. Numa visível tentativa de outorgar maior efetividade à participação popular, argumenta-se que atualmente o *cidadão* no Brasil não seria apenas aquele detentor da chamada *capacidade eleitoral ativa*; antes seriam todas as pessoas capazes de participar direta ou indiretamente da condução dos destinos da sociedade.

Esta tendência ampliativa já pode ser vislumbrada na interpretação dada à legitimação ativa para a proteção do meio ambiente. Em conformidade com as lições de Rosmar Antonni R. C. de Alencar, com o advento da Constituição de 1988 “seguiu-se um fluxo de alargamento da legitimação” ativa do autor popular nas demandas populares de proteção ambiental, para admitir como legitimados ativos pessoas desprovidas da chamada capacidade eleitoral ativa, uma vez que a própria Magna Carta, em seu Art. 225, *Caput*, traz como sendo dever de todos, indistintamente, proteger o meio ambiente.⁴⁹⁶ Corroborando o entendimento retromencionado, Pierre Souto Maior C. de Amorim escreve:

⁴⁹⁵ Na Constituição do Império, a Ação Popular tinha como objetivo reprimir atos de prevaricação, concussão e suborno dos magistrados e oficiais de justiça, apresentando-se como verdadeiro instituto processual penal. Em 1891, por sua vez, não houve nenhuma manifestação no texto magno da ação em comento, vindo a mesma ressurgir somente em 1934, no seu artigo 113 que previa: “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”, sendo esta a primeira Carta Política a ampliar o objeto de tutela da Ação Popular. Novamente a Ação em comento veio a desaparecer do ordenamento jurídico nacional após a implantação do Estado Novo, em 1937, uma vez que a presença deste tipo de ação no texto constitucional ia frontalmente de encontro às premissas do Estado autoritário que se instalava. Posteriormente, em 1946, a Ação Popular volta a ser tratada na seara constitucional com uma série de alterações no seu objeto de proteção, ou seja, além de proteger o patrimônio das entes políticos da federação, a Ação Popular passou a proteger também o patrimônio das autarquias e das sociedades de economia mista; nesse mesmo período houve a edição da Lei da Ação Popular (LAP), Lei n.º 4.717/65. A Constituição de 1967, bem como a Emenda Constitucional de 1969, acabaram por recepcionar a LAP; a Lei Federal n.º 6.513/77 – advinda sob a égide da Constituição de 1967 e Emenda Constitucional de 1969 –, que alterou a LAP, acabou alargando ainda mais o objeto da referida Ação, passando esta a tutelar também os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico ou turístico. Finalmente, em 1988, com o advento da Constituição Cidadã, houve a elevação da Ação Popular à dignidade constitucional, fazendo deste meio processual o mais próximo do indivíduo para a tutela dos direitos difusos (ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Ação Popular: Rumo à Efetividade do Processo Coletivo**. 2.ª ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. Pp. 28[32].)

⁴⁹⁶ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Ação Popular: Rumo à Efetividade do Processo Coletivo**. 2.ª ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 63.

Dentro do âmbito de nossa indagação, necessário é tomarmos posição e afirmar que o direito positivo atual brasileiro considera cidadão não só o eleitor, mas também indivíduos outros que, mesmo sem estar no exercício dos direitos políticos, podem exercer atos concernentes à cidadania. Exemplo disso é a utilização do termo cidadão ou cidadania, pela Constituição da República, em hipóteses em que não seria inteligível exigir-se a qualidade de eleitor como requisito, como no artigo 58, § 2º, inciso V, artigo 74, § 2º, e, principalmente, artigo 5º, inciso LXXII e artigo 68, § 1º, inciso II.⁴⁹⁷

Complementando seu raciocínio, escreve ainda o supracitado autor, o qual deixa claro e sem margens para dúvidas, que o conceito de cidadão inserto na LAP toma como referência a Constituição Federal de 1946:

A lei n.º 4.717/65 em seu artigo 1º, § 3º, ao exigir título de eleitor como requisito para o ajuizamento da ação popular pelo cidadão, fundamenta-se na Constituição da República de 1946. Esta, bem como as de 1967 e 1969, não elenca expressamente como princípio fundamental a cidadania, princípio que se encontra de maneira esparsa em seu texto, conforme Constituição Federal de 1988 Comentada, Price Waterhouse. Sendo assim, não havia um compromisso formal do Estado em fomentar a cidadania. Pueril, à época, era a noção de cidadania em sentido amplo e em sentido estrito. Aliás, até mesmo a distinção, já mencionada, entre cidadania e nacionalidade dava, apenas, seus primeiros passos. Somente com as Constituições de 1967 e 1969 é que ficaram nítidas, no direito nacional, as diferenças entre o nacional e o cidadão. Este, tendo em vista a Constituição da República de 1988, tem amplos direitos e deveres, pois agora o Estado fomenta a cidadania em obediência a um princípio fundamental. A lei n.º 4.717/65 precisa ser interpretada à luz da Constituição da República atual, sob pena de negar-se, indevidamente, o exercício de direitos individuais garantidos pela Lei Maior.⁴⁹⁸

Ademais, a moralidade e probidade administrativa não é interesse restrito àqueles que se enquadram na definição de eleitor. Também possuem interesse no bem jurídico tutelado por meio da Ação Popular o estrangeiro, o menor não eleitor, o maior de setenta anos etc., como bem assevera Pedro R. Decomain:

(...) são não só os detentores de direitos políticos em acepção clássica, mas sim todos – nacionais e estrangeiros – no gozo ou não do direito de votar e ser votado, ou seja, eleitores ou não, e se alcança imediatamente outra conclusão: todo titular de direitos sociais tem evidente interesse na preservação do patrimônio público e da própria moralidade administrativa. Do primeiro, porque a forma do substrato material para a prestação dos serviços do Estado que procuram assegurar os direitos sociais; da segunda, porque representa garantia de que todo agente que atue em nome do Estado, estará vinculado a e será cumpridor de parâmetros éticos exigidos pela coletividade toda, justamente para uma mais adequada realização de seus misteres. Dentre eles, participar das atividades estatais que procurarão tornar efetivos os direitos sociais.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Cidadania e ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2348>. Acesso em: 02 jul. 2010.

⁴⁹⁸ AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Cidadania e ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2348>. Acesso em: 02 jul. 2010.

⁴⁹⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Ação popular, o conceito tradicional de cidadão e uma proposta para a respectiva ampliação**. In: Revista Dialética de Direito Processual Civil. n.º 61, p. 67-83, abr. 2008.

Em sentido contrário, encontramos o magistério de Alessandra Mendes Spalding, a qual pugna pelo conceito mais restrito de *cidadão* para fins de legitimação ativa na Ação Popular; para a autora, não se deve confundir os conceitos de cidadania, nacionalidade e capacidade civil:

Desse modo, a nacionalidade ou a capacidade civil plena, além de outros conceitos jurídicos, não devem ser levados em consideração no momento da definição do que se entende por *cidadão*, na concepção que deve ser utilizada para aferir se uma pessoa é ou não legitimada à propositura da ação popular. (...)

Assim sendo, os argumentos trazidos pela respeitável doutrina em sentido diverso não parecem convencer. Por certo, a expressão *cidadania* vem cada vez mais exigindo maiores reformulações, pois a tendência moderna é ampliar gradativamente o seu sentido e, via de consequência, aumentar também o leque daqueles detentores de direitos políticos e com capacidade para exercê-los.

Por outro lado, essa situação evolutiva do conceito não nos parece suficiente para permitir uma ampliação exagerada ao conceito de *cidadão* que, nos termos da legislação vigente, tem direitos e obrigações próprios e peculiares, não integrantes do rol de direitos e obrigações de todo e qualquer brasileiro.

Para fins de subsunção do indivíduo à expressão *cidadão* a que alude o art. 5.º, inc. LXXIII da Carta Magna, cuja redação aduz ‘qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular [...]’, afigure-se que o conceito do instituto refere-se exclusivamente àquela pessoa detentora dos direitos políticos ativos (poder de votar e, assim, de eleger os seus representantes), ainda que não detentora dos direitos políticos passivos (direito de ser votada).⁵⁰⁰ (destaques da autora)

Na nossa ótica, o entendimento acima expandido acerca de poder ser considerado cidadão não somente aquele detentor da chamada capacidade eleitoral ativa, coaduna-se perfeitamente com os fundamentos da República Federativa do Brasil (Art. 1.º, CF), em especial com a cidadania (inciso II), bem como com os ditames do parágrafo único do mesmo Art. 1.º da Norma Básica, o qual afirma que todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*.

Percebe-se, portanto, uma clara tentativa de trazer ao particular uma maior participação nos destinos da sociedade, valendo-se o mesmo de instrumentos processuais capazes de influenciar nas decisões políticas de uma determinada sociedade; ressalte-se que a interpretação acima infirmada não é posta de forma açodada, pois tem suas bases firmadas na própria Lei Maior. Talvez seja esse entendimento um marco importante para entregar ao particular o poder de manejar Ações Coletivas em proteção não somente a alguns direitos e interesses difusos, mas também em favor da salvaguarda de outros direitos e interesses tidos como difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

⁵⁰⁰ SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas**. Curitiba: Juruá, 2006. Pp. 129-130.

4.1.3. AMPLIAÇÃO DO ROL DOS LEGITIMADOS ATIVOS COMO FATOR PROPULSOR À SEDIMENTAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

É importante, nesta parte do nosso estudo, trazeremos à colação o entendimento doutrinário contrário aos argumentos de Antonio Gidi; um dentre eles, inclusive, é citado em sua obra.

Primeiramente, Eurico Ferraresi combate frontalmente os argumentos no sentido de que, em determinadas situações, atribuir legitimidade ativa ao cidadão pode ocasionar o uso indevido – ou porque não dizer: “não cívico” – da demanda coletiva pelo indivíduo. Segundo o Promotor de Justiça:

Em primeiro lugar, não importa a motivação que leva alguém à propositura de uma demanda judicial. Todo e qualquer ato humano pressupõe uma atitude política, uma escolha entre as várias condutas possíveis. Mesmo que o motivo que conduza o cidadão a propor uma demanda popular não seja nobre, tal fator é absolutamente irrelevante. Não se pode ser ingênuo e imaginar que apenas iniciativas altruístas legitimariam as ações coletivas. Exige-se, sim, que se descreva um fato ilegal ou lesivo ao interesse público. E isso já é mais que suficiente para reconhecer a importância da legitimidade popular.⁵⁰¹

Por sua vez, Antonio Gidi afirma ser um equívoco atribuir legitimidade a qualquer cidadão para defender qualquer interesse difuso, uma vez que nem todas as vezes o interesse ou direito difuso pertence a todos indistintamente. Para ilustrar sua tese, o doutrinador em comento lança mão de exemplos interessantes: diz ele que um morador de uma cidade do Paraná poderia intentar ação coletiva contra uma propaganda enganosa veiculada numa cidade do Maranhão; da mesma forma, admitindo a legitimação ativa da pessoa física de forma indiscriminada poderia acontecer o caso de, por exemplo, um homem branco extremamente racista poder mover uma ação coletiva para a tutela de mulheres negras discriminadas em um supermercado localizado no Estado de Sergipe.⁵⁰²

Com a devida vênia, os exemplos adotados por Gidi não representam exatamente as finalidades buscadas pela ampliação do rol dos legitimados ativos no processo coletivo, especialmente no tocante à admissão da pessoa física. Ora, já se falou à exaustão nesta parte do trabalho sobre o chamado controle da representação adequada do indivíduo para ingresso com demanda coletiva. Neste caso, o referido controle seria justamente exercido em situações

⁵⁰¹ FERRARESI, Eurico. *A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

⁵⁰² GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 236.

como esta; ao que parece, Antonio Gidi coloca à revelia os pressupostos válidos de desenvolvimento do processo, como no caso o interesse de agir, o qual, neste exemplo utilizado pelo doutrinador é completamente ausente! Saliente-se que haveria até uma impossibilidade de ajuizamento da demanda em virtude da competência do Juízo.

Voltando aos argumentos de Antonio Gidi, o mesmo argumenta que os anteprojetos que ele denomina de “derivados” teriam sido muito mais técnicos se tivessem imitado a já mencionada *Class Action* norteamericana para deferir legitimidade coletiva apenas a membros do grupo titular do direito difuso violado.⁵⁰³ O receio de Gidi é explicado pelos exemplos citados acima. A sua preocupação também reflete-se em seus argumentos contrários à ampliação da legitimidade pró-indivíduo devido a atuação pessoal que pode ter o advogado do grupo já bastante discutida em linhas anteriores. Mas, em que pese os argumentos já delineados alhures, há também no direito americano, no sistema da *Class Action*, a possibilidade de determinado indivíduo não ser abarcado pela autoridade da coisa julgada em processo onde se discute direito individual homogêneo quando faz uso dos critérios denominados de *Opt-out*.⁵⁰⁴ Ou seja, em se tratando de demanda coletiva onde se discute direito ou interesse de um grupo, e não apenas direitos ou interesses difusos, o membro deste grupo poderia comunicar ao magistrado encarregado do julgamento da demanda coletiva que não pretende ser abrangido pela autoridade da coisa julgada oriunda deste processo se verificar que a atuação do membro do grupo não lhe causará benefícios, ou se constatar que a atuação do representante do grupo possa lhe trazer alguns prejuízos. Tais critérios, a nosso ver, poderiam ser transplantados e aplicados (de acordo com as peculiaridades do sistema nacional) aqui no Brasil, não somente em relação a processos

⁵⁰³ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 237.

⁵⁰⁴ “(...) o critério do *opt out* consiste em permitir que cada indivíduo, membro da classe, requeira em juízo sua *exclusão* da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à coisa julgada. Todos os demais membros da classe, que não tenham exercido a opção de excluir-se, são considerados partes e sofrem os efeitos da coisa julgada, seja ela positiva, seja ela negativa. O sistema exige ampla divulgação da demanda, por todos os meios de comunicação e – quando possível – até pessoal, para que os membros da classe que não queiram ser abrangidos pela coisa julgada, favorável ou desfavorável, possam exercer seu direito de opção, retirando-se do processo. (...) Igualmente sabido é que o critério do *opt in* possibilita aos membros do grupo, devidamente notificados, que ingressem voluntariamente na demanda coletiva, tornando-se partes e sendo, assim, colhidos pela coisa julgada, favorável ou desfavorável. Quem não manifestar sua vontade de *inclusão* no processo, não será abrangido pela coisa julgada, não podendo ser prejudicado ou beneficiado por ela. Essa técnica também exige uma ampla divulgação da demanda, a fim de que os interessados possam manifestar sua vontade no sentido de serem incluídos no processo. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países da Common Law e Civil Law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pp. 241-242. XIII Congresso Mundial de Direito Processual Salvador-Bahia, 16 a 22 de setembro de 2007. Tema n.º 5 – Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas.)

coletivos onde se discuta direitos ou interesses individuais homogêneos, mas também em processos cujo objeto sejam direitos coletivos em sentido estrito.

Num outro momento, não devemos esquecer (e aqui vale repisar o mesmo pensamento já referido anteriormente) dos argumentos de Eurico Ferraresi, usando as palavras de Carlos Alberto Bittar Filho, o qual corrobora a tese de necessidade de ampliação do rol dos legitimados ativos individuais trazendo à tona uma questão de ordem prática, qual seja, a ausência do Ministério Público e das Associações em determinados rincões do país.⁵⁰⁵

Se formos raciocinar com parcimônia, há de se perceber que, em muitas situações, não existe razão para se retirar do particular a possibilidade de ajuizamento da demanda coletiva, muito pelo contrário, a iniciativa deve ser incentivada e incrementada pelo direito!

É notória a resistência dos demais co-legitimados ativos – em especial o legitimado ativo individual – em se lançarem nesta verdadeira odisséia que é a defesa dos direitos e interesses metaindividuais. Essa “acomodação”, na nossa ótica, é fruto de uma cultura individualista que permanece arraigada em nossa sociedade. O que se observe hoje, na contramão da necessária atuação individual, é uma veemente atuação do Ministério Público em detrimento dos demais co-legitimados ativos para a condução do processo coletivo; o fato é que, concentrou-se nas mãos do órgão ministerial um fardo de atribuições e deveres institucionais que sobrepujam a atuação individual do cidadão na busca pela proteção dos direitos e interesses massificados, situação esta que acaba por desaguar no terreno da inércia na consecução da cidadania. □ margem desta enorme concentração de atribuições, Pedro Lenza ainda destaca outros fatores que terminam por alargar ainda mais essa distância dos demais co-legitimados ao processo coletivo:

Algumas razões podem ser apontadas no sentido de se tentar explicar o porquê de estarem as ações civis públicas, salvo raras exceções, sendo, em sua maioria, propostas pelo Ministério Público: a) *histórica*: o Ministério Público assumiu tal papel, suprimindo, de certa forma, a necessidade de atuação das associações; b) *político-histórica*: a sociedade brasileira sempre viu nas leis, especialmente durante a ditadura, o instrumento dos mais fortes, da elite detentora do poder. Observou-se, durante a constituinte para a elaboração da atual Carta Magna, que certos setores da sociedade relutavam na delimitação em lei de diversos pontos relativos à matéria, eis que aquele passado jurídico das “trevas” ainda repercutia naquele novo presente, sedento por uma ruptura mais democrática (esse fator, após mais de 15 anos de criação da lei não pode ser levado em conta, tendo em vista o avanço democrático da sociedade brasileira); c) *sociológica*: o cidadão brasileiro não está inclinado a se associar, socorrendo-se ao Estado paternalista; d) *econômica*: algumas associações não têm dinheiro para contratar advogados capacitados e especializados na matéria para a propositura de ações de tamanho porte e complexidade; e) *institucional*: há dificuldade em se conciliar a atividade de organização, de associação, de política na

⁵⁰⁵ FERRARESI, Eurico. *A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

defesa de interesses com o necessário aparato técnico [jurídico; f) *legislativa*: em três situações, o legislador da Lei da Ação Civil Pública, induziu a propositura da ação coletiva pelo Ministério Público: f.1) *art.6.º* □ ao estabelecer que qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando [lhes informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando [lhes os elementos de convicção; f.2) *art. 7.º* □ seguindo a prescrição do art. 40 do CPP, juízes e tribunais deverão remeter peças ao Ministério Público, sempre que tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a instauração do inquérito civil ou a propositura da ação coletiva; f.3) *art. 8.º* □ embora a legitimação ativa seja concorrente e disjuntiva (plural), apenas o Ministério Público tem a faculdade de instaurar o *inquérito civil*, que tramitará sob sua presidência, destinado à colheita de elementos para eventual propositura da ação civil pública. Por meio deste instrumento, o Ministério Público poderá expedir *notificações* para colher depoimento ou esclarecimento; requisitar *condução coercitiva*, em caso de não comparecimento injustificado, bem como *informações, exames periciais e documentos; promover inspeções e diligências investigatórias* (cf. art. 129, III, VI e VIII, CF/88; art. 26 da Lei 8.625/93, e arts. 7.º e 8.º da LC 75/93). 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. (Destaques do autor)⁵⁰⁶

Rodolfo de C. Mancuso complementa e corrobora as lições acima trazendo, também, os seus porquês da vultosa atuação do Ministério Público frente aos demais co- legitimados ativos:

O diagnóstico do problema em causa – isto é, saber o porquê de os demais co- legitimados ativos à ação civil pública não mostrarem o mesmo *élan* do Ministério Público – exigiria abordagens diversas, até mesmo de cunho sociológico, o que excederia os limites deste trabalho. Mas, pode ser útil considerar que, embora tal legitimação seja deferida em modo concorrente [disjuntivo, portanto a todos e a cada um dos credenciados pela norma de regência, não se pode deixar de constatar algumas peculiaridades que de algum modo os *desequiparam*: (i) só as associações estão sujeitas aos quesitos da *pertinência temática* entre seu objetivo estatutário e o interesse objetivado no processo, assim como à exigência da prévia constituição mínima de um ano e autorização assemblear (art. 5.º, II e § 4.º, da Lei n.º 7.347/85); (ii) enquanto todos os legitimados ativos podem pleitear a tutela de interesses individuais homogêneos (Lei n.º 8.078/90, art. 81, III, c/c o art. 82, IV, e art. 117), ao Ministério Público toca ainda o quesito adicional de que tais interesses, em algum modo, revelem [se *indisponíveis* (CF, art. 127, final), (...)) (iii) enquanto as associações, sindicatos, partidos políticos *podem* ajuizar a ação civil pública (ou seja, esta lhes vem *disponibilizada*), já o Ministério Público – e também, a nosso ver, os entes políticos – *deve* ajuizá-la quando presente os seus pressupostos, porque em face destes dois últimos co- legitimados ativos tal ação, por sua natureza e finalidade, apresenta [se indeclinável; (iv) enquanto União, Estados, Municípios, Distrito Federal, não raro, defrontam [se com pressões e injunções de caráter político que muita vez obstaculizam o ajuizamento de ações dessa natureza, e as associações, a seu turno, enfrentam dificuldades estruturais e financeiras para ajuizar as ações e mantê-las em andamento, tais adversidades não assombram o Ministério Público, que goza de independência funcional e orçamentária, a par de dispor do poderoso instrumento do inquérito civil (art. 9.º e parágrafos da Lei n.º 7.347/85). (Destaques do autor)⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pp. 183-184.

⁵⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Projetada Participação Equânime dos Co-legitimados à Propositura da Ação Civil Pública: da Previsão Normativa à Realidade Forense*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos

No que difere, portanto, e nessas circunstâncias, a atuação do membro do *Parquet* em relação ao particular? Apenas agir em nome da entidade sob o palio de um dispositivo legal? É certo que na maioria das vezes o membro do Ministério Público atua lançando mão de poderes que lhe facilitam a busca por provas, tais como o mencionado inquérito civil, e, em até muitas vezes, a requisição de força policial para o bom andamento de suas investigações. Em outras palavras, a estrutura organizacional e funcional do Ministério Público seria um fator, por si só, para justificar essa concentração da condução do processo coletivo nas mãos deste legitimado ativo? Cremos que não! Joselita Nepomuceno Borba comunga de nossa posição quando escreve:

Mas até que ponto essa legitimação concorrente disjuntiva favorece a efetiva tutela dos direitos coletivos? Registra a doutrina que os entes co-legitimados têm pouca atuação na defesa dos interesses metaindividuais, ficando a atuação majoritária por conta do Ministério Público.

Tal circunstância resultaria da dificuldade de acesso à prova, na medida em que o Ministério Público dispõe do inquérito civil? Acredita-se que não. Falta, na verdade, processo de conscientização da coletividade para o exercício da cidadania, por meio do qual, cada cidadão, por si ou por seu grupo, fosse em busca de suas garantias fundamentais e em defesa da coisa pública.

Só assim as associações e sindicatos de trabalhadores e corporações de empregadores poderiam, tomando consciência do seu real papel na sociedade, sair da inércia em que se encontram para agir em defesa do meio ambiente natural e artificial, dos interesses da categoria de trabalhadores, da economia popular, entre outros.

De qualquer forma, não é o fato de o Ministério Público possuir estrutura legal, orgânica e funcional, com tradição em defesa de interesses públicos, que, sozinho, vai se lançar a empreitada de defesa dos interesses posicionados na esfera de legitimidade concorrente.⁵⁰⁸

□ luz destes argumentos, lançamos no ar outra indagação: como se deve encarar, portanto, o fato de um particular deter provas suficientes para ingressar em juízo com demanda coletiva e ter que aguardar a atuação de um dos legitimados ativos para somente então mover a dita ação?

Ora, crê-se que a espera pode ocasionar prejuízos de grande monta ao particular e a toda coletividade pelo simples fato de não se ter a possibilidade de se ingressar em juízo para assegurar a não ocorrência do possível dano. Imagine-se uma comarca em uma remota localidade do país onde não exista membro do Ministério Público que esteja presente as vinte e quatro horas do dia, todos os dias da semana, nem exista associação organizada para a

(coord.). **Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2006. Pp. 237-238.

⁵⁰⁸ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da Tutela Coletiva.** São Paulo: LTr, 2008. p. 127.

defesa urgente daquele interesse ou direito coletivo em sentido estrito⁵⁰⁹ – de determinado grupo de pessoas em especial –, na ameaça de ser lesionado. Imagine agora possuir o cidadão elementos de prova capazes de convencer o julgador a julgar procedente o pedido. Seria justo, então, aguardar a vinda de um legitimado para somente se tomar uma atitude em relação a esta possibilidade de dano? Por exemplos como este acredita-se estar sendo violado o amplo acesso à Justiça, bem como violado o próprio Art. 5.º, XXXV, CF, o qual determina a não exclusão pela lei de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Nesse diapasão, somos asseclas da corrente adotada por Eurico Ferraresi, o qual termina reconhecendo que a veemente atuação do Ministério Público nestes casos deixou enfraquecida, de certa forma, a atuação cidadã! No caso da Ação Popular, por exemplo, o papel assumido pelo referido órgão ministerial acabou por desestimular a participação do cidadão, o qual permanece muitas vezes inerte diante de uma situação de ameaça a direitos e interesses por já ter adquirido a cultura de sempre esperar a atuação do *Parquet*.

(...) a atuação do Ministério Público tolheu as iniciativas das associações e do cidadão no ajuizamento da ação popular. Com efeito, como a instituição assumiu de uma forma tão voraz a defesa dos direitos supra-individuais, toda a comunidade permaneceu inerte, fazendo, no máximo, cobrar sua atuação. A situação, que deveria ser provisória e excepcional, acabou virando a regra.⁵¹⁰

A cultura de se concentrar nas mãos de uns poucos legitimados a condução das Ações Coletivas, rechaçando o particular do ingresso em Juízo, acabou criando uma cultura de se ficar de braços cruzados esperando a atuação de um terceiro legitimado ativo. Esse comodismo, é fato, também se deve à impossibilidade de manejo pelo particular de outros meios processuais – que não apenas a Ação Popular – para proteger direitos e interesses coletivos em sentido amplo. Com isso, acredita-se que o fundamento da República inserto no Art. 1.º, II, CF (cidadania) esteja sendo deixado à margem de toda essa discussão por aqueles que não admitem a outorga de legitimação ao particular para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Na verdade, existe um paradigma que precisa ser quebrado, qual seja, a ideologia liberal-individual que permeia o direito processual como um todo! Atualmente o que se vislumbra na seara processual é uma nítida mudança paradigmática, a qual se manifesta pela

⁵⁰⁹ O exemplo deve se referir realmente a direito coletivo em sentido estrito, uma vez que, em se tratando de direitos difusos, o cidadão possui atualmente a legitimidade ativa outorgada pela Lei da Ação Popular e pela Constituição Federal.

⁵¹⁰ FERRARESI, Eurico. *A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 138-139.

transformação dos referenciais técnicos, políticos e ideológicos que alicerçavam o direito processual civil individual.⁵¹¹ O novo paradigma pós-moderno se contrapõe ao paradigma liberal-individual (moderno); aquele prima pela consecução da dignidade da pessoa humana, ou seja, deixou-se de lado os ideais liberais que viam no indivíduo o único sujeito de direitos e passou-se à valorização do coletivismo e da solidariedade, os quais serviram de canais ao almejo da dignidade da pessoa humana.⁵¹²

Todavia, mesmo com essas mudanças paradigmáticas, ainda há a insistência de se primar por técnicas processuais voltadas para a proteção do indivíduo, como bem assevera Elton Venturi:

Não obstante a realidade da alteração paradigmática supradestacada, insiste-se em submeter as essenciais e cada vez mais complexas controvérsias da vida social *globalizada*, marcadas pela nota da *transindividualidade* dos direitos, aos velhos referenciais que se prestaram, temporal e espacialmente, a inspirar uma específica técnica processual voltada para atender mais aos anseios de afirmação do indivíduo do que na sociedade na qual está inserido. (Destaques do autor)⁵¹³

Com base no que foi exposto, chega-se à conclusão de que esta revolução paradigmática é marcada por uma instrumentalidade irrestrita, aberta e flexível à nova moldura de conflitos sociais (como bem observa Venturi), ou seja, deve-se conceber a técnica processual aberta às novas realidades, com todo o seu dinamismo. Disso faz surgir uma essencial modificação da garantia do acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, CF) – baseada na ideologia constitucional “quanto à busca de soluções para os conflitos emergentes da sociedade de massa” –, ampliando-a.⁵¹⁴

“Esta ampliação do princípio da inafastabilidade, aliada à consagração de uma série de direitos individuais e sociais fundamentais e inderrogáveis, como os supramencionados, ressaltando-se ainda, pelo próprio texto do art. 5.º, § 2.º, da CF, que ‘os direitos e as garantias expressos 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’, torna lícito aludirmos, em suma, a uma verdadeira transformação no âmbito das garantias constitucionais, decorrente da transposição do enfoque do objeto a ser tutelado, do individual para o social, fenômeno semelhante ao que motivou a doutrina italiana a mencionar a presença hodierna de um ‘neogarantismo’, pelo qual se liberta o processo do formalismo tradicional-individualista, imprimindo-se-lhe natureza substancial, aceitando as

⁵¹¹ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007. Pp. 24-25.

⁵¹² VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007. Pp. 26; 29-31.

⁵¹³ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31.

⁵¹⁴ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007. Pp. 33-34.

implicações derivadas não só da nova relação entre juiz e partes, como da própria transformação das controvérsias.”⁵¹⁵

Na nossa ótica, essa mudança paradigmática perpassa também pela mudança no modo de encarar a participação popular, ou seja, no próprio conceito de *democracia*. Vivencia-se hodiernamente também uma mudança de paradigmas neste conceito de democracia, a qual deve passar a não mais ser compreendida como uma democracia apenas *representativa*, mas, sobretudo, uma democracia *participativa* em virtude do alcance dos direitos coletivos em sentido amplo – especialmente os difusos – se dar a uma gama indeterminada de indivíduos. Sobre tal mudança, é imperioso destacar os escritos de Rodolfo de Camargo Mancuso:

(...) estamos hoje a caminho de superar a concepção de democracia *representativa*, para ascendermos à chamada “democracia participativa”, onde a existência de representantes eleitos não exclui a participação dos cidadão em geral, isoladamente ou em grupos. A gestão da coisa pública é, significativamente, uma *res publica*, de modo que todos os integrantes da comunidade têm título para dela participarem.

(...)

Não há, portanto, falar em *usurpação* ou *intromissão indevida*, quando se leva em conta que cada indivíduo, na condição de *destinatário* e *credor* da boa gestão dos negócios *públicos*, tem título originário para dela participar *ativamente*. Concede-se que nessa participação podem ocorrer abusos, nos casos em que a ostensiva defesa de interesses gerais possa esconder, porventura, mesquinhos interesses individuais; em tais hipóteses, o Direito há de fornecer os meios para se cobrir esses desvios. O inaceitável é que, a pretexto de “resguardar” a “boa ordem da Administração”, se reprima a participação desses *legítimos* titulares do direito público subjetivo à proba e eficiente gestão de coisa pública. (Destaques do autor)⁵¹⁶

Ora, não se pode discutir mais o relevante papel desempenhado pelas ações coletivas nesse sentido, principalmente quando se fala em legitimar o indivíduo a manejar tais instrumentos, pois, como bem ressaltou Mancuso, é inaceitável suprimir a atuação do particular, por meio do processo coletivo, de tentar fazer valer e concretizar direitos sociais dos quais ele e toda a coletividade em conjunto são titulares⁵¹⁷. Estes direitos (ou interesses) sociais, ressalte-se, podem ser pacificamente considerados como difusos ou coletivos em sentido estrito, conforme preconiza Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Interesse social”, no sentido que concerne ao presente estudo, é aquele que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que a sociedade entender por “bem comum”; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, *escolheu* como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo “coletivo” num sentido

⁵¹⁵ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34.

⁵¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pp. 132-133.

⁵¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.133.

amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao *exercício coletivo de interesses coletivos*. (Destaques do autor)⁵¹⁸

Complementando o pensamento acima, Ana Cristina Costa Meireles, afirma que a classificação dos direitos e interesses em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos:

(...) é importante (...) considerando que, a depender do fato gerador e das repercussões daí advindas, os direitos subjetivos que se originam da incidência das normas programáticas de direitos sociais poderão, por vezes, caracterizar-se como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, além, logicamente, do direito subjetivo individual clássico.⁵¹⁹

Atente-se, em contrapartida, para o fato da ocorrência de abusos referida pelo autor; todavia, para isso existe o tão já falado controle da representação adequada. Em suma, o que não se pode admitir é a transferência desse poder a apenas alguns entes, os quais não se apresentam – muitas vezes – como legítimos titulares⁵²⁰ da pretensão deduzida em juízo, agindo assim em regime de substituição processual.

Portanto, para o Brasil que se qualifica como um Estado *Democrático Social de Direito*, o pleno acesso ao Judiciário deve constituir medida basilar de fomento a um dos pilares de sustentação do próprio Estado, o qual constitui um dos seus valiosos fundamentos, qual seja, a cidadania (Art. 1.º, II, CF). Notemos que no mesmo rol de fundamentos da República encontra-se a dignidade da pessoa humana, colocada como fundamento qualificador justamente deste Estado Social e Democrático de Direito. Sendo assim, essa mudança de paradigmas processuais visa dar maior efetividade aos direitos sociais afirmados no texto constitucional, cumprindo, dessa forma, com o que Boaventura de Sousa Santos preconizou acerca da existência dos adjetivos *social e democrático*, presente na qualificação de determinado Estado; para ele, não basta apenas a previsão no bojo do texto constitucional

⁵¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

⁵¹⁹ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais: Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 215.

⁵²⁰ Ressalte-se que, pelas lições do mestre Manoel Severo Neto, parafraseando Torquato Castro, a legitimação é título. Portanto, sendo os destinatários dos direitos coletivos em sentido amplo os titulares destes, devem ser também legitimados a defendê-los em juízo: “Legitimação é título, e em direito título é a causa ou razão de ser que identifica e isola o sujeito da própria relação jurídica, de modo a precisar que somente determinada pessoa é competente para atuar juridicamente. (...) O instituto da legitimação como título de uma justificação prévia nos informa qual o sujeito indicado pela lei, identificando-o como o único sujeito competente para agir juridicamente. Essa identificação do sujeito é decorrente de uma posição idônea – um papel decorrente de um fato jurídico – justificada por uma ‘razão, causa ou título específico pelo qual alguém – pessoa física ou jurídica – é chamado pela ordem jurídica para ser sujeito (titular ativo e passivo) de uma posição de direito.’” (CASTRO, Torquato *Apud* SEVERO NETO, Manoel. **Teoria da Legitimação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. Pp. 03-04.)

das garantias dos direitos sociais, é preciso ir além, devendo o Estado dispor de mecanismos de efetiva participação popular e conseqüente incremento da cidadania:

Esta nova forma de um possível Estado democrático deve assentar em dois princípios de experimentação política. O primeiro é de que o Estado só é genuinamente experimental na medida em que às diferentes soluções institucionais são dadas iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria. Ou seja, o Estado experimental é democrático na medida em que confere igualdade de oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade democrática. Só assim a luta democrática se converte verdadeiramente em luta por alternativas democráticas. Só assim é possível lutar democraticamente contra o dogmatismo democrático. Esta experimentação institucional que ocorre no interior do campo democrático não pode deixar de causar alguma instabilidade e incoerência na ação estatal e pela fragmentação estatal que dela eventualmente resulte podem subrepticiamente gerar-se novas exclusões. Trata-se de um risco sério, tanto mais que na nova organização política de que o Estado faz parte é ainda ao Estado democrático que compete estabilizar minimamente as expectativas dos cidadãos e criar padrões mínimos de segurança e de inclusão que reduzam a ansiedade até o patamar em que ela deixa de ser um fator de bloqueamento ao exercício da cidadania ativa.

Nestas circunstâncias o Estado experimental deve não só garantir a igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas deve também — e é este o segundo princípio da experimentação política — garantir padrões mínimos de inclusão, que tornem possível a cidadania ativa necessária a monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos alternativos. Estes padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática. O novo Estado de bem-estar é um Estado experimental, e é a experimentação contínua da participação dos cidadãos que garante a sustentabilidade do bem-estar.⁵²¹

Dizer também que um determinado Estado é Democrático e de Direito, é dizer que este deve possuir uma maior abertura da via judiciária no intuito de melhor proteger e concretizar os direitos sociais. A razão destas afirmações reside no seguinte motivo: para que o Judiciário cumpra seu papel de auxiliar na implementação de políticas públicas e, por conseguinte, realizar a justiça social, deve abandonar de vez as concepções liberais individuais que servem de fundamento para um direito processual individualista pouco preocupado com a garantia do acesso à justiça.⁵²² Nesse ponto, é o Direito Processual Coletivo instrumento capaz de concretizar o Estado Democrático de Direito, pois através de seus institutos e princípios observa-se um desprendimento da técnica processual liberal arcaica; entretanto, os mencionados institutos devem estar em consonância com os ideais buscados pela tutela coletiva, dentre eles o pleno acesso à justiça e a efetivação dos direitos sociais, conforme bem escreve Elton Venturi:

⁵²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a Democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (org). **Os Sentidos da Democracia: Políticas do dissenso e hegemonia global**. 2.^a ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 2000. Pp. 125-126.

⁵²² VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 102.

A tutela coletiva assume, desta forma, uma função extraordinária, que exorbita o plano jurídico e social, sendo indispensável à conformação política do *Estado Democrático de Direito*. A efetiva operacionalidade do sistema das ações coletivas passa a ser encarada não mais como mera *conseqüência*, mas como *condição de existência e prevalência da democracia*, diante das possibilidades que gera em relação ao rompimento das inúmeras barreiras opostas ao acesso à justiça, mediante o emprego de técnicas diferenciadas de legitimação ativa e de extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada. (Destques do autor) ⁵²³

O destaque acima fica a cargo das técnicas diferenciadas da legitimação ativa. Por tudo o que já foi escrito neste ensaio, a ampliação do rol dos legitimados ativos, com o fito de abarcar a legitimação individual para mover ações coletivas nos moldes como propõem os anteprojetos já referidos neste trabalho, representa no nosso sentir a maior arma do Direito Processual Coletivo para incremento da cidadania – o que seria uma oportunidade muito proveitosa e ímpar para tentar se quebrar um pouco com a inação do cidadão frente à violação de direitos – e, conseqüentemente, efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil (Art. 3.º, CF), o que por tabela implicaria na solidificação dos direitos sociais.

Seguindo nessa linha, o Direito Processual Coletivo apresenta-se como meio bastante apto a concretizar políticas públicas e, por via lógica, sedimentar os direitos sociais.⁵²⁴ Tal fenômeno também recebe o nome de *Judicialização da Política*, o qual, segundo os ensinamentos de Dierle José Coelho Nunes – lançando mão dos ensinamentos de C. Neal Tate e Tobjörn Vallinder – ganhou delineamento a partir do trabalho dos referidos doutrinadores retromencionados, o qual foi intitulado de *The Global Expansion of Judicial Power*, onde foi denominada a tendência de repassar o poder de decisão do Executivo e Legislativo para o Judiciário de *judicialização*. Segundo Nunes, fazendo uso das lições de Neal Tate, “O Judiciário passa a participar das decisões políticas tomadas, de modo criterioso

⁵²³ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 102.

⁵²⁴ Ricardo de Barros Leonel aponta como fato gerador dessa atuação jurisdicional a precariedade da atuação estatal na condução da coisa pública, em especial na concretização destes direitos sociais: “Relevante notar que a problemática dos interesses coletivos não se exaure na individualização do seu conteúdo, mas sim na correlativa forma de tutela em virtude da insuficiência da atuação protetiva da Administração Pública, i.é, do Estado. Daí decorrem outras questões indissociáveis, tais quais a posição no ordenamento de formações sociais intermediárias, as relações entre indivíduos e grupo, bem como a Administração Pública, e finalmente a tarefa ou missão do juiz na dinâmica relacionada à solução de tais conflitos, pois tudo isto implica de certa forma em gestão, pelo Judiciário, da coisa pública. (...) É inevitável a identificação de uma nova função de natureza política e democrática do processo, pela atuação do denominado processo coletivo. O fenômeno rende margem à participação de entidades distintas do próprio aparato estatal sistematizado pelos órgãos governamentais, na formulação dos novos caminhos a serem seguidos pela sociedade. Resta manifesta a dimensão política do processo, nas opções relacionadas às decisões fundamentais a serem tomadas pelo Estado. (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pp. 30-31.)

ou arbitrário, por outras instituições, criando ou substituindo-as.”⁵²⁵ Existe um porquê da ocorrência deste fenómeno denominado de *Judicialização da Política*, bem definido por Antoine Garapon, o qual explica a razão da ingerência hodierna do Judiciário na implementação das chamadas políticas públicas:

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela (...) que se busca a consagração da ação política. O sucesso é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçaram-se em governar, no dia-a-dia, indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto.⁵²⁷

Acaba, por essas razões, o juiz se imiscuindo nas tarefas atinentes ao Poder Executivo, interferindo, sem margem para dúvidas, na implementação de políticas públicas. Por políticas públicas devemos entender como sendo “as atividades do Estado, que visam a atingir determinada finalidade, prevista no ordenamento legal, mediante a prática de atos de administração.”⁵²⁸ A prática das referidas políticas públicas descamba para a concretização dos direitos fundamentais sociais, seja por intermédio de uma prestação positiva, ou por meio de um ato omissivo da Administração de se abster de violar algum direito fundamental social. Nesse sentido, ilustra Swarai Cervone de Oliveira:

Consideradas as políticas públicas como meio para efetivação dos direitos fundamentais, é correta a afirmativa de que existe um direito constitucional a que elas sejam implementadas. Deveras, de nada valeria a garantia formal da existência de direitos fundamentais se não houvesse o correlato dever de torná-los efetivos.⁵²⁹

⁵²⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn *Apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 179.

⁵²⁶ Alguns autores de prestígio apresentam suas razões para o surgimento do fenómeno chamado de *judicialização da política*, de acordo com os escritos de Dierle J. C. Nunes. Para Mauro Cappelletti, tal fenómeno “seria fruto do agigantamento de Estado, promovido pelo modelo de *Welfare*”. Já para os já citados C. Neal Tate e Tobjörn Vallinder, o fenómeno “seria causado pela queda do comunismo e da União Soviética, bem como pelo conseqüente reforço do papel norte-americano no contexto mundial, fato que conduziu a que as técnicas de *judicial review* desse país fossem copiadas por outros”. Para Antoine Garapon, a judicialização da política “seria fruto do enfraquecimento do Estado em face das pressões do mercado”. (CAPPELLETTI, Mauro; TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn; GARAPON, Antoine *Apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 180.)

⁵²⁷ GARAPON, Antoine *Apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá, 2009. Pp. 181-182.

⁵²⁸ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas: Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 109.

⁵²⁹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas: Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 110.

Nesse diapasão, a atuação do órgão jurisdicional por meio do processo coletivo não deixa de ter relevante papel nesse mister de implantação e concretização de políticas públicas. Parece não pairar dúvidas, portanto, quanto à necessidade de conceder ao indivíduo a possibilidade de concretização dos direitos sociais por meio do processo, implementando, assim, políticas públicas ante a omissão estatal, como bem define Luigi Ferrajoli:

(...) sería necesario que las leyes em materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos.⁵³⁰ (Destaques do autor)

Os institutos processuais que guarnecem o Processo Coletivo – notadamente a extensão da coisa julgada e os poderes inerentes ao juiz para fazer valer a sua decisão⁵³¹ –, constituem instrumentos poderosos nessa tarefa. A doutrina é assente quanto a eficácia deste novel ramo processual no cumprimento da implementação de políticas públicas, aqui citando a doutrina de Sérgio Cruz Arenhart:

Diante do âmbito da eficácia das decisões aqui proferidas, haverá corriqueiramente tendência a alterar de modo substancial uma política governamental ou implantar decisões administrativas até então não adotadas. Obviamente, no campo financeiro, também estas decisões produzirão reflexos sensíveis. Afinal, é certo que a determinação judicial, impondo ao Estado a adoção de certa postura (especialmente quando a determinação for de alguma atitude comissiva), importará novos custos, novo gerenciamento de recursos e alteração nas prioridades governamentais. (...) A fim de enfrentar a questão posta, um pressuposto merece ser ponderado: o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera “boca da lei” como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar.⁵³²

Corroborando os transcritos acima, está a doutrina de Swarai Cervone de Oliveira:

⁵³⁰ FERRAJOLI, Luigi *Apud* CARBONELL, Miguel. *Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Elementos para una Teoría Compleja*. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (org.). **Constituição e Efetividade Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 263. Nota 31.

⁵³¹ Especialmente a Tutela Inibitória das obrigações de fazer e não-fazer, aplicadas subsidiariamente pelo CPC no seu Art. 461.

⁵³² ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177> Acesso em: 02 maio 2010.

A Constituição Federal, ao traçar os objetivos do Estado, fá-lo de forma vinculante ao administrador. Ele estará obrigado, ao exercer seu poder discricionário, a adotar medidas que vão ao encontro do interesse público. Estará obrigado a justificar sua decisão, demonstrando que se trata da solução *ótima* a ser adotada naquele caso concreto. Há de convencer que a política pública escolhida foi a mais idônea para o alcance dos fins determinados pela Constituição Federal. (Destaque do autor)⁵³³

Nesse diapasão, discute-se se a atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas não estaria a adentrar de forma violenta as esferas de atuação dos demais poderes. O cerne da questão é saber se o Judiciário tem o poder de interferir na famosa discricionariedade da Administração Pública⁵³⁴, ou deve se limitar a apenas determinar a aplicação de determinada política, ficando a cargo da Administração apenas decidir o modo como essa política pública será concretizada. Num primeiro momento, cremos não haver imissão indevida do Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes, como bem observa Sergio Cruz Arenhart:

(...) não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida. (...)

É corrente falar-se na impossibilidade de o Poder Judiciário controlar o “mérito” do ato administrativo, dizendo-se com isso que não compete ao magistrado apreciar a conveniência e oportunidade daquela espécie de ato.

Realmente, existe – e deve existir, pela precisa maneira distinta de legitimação da função exercida pela função administrativa e pela função jurisdicional do Estado – limite para o controle do ato público pelo Judiciário. Não é conveniente (nem tocaria à função reservada ao Poder Judiciário) que o magistrado se substitua ao administrador, regendo a forma pela qual o Estado deve ser gerido. Não foi para desempenhar este papel que o juiz foi galgado a esta posição, nem se espera deste agente a compreensão da lógica que preside a atividade desenvolvida pelo Poder Executivo. Há, portanto, sem dúvida, uma porção do ato administrativo insindacável pelo magistrado, dentro do qual, realmente, não há legítima interferência judicial. (...)

A presença desta margem de “liberdade” legal, obviamente, implica aceitar que a escolha da opção cabe ao administrador, não havendo espaço para a sobreposição desta escolha por outra, do mesmo porte, realizada pelo magistrado. Daí, todavia, a imaginar-se que o ato administrativo (dito discricionário) não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, vai uma grande distância. Na realidade, embora se deva reconhecer limite para a atividade judicial no exame do ato discricionário, isto não

⁵³³ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas: Coleção Atlas de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 110.

⁵³⁴ Por discricionariedade do ato administrativo, é de todo oportuno ressaltarmos neste momento, entenda-se como aquele que não está livre dos limites impostos pela lei, conforme bem explicita Maria Sylvia Z. Di Pietro: “(...) o poder da Administração é **discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mas aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser **arbitrária**, ou seja, contrária à lei.” (Destques da autora) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 205.)

implica dizer que haverá *liberdade* para o agir do administrador, que poderá adotar a solução que melhor lhe convenha.⁵³⁵

Por estes argumentos, fica bastante clara a impossibilidade do Poder Judiciário de controlar os atos administrativos discricionários da Administração Pública, notadamente no que tange à finalidade, forma e competência do ato administrativo. A determinação de realização de políticas públicas pelo Judiciário é algo mais direto e pontual; ou seja, a “interferência” do Judiciário cinge-se apenas à questão de averiguar e controlar a correta aplicação, à luz dos casos concretos, das políticas públicas, tendo em mira só e somente só na busca da certeza de estar o interesse público resguardado. Outrossim, o magistrado não deve ter receio dessa “intromissão”, pois, dado o poder que emana das ações coletivas de influir na condução de políticas públicas, tal decisão oriunda de um processo coletivo assume uma roupagem de extrema relevância social⁵³⁶; e agindo assim, o magistrado estará cumprindo com seu dever constitucional de entrega da prestação jurisdicional e fortalecendo ao mesmo tempo um dos objetivos da República Federativa do Brasil (Art. 3.º, III, CF).⁵³⁷ O Juiz nestas situações não é agente ilegítimo como à primeira vista poderia se imaginar; pelo contrário: sua legitimidade advém do próprio sistema constitucional⁵³⁸ e pelo próprio procedimento que faz do contraditório sua situação legitimante⁵³⁹.

⁵³⁵ ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177> Acesso em: 02 maio 2010.

⁵³⁶ Corroborar Ricardo de Barros Leonel: “Não há como negar uma função normativa relacionada à tutela jurisdicional dos interesses coletivos. Esta nova dimensão no exercício da função jurisdicional do Estado implica necessariamente uma mudança de mentalidade não somente das partes, no debate travado em juízo, como ainda dos próprios órgãos judiciais. A solução dos conflitos não reflete mais simplesmente a aplicação ou não do direito positivo, mas também a realização de opções políticas, e ainda a interferência de amplo espectro na vida em sociedade. Assemelha-se de certo modo às opções que são levadas a termo pelo próprio legislador, ao editar o ordenamento positivo, e pelo Executivo, ao determinar a condução dos negócios do Estado. (...) É a visão do processo coletivo como instrumento de integração democrática, participativa, de cunho técnico-jurídico e político, como vertente metodológica do denominado instrumentalismo substancial.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.)

⁵³⁷ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas: Coleção Atlas de Processo Civil.** São Paulo: Atlas, 2009. Pp. 110-111.

⁵³⁸ “Ainda que os juizes não sejam, ao contrário dos membros do Executivo e Legislativo, eleitos pelo voto, esse não é o único instrumento ou fator de legitimação do órgão estatal. A Constituição e o sistema de divisão de funções dentro do Estado legitimam, diretamente, os juizes a exercerem o controle da Administração Pública e a tornarem efetivos os direitos fundamentais dos administrados. (...) Não se trata de falar em um governo da Magistratura, função para a qual os juizes, seja pela sua formação, seja pela atividade que exercem, não estão preparados. Aí, realmente, a legitimidade só se dá pelo voto. O papel do Poder Judiciário não é o de administrar, senão o de corrigir os desvios e dar efetividade ao direito. (OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas: Coleção Atlas de Processo Civil.** São Paulo: Atlas, 2009. p. 115.)

⁵³⁹ “(...) embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.” (ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** Jus Navigandi,

Em contrapartida, não se deve esquecer que a atuação do magistrado, na condução do processo coletivo, deve estar em perfeita sintonia com os valores e princípios defendidos pela Constituição⁵⁴⁰. cremos que a legitimidade de sua atuação na concreção de políticas públicas também é aferida pela sua atuação como presidente da marcha processual, ou seja, antes de qualquer coisa, o magistrado deve pretender conformar a sua decisão aos valores e princípios insertos no texto maior, sempre, obviamente, à luz do caso concreto.

O aprendizado desta nova forma de pensar para o magistrado exige que ele tome sempre em consideração duas questões fundamentais: de um lado a atenção constante aos princípios fundamentais do Direito (somados aos seus critérios hermenêuticos e sua forma de incidência); de outro a redobrada sensibilidade com a realidade social. Realmente, a presença constante, nas ações coletivas, do conflito entre interesses coletivos relevantes (ou entre interesse coletivo e interesse individual relevantes) impõe que o magistrado, na solução da questão, se pautar sempre por critérios que apliquem ao caso concreto os princípios constitucionais, colocando em foco – antes da solução do litígio – a discussão a respeito da interpretação e aplicação da Constituição da República.⁵⁴¹

Esse modo de condução do processo, o qual se constitui ao mesmo tempo em parâmetro para a tomada de decisões no processo coletivo, é fruto da mudança paradigmática já bem tratada nesta etapa do trabalho, onde a mudança das concepções liberais e individuais para uma nova mentalidade voltada para a consecução dos ideais buscados pelo Estado Democrático e Social de Direito se faz necessária.

Nos dias de hoje, operada a transformação que culminou na criação de um novo “Estado de Direito”, não há mais razão para contrapor o indivíduo ao Estado, mas sim para zelar por sua justa inserção na vida social e pelo exercício concreto dos novos direitos. Como o objetivo do Estado não é mais apenas proteger os “direitos naturais imprescritíveis do homem”, ocorreu o abandono da política inicial de mera defesa das liberdades, tendo o Estado passado a interferir sempre de modo mais decisivo na esfera dos particulares para a satisfação das necessidades sociais. Essa mudança do perfil do Estado deveria estar refletida não só na predisposição das tutelas jurisdicionais, mas sobretudo na mentalidade dos processualistas e operadores do direito, que necessariamente devem pensar o direito processual à luz dos valores da Constituição.⁵⁴²

Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177> Acesso em: 02 maio 2010.)

⁵⁴⁰ Segundo Gregório Assagra de Almeida, a regra da aplicabilidade de todas as regras interpretativas e principiológicas do direito constitucional ao processo coletivo: “(...) é fundamental e decorre da própria *natureza jurídica de direito processual constitucional-social* desse novo ramo do direito processual; assim, são aplicáveis as regras principiológicas do direito constitucional, tais como a interpretação conforme a Constituição, da interpretação constitucional evolutiva, da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, da máxima efetividade ou eficiência das normas constitucionais, além de outras diretrizes principiológicas, tais como as decorrentes da supremacia da Constituição e da unidade constitucional. (...) a manutenção da linguagem constitucional se dá pela própria natureza processual constitucional social do direito processual coletivo.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pp. 68 e 157.)

⁵⁴¹ ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177> Acesso em: 02 maio 2010.

⁵⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pp. 83-84.

Voltando agora nossas atenções mais para o objeto deste estudo, fica evidente, a nosso ver, a importância de se alargar o rol de legitimados ativos individuais para englobar a legitimação ativa individual nas Ações Coletivas. Possibilitando ao particular o manejo das indigitadas ações (mas tendo sempre à vista o controle da representação adequada, repise-se), não se tem dúvidas de que haverá um incremento significativo da participação popular na condução dos destinos da sociedade, valor este desde já colocado no mais alto pedestal dos fundamentos da República, qual seja, a cidadania. Seguindo esse modo de pensar, Sérgio Cruz Arenhart escreve:

A ampliação no uso das demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao Poder Público torna-se, então, mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Nesse passo, as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional. (...)

A ação civil pública é, nesse passo, instrumento de exercício da democracia participativa direta, e o juiz, ao julgá-la, exerce nítida função política, ao lado da jurídica. Neste papel, porém, deve o magistrado buscar formular estas opções políticas *não segundo suas próprias opiniões ou convicções*, mas sim de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades. (Destaques do autor)⁵⁴³

Contudo, ressalte-se mais uma vez o seguinte: a supramencionada mudança dirige-se para a aceitação do particular manejar a ação coletiva (e nessa altura pouco importa o *nomem iuris* da ação) para a defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, sem se fazer distinção do objeto de defesa para cada eventual tipo de ação como ocorre atualmente⁵⁴⁴. Pugna-se, então, pela sistemática adotada pelos anteprojetos de códigos de processos coletivos, onde não se reconhece essa “discriminação” por ações a depender do objeto a ser tutelado, haja vista existir naqueles anteprojetos apenas a possibilidade de manuseio de uma *Ação Coletiva*, simplesmente.

Em países periféricos como o nosso, onde o principal programa social destina-se, ainda, ao combate do pleno estado de miserabilidade do cidadão (*Fome Zero e Bolsa-família*), existe uma presunção quase absoluta da inidoneidade dos dutos de acesso do cidadão ao Poder Judiciário (leia-se: acesso a uma ordem jurídica justa) para rechaçar ou inibir lesões ou

⁵⁴³ ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 02 maio 2010.

⁵⁴⁴ Somente a título de lembrança: a Ação Civil Pública se presta para a tutela do meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor estético, histórico, artístico, turístico e paisagístico, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística e quaisquer outros direitos; a Ação Popular, por sua vez, se presta apenas para a tutela do patrimônio público, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural.

ameaças de lesões a direitos. Afastar ou restringir a tutela jurisdicional coletiva é o mesmo que negar o basilar princípio do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.⁵⁴⁵ Então, se é indubitavelmente necessária essa efetivação, porque não ampliar o rol de legitimados ativos para outorgar ao particular esse poder? Somente a título de ratificação, há muito tempo que a doutrina brasileira já se manifestava em prol da necessidade de uma efetiva participação por intermédio dos instrumentos processuais – em particular os instrumentos processuais que compõem o Direito Processual Coletivo –, alvejando a concretização dos direitos coletivos em sentido amplo e sociais de segunda geração, revelando dessa forma a deficiência dos meios tradicionais do exercício da democracia para resolver esse problema:

Todo este movimento legislativo destinado a propiciar a intervenção em questões de grande espectro reflete a insuficiência dos meios tradicionais de exercício democrático e a necessidade de participação através do processo. É inafastável o reconhecimento da politização do instrumento.⁵⁴⁶

Logo, a nosso ver, não admitir a ampliação do rol dos legitimados ativos parece, de certa forma, restringir ainda mais a tutela jurisdicional coletiva, o que vai obstaculizar, certamente, ainda mais a implementação dos ideais buscados por este Estado que se diz *Democrático* e de *Direito*.

4.1.3.1. Incremento da Cidadania pela Outorga da Legitimação Ativa ao Cidadão para Mover as Ações Coletivas.

Num primeiro momento, é importante se ter a idéia da mudança conceitual e paradigmática sofrida pelo termo *cidadania* na sociedade pós-moderna. O clássico sentido de cidadania como a forma de participação do cidadão por meio apenas do voto tem se mostrado ultrapassado, haja vista a crescente complexidade das relações sociais atualmente; tal concepção nos leva até a chamada *democracia representativa*. Em outros termos, como bem definem Lenio Streck e J. L. Bolzan de Moraes, “em tempos de crise das fórmulas organizacionais da modernidade, a própria idéia de democracia e, atrelada a ela a de cidadania, precisa ser contextualizada”.⁵⁴⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em estudo sobre o controle judicial de políticas públicas retrata bem essa mudança de paradigmas que

⁵⁴⁵ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 103.

⁵⁴⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

⁵⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 3.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 123.

sofrem os conteúdos da *cidadania* e da *democracia* na passagem do século XX para o século XXI:

Este é o primeiro dos dois grandes paradigmas que mudaram dramaticamente a política e o direito na passagem do século XX para o século XXI, juntamente com o que se segue, o dos direitos fundamentais.

Ora, o antigo *conceito formal de democracia*, como produto da expressão censitária da vontade de um eleitorado, não importa como se o defina em termos de sua composição, de tal modo abalado pelas trágicas experiências políticas do século XX, que culminara com a propagação de ideologias totalitárias e radicais de que resultaram as hecatombes de três guerras mundiais, duas quentes e uma fria, mas não menos letal, transmutou-se, auspiciosamente, em um *conceito material de democracia*, definido por sua carga própria de valores. (Destques do autor)⁵⁴⁸

Portanto, a idéia de cidadania hoje ultrapassa visivelmente a noção restrita de participação por meio da capacidade eleitoral ativa e passiva; vai-se muito mais além a participação do indivíduo na definição dos destinos da sociedade. Sintetizando bem essa novel essência da cidadania estão as lições de Walber de Moura Agra, que assim expõe:

É a participação dos cidadãos nas decisões políticas da sociedade. Porém, ela não se restringe ao voto, exaurindo-se de forma imediata – o voto é apenas uma etapa do processo de cidadania. Todas as vezes que um cidadão se posiciona frente à atuação estatal, criticando ou apoiando determinada medida, está realizando um exercício de cidadania. (...)

Hodiernamente, o conceito de cidadania se liga ao conceito de democracia. Esse regime político não se concretiza sem a cidadania ativa. Com a ausência da participação do povo nas decisões políticas, as instituições democráticas não podem ser aprimoradas, pois é a conscientização paulatina da população que propicia o seu funcionamento.⁵⁴⁹

Está insita, portanto, a idéia de efetiva participação do cidadão na condução das políticas estatais voltadas para a consecução dos objetivos fundamentais de qualquer Estado que se proclame *Democrático* e de *Direito*; nos tempos atuais, a democracia e a cidadania convergem para a realização dos objetivos sociais.⁵⁵⁰ Percebe-se que a cidadania é dotada, hoje – segundo os ensinamentos de Paulo Hamilton Siqueira Júnior –, de um duplo sentido: um restrito e técnico, e outro amplo. No primeiro, a cidadania mantém ligação direta com o exercício dos direitos políticos, ou seja, a clássica concepção de cidadania; no segundo, a cidadania “é o exercício de outras prerrogativas constitucionais que surgiram como

⁵⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas Públicas: possibilidade e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 49-67.

⁵⁴⁹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Pp. 108-109.

⁵⁵⁰ Quanto ao *conteúdo*, é necessário que tenhamos presente que a questão da democracia e da cidadania há muito ultrapassaram o seu viés *político* e ingressaram em outros setores, tais como o *social* – na perspectiva do Estado do Bem-Estar Social – o *gênero*, o *trabalho*, a *escola*, o *consumo*, os *afetos*, as *relações jurídicas e jurisdicionais* – muito embora neste último talvez seja aquele em que ocorra a maior defasagem (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 124.).

consectário lógico do Estado Democrático e Social de Direito. Esse foi o sentido empregado pela Constituição Federal, nos arts. 1.º, II, 5.º, LXXI, 22, XIII, e 68, § 1.º, II.”⁵⁵¹

Toda essa mudança de paradigmas é fruto da chamada *crise da democracia representativa*, tão bem delineada e definida por Antonio Carlos Wolkmer⁵⁵² □⁵⁵³. Segundo o referido autor, em virtude dessa crise e das degenerações da vida cotidiana, uma solução viável que implique numa superação das marginalidades e exclusões sociais adviria por meio de um “poder de pressão dos novos sujeitos sociais, agentes capazes de instaurar uma prática diferenciada e criativa”.⁵⁵⁴ Para Wolkmer, isso representaria um novo marco da política, ou seja, está o autor se referindo à chamada *democracia participativa*, a qual se contrapõe ao modelo tradicional de democracia representativa em crise, a qual prevê a ascensão da participação de novos sujeitos sociais na definição dos meios empregados pelo Estado para a consecução dos interesses da comunidade.⁵⁵⁵ Para isso ocorrer, Wolkmer defende um processo

⁵⁵¹ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pp. 241 □242.

⁵⁵² Wolkmer tenta explicar as razões que levaram a esta crise: “Na verdade, a crise de representação vem acompanhada de uma crise maior da própria política expressa pela perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e no poder judiciário. Tendo em vista a realidade periférica como a dos países latino-americanos, pode-se encontrar uma primeira explicação (conjuntural) no fato de que a democracia existente não é realmente representativa, mas uma delegação engendrada e manipulada por lideranças de tradição caudilhesca.” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pp. 91 □92.)

⁵⁵³ Wolkmer ainda traz em sua obra as conclusões do autor argentino, Daniel Delgado, sobre os porquês da emergência da crise em comento: “Para Daniel Delgado, inicialmente há de se considerar o atual desencanto com a política devido ao descumprimento das promessas eleitorais, ou seja, além do esvaziamento do valor dos mandatos políticos, cada vez mais cresce a distância entre as propostas programáticas prometidas e as decisões políticas que realmente são tomadas (...). Um segundo aspecto a ter presente é o fenômeno da corrupção e da consequente prática da impunidade. A corrupção que toma conta da classe política atravessa os detentores do poder, favorecendo a emergência de uma ética do ‘vale-tudo’, da irresponsabilidade e da hipocrisia. (...) Um terceiro fator que tem contribuído para o desprestígio da classe política e que tem levado à crise de representação é a deterioração das condições sociais e a exclusão de grandes parcelas da população. A classe política tem sido responsabilizada pela ampliação da pobreza, pela inoperância em dar respostas às crescentes demandas da sociedade e pela situação atual de incerteza quanto ao futuro. (...) Outro dado a levar em conta é a dificuldade que o político tradicional tem de dar respostas a problemas cada vez mais complexos e diversificados, exigindo especialização técnica e alto nível de profissionalização. (...) outro fator que vem afetando o paradigma representativo é o esgotamento de conceitos e ideologias que, até pouco tempo atrás, serviram de fundamento e de legitimação para as formas de organização social e de ação política. As grandes utopias sociais da modernidade (como o socialismo, o sujeito coletivo, o Estado-nação) entraram em declínio diante da globalização da política, desencadeada por uma cultura pós-moderna, esvaziada do imaginário revolucionário do centralismo da política e da dimensão emancipadora. (...) Por último, o sistema de representação é influenciado pelo poder de pressão dos meios de comunicação, que nem sempre expressam os intentos e as necessidades da sociedade em geral, mas na maioria das vezes, reproduzem os interesses dos detentores do capital e dos grupos hegemônicos. A mídia como uma espécie de poder inserido no espaço de cruzamento entre o Estado e a sociedade poderia ter uma função de relevância ética na formação da opinião pública e na contribuição da democratização da política, mas isso não tem acontecido nas experiências institucionais de sociedades periféricas.” (DELGADO, Daniel *Apud* WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pp. 92 □94.)

⁵⁵⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 95.

⁵⁵⁵ O autor, fazendo uso das lições de Celso F. Campilongo, descreve como deve ser essa passagem da concepção de democracia representativa para a participativa: “Na medida em que a formulação atual de

democrático fundado na *descentralização*, na *participação* e na *redefinição de cidadania*.⁵⁵⁶

Corroborando o pensamento de Wolkmer, Marcos Augusto Maliska ressalta a importância da democracia participativa e descentralizada:

A participação política democrática, de forma descentralizada, constitui-se como um ideal a ser buscado constantemente, pois representa o pleno exercício da cidadania, não apenas no sentido formal da democracia liberal, mas também no sentido efetivo, material. Formas de descentralização e participação políticas populares devem ser os objetivos dos que defendem uma sociedade igualitária, democrática e livre.⁵⁵⁷

Essa descentralização, a nosso ver, representa a outorga aos novos sujeitos coletivos de participarem das definições acerca da implantação de políticas públicas, bem como de poder exercer atos de controle sobre o ente estatal, dada a crise de representação democrática atual que somente vê como canal de realização do bem-estar social, v.g., os partidos políticos e sindicatos.⁵⁵⁸ Sobre essa *descentralização* preleciona Wolkmer:

(...) o moderno processo de descentralização está inteiramente relacionado com a ação participativa como instrumento para o desenvolvimento de uma política democrática. A consolidação da sociedade democrática descentralizadora só se efetiva com a participação e o controle por parte dos sujeitos sociais. Na medida em que o sistema convencional de representação envelhece e não consegue responder às demandas sociais, estabelecem-se os requisitos de participação para as novas identidades coletivas. (...)

Por certo, o espaço público unificado e homogêneo das formas de representação convencional (partidos políticos e sindicatos) cede lugar à pluralidade de práticas participativas e atuações coletivas implementadas por novos sujeitos coletivos.⁵⁵⁹

É exatamente neste ponto onde aparece o Direito Processual Coletivo, principalmente o tocante à ampliação do rol dos legitimados ativos para englobar o particular a manejar as ações coletivas para a defesa dos direitos e interesses coletivos em sentido amplo. Cremos que a ampliação em comento possa representar também uma forma de participação do cidadão na concretização dos direitos fundamentais sociais e demais direitos coletivos em sentido amplo primaciais da sociedade, uma vez que o Direito Processual

representação política (sistema eleitoral e partidário) está em crise, devendo ser questionada e modificada radicalmente, torna-se imperioso e urgente tal quadro institucional através de fórmulas suplementares de organização dos agentes coletivos, fundada numa racionalidade diversa das estruturas formais e burocratizadas. Trata-se da criação de novas instituições políticas que integrem novos sujeitos emergentes e que universalizem a estratégia da cidadania participativa.” (CAMPILONGO, Celso F. *Apud* WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pp. 94-95.)

⁵⁵⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 96.

⁵⁵⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 92.

⁵⁵⁸ “A participação não só se revela importante mecanismo de atuação direta dos cidadãos no jogo democrático, como também a prática mais efetiva e permanente de controle da coisa pública.” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97.)

⁵⁵⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Pp. 97-98.

Coletivo é visto pela moderna doutrina processualista como um instrumento potencializado de transformação positiva da realidade:

O direito processual coletivo comum é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais. (...) Com efeito, o direito processual coletivo brasileiro, seja como instrumento de proteção potencializada da Constituição, seja como instrumento de sua efetivação e transformação positiva potencializada da realidade social, inspira-se e fundamenta-se no princípio democrático, do qual as suas diretrizes principiológicas e regras interpretativas devem ser extraídas. (Destques do autor)⁵⁶⁰

Na nossa concepção, seria perfeitamente possível considerar o particular dentro da concepção do que seriam esses *novos sujeitos coletivos* definidos por Wolkmer. Seguindo nesse raciocínio, com a possibilidade do particular mover ações coletivas para tutelar quaisquer direitos coletivos em sentido amplo, viria à tona uma maior possibilidade de participação popular com o fito de concretizar os direitos sociais e conseqüente afirmação de políticas públicas, o que descambaria para a firmação da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Logo, como todo poder emana do povo, e sendo a cidadania uma forma de exercício da soberania – sem a qual não se poderia falar em Estado –, bem como sendo o fundamento da dignidade humana reconhecido por meio da concretização dos direitos sociais e outros direitos coletivos primaciais da sociedade, a participação do indivíduo por meio do Judiciário (que tem por função efetivar aqueles direitos) é manifestação do pleno exercício da cidadania, e como tal deve ser incentivado.⁵⁶¹ Portanto, a ampliação dos legitimados ativos para abarcar o indivíduo a mover ações coletivas se mostra – a nosso ver – como medida salutar para a implementação do Estado Democrático de Direito.

Todavia, é importante ressaltar que para a ocorrência desta efetiva mudança de paradigmas acima referida, o efetivo incremento da cidadania – especialmente na sociedade brasileira hodierna – e a conseqüente concretização dos direitos sociais fundamentais e primaciais da sociedade por meio deste *espaço público*, que poderia ser representado pelo

⁵⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pp. 59 e 62.

⁵⁶¹ “O mais importante fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, ao nosso ver, é sem dúvida alguma a dignidade da pessoa humana.

Dela decorre todo o raciocínio jurídico interpretativo. Queremos dizer com isso que o intérprete e o aplicador da lei, bem como todo e qualquer operador do Direito, e ainda o legislador e o administrador do Executivo devem ter em mente, para a prática dos seus atos, esse fundamento. (...)

Ademais, torna-se a dignidade, pela leitura do art. 1.º da nossa Carta Magna, fundamento primeiro da nação, pois cidadania é forma de exercício da soberania. Soberania é requisito essencial do Estado, não havendo este último sem o fundamento primeiro.” (SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pp. 142 e 144.)

manuseio das ações coletivas pelos particulares, deve advir de uma mudança de mentalidade dos cidadãos como bem define Fábio F. B. Freitas:

Nossa sociedade apresenta uma fraca cultura política, resultado de práticas pouco democráticas – para não dizer autoritárias –, práticas essas que perduram até os dias de hoje. Há, contudo, de se levar em conta a dificuldade em se modificar a falta de autonomia que impregna a cultura política brasileira. O estatuto jurídico, ao considerar a cidadania uma condição estática de participação na sociedade, propicia a exclusão de indivíduos que não se enquadram na ordem dos direitos e deveres. Por outro lado, a cultura do povo brasileiro é uma cultura de colonizado, reflexo de muitos anos de exploração, o que se perpetua até hoje. (...)

O acesso ao espaço público se dá pela politização do sujeito no sentido de modificar esse pensamento que está arraigado nos costumes do povo brasileiro. Isso passa pela formação de uma cultura política, em que os sujeitos passem realmente a ocupar o espaço público como espaço de luta por reivindicações e melhoria das condições de vida.⁵⁶²

A solução para este problema, segundo Eduardo Appio, estaria na qualificação do espaço judicial como espaço público, gratuito, universalizado e acima de tudo legítimo para os debates em torno dos problemas internos.⁵⁶³ Nesse diapasão, as ações coletivas, manejadas em especial pelos legitimados ativos individuais como propõem os anteprojetos de código de processo coletivo citados neste ensaio, seria instrumento hábil para este fim, reconstruindo, dessa forma, a cidadania no país, devolvendo-lhe o seu verdadeiro significado.

Notemos, portanto, o quanto é imprescindível a tomada de consciência dos valores da cidadania, os quais, infelizmente, hoje encontram-se adormecidos, quase num estado de hibernação, fruto da ausência de políticas sociais como, por exemplo, o melhoramento das bases educacionais, o que acarreta na falta de senso crítico do particular, aliadas, é claro, ao intenso grau de impunidade que assola a nação.⁵⁶⁴

Após toda essa análise, chega-se à conclusão que a ampliação do rol dos legitimados ativos de modo a permitir ao particular mover ações coletivas para a tutela de interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, se mostra de

⁵⁶² FREITAS, Fábio F. B. *ara al m da “estadania” pensando a cidadania como categoria estrat gica*. In: NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G. e FREITAS, Fábio F. B. (org.). **Polícia e Democracia: Desafios à educação em direitos humanos**. Recife: Bagaço, 2002. p. 49-81.

⁵⁶³ APPIO, Eduardo. *A (re) construção da cidadania no Brasil da Pós-modernidade através das Ações Cíveis Públicas – A legitimidade pelo interesse*. In: **Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, n.º 75/76. ano. 21/1.º semestre, 2004. Pp. 169-189.

⁵⁶⁴ Aclarando essas afirmações, Eduardo Appio nos mostra a contribuição do Poder Legislativo para esta mazela: “O legislador não mais representa a expectativa da grande maioria dos brasileiros, considerando que está vinculado à lógica do mercado. A cessão de parcela individual da liberdade, em prol da construção de sociedades democráticas, acabou se transformando na impossibilidade prática de realização das potencialidades humanas, seja por falta de alimentação, adequação ou saúde necessárias” (APPIO, Eduardo. *A (re) construção da cidadania no Brasil da Pós-modernidade através das Ações Cíveis Públicas – A legitimidade pelo interesse*. In: **Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, n.º 75/76. ano. 21/1.º semestre, 2004. Pp. 169-189.)

fundamental importância para a consecução dos fundamentos insertos na Constituição Federal, em especial a cidadania, consubstanciada no seu Art. 1.º, II.

Não acreditamos que a referida ampliação seja incompatível, ou tampouco perniciosa ao sistema de proteção aos direitos metaindividuais. Antes, incrementa a participação popular e, conseqüentemente, a cidadania. Numa sociedade marcadamente discrepante no que tange à extensão e limites dos seus direitos, retirar do cidadão – destinatário final da norma – o direito de discutir estes limites, privando-o de trazer ao debate seus valores e suas concepções de justiça é, a nosso ver, retirar a expressão máxima da democracia. E essa participação pode vir ao mundo fático através do Direito Processual Coletivo, sendo que para isso os indivíduos não fiquem restritos às tênues hipóteses de manejo das Ações Coletivas, pois com a ampliação do rol dos legitimados ativos estar-se-á fomentando a transformação positiva da realidade social por meio do processo coletivo, o qual se apresenta como instrumento hábil a tal mister.

Entretanto, a ampliação deve ser inserida com vistas à uma representação adequada do indivíduo que se propõe a representar o grupo – aferida por meio de critérios objetivos, mas não em rol fechado – a fim de se evitar a utilização do processo coletivo como instrumento para fins outros, desvirtuando a sua finalidade, que é servir de canal para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo da República Federativa do Brasil (Art. 3.º, I, CF).

CONCLUSÕES

O vasto caminho percorrido ao longo deste nosso estudo teve como fim alertar o jurista da modernidade para a necessidade de efetiva tutela das espécies de direitos e interesses ditos coletivos em sentido amplo, considerados primaciais para o desenvolvimento pleno dos fins objetivados pelo Estado Democrático de Direito. Não é por outra razão que tais direitos ou interesses, hodiernamente, possuem *status* constitucional, como, *v.g.*, meio ambiente, consumidor, administração pública etc. Isto se explica por meio de fatos marcantes no trajeto da humanidade ao longo dos tempos. O aparecimento de grandes conglomerados urbanos, robustecido com a Revolução Industrial e a conseqüente produção em massa, fomentada pelo fenômeno da globalização são alguns dos muitos fatores determinantes para o surgimento destes novos direitos.

O caráter de indivisibilidade destes direitos ou interesses, e, portanto, a potencialidade de grandes prejuízos para toda a sociedade por meio de lesões a estes direitos, fez surgir a necessidade de se ter instrumentos eficazes para a sua proteção e que fossem capazes de romper com as deficientes formas de tutela individuais¹ liberais que imperavam antes daqueles acontecimentos.

Assim nasceu o Direito Processual Coletivo como instrumento de implementação do Estado Democrático de Direito, rompendo com os ideais liberais² individuais, uma vez que à época do Estado Social de Direito, embora existisse o reconhecimento de alguns direitos sociais, não havia meios idôneos para o resguardo destes.

No Brasil, a tutela dos direitos e interesses transindividuais tem o seu momento de glória com o advento da Constituição Federal de 1988, Constituição Cidadã, instituidora do Estado Democrático de Direito, constitucionalizando mecanismos de tutela coletiva dos direitos como a Ação Popular (art.5.º, LXXIII, CF); o Mandado de Segurança Coletivo (art. 5.º, LXX, CF) e a Ação Civil Pública (art. 129, III, CF). Além da mencionada dignidade constitucional, o Direito Processual Coletivo possui objeto, método e princípios próprios, requisitos indispensáveis para qualquer ciência, tendo sido demonstrado com bastante clareza ao longo deste ensaio. Pela constatação feita no decorrer desta dissertação daqueles requisitos, todas as dúvidas e resistências à aquisição da autonomia científica em análise caem por terra.

Ao lado dos princípios constitucionais processuais, aplicados também ao Direito Processual Coletivo, como ficou bem claro, está o aspecto positivo da instrumentalidade processual, principalmente quando o assunto é a admissão em juízo – ponto sensível de

aferição desta mesma efetividade –, pois estimula o ingresso dos legitimados dispensando os das custas processuais e honorários de sucumbência.

Todavia, este estímulo pode também ser provocado por outro meio, qual seja, a ampliação do rol dos legitimados ativos para incluir o cidadão a estar apto a manejar ações coletivas para não somente a defesa dos interesses e direitos previstos na Lei da Ação Popular, mas todos os direitos coletivos em sentido amplo!

Creemos que o primeiro passo foi dado. Com a idealização dos anteprojetos de código de processos coletivos – onde se reúnem os institutos processuais coletivos – estes prevêem a legitimação ativa do indivíduo para o ingresso em juízo com o fito de tutelar os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Todavia, a conclusão a que chegamos gira em torno da necessidade de se ter, realmente, um controle da representação adequada do ingresso deste indivíduo no processo, uma vez que o mesmo vai lidar com a defesa de direitos e interesses de outros não envolvidos na lide, a fim de preservar, obviamente, aqueles direitos e interesses de manipulações processuais direcionadas à consecução de objetivos particulares e diversos dos verdadeiros ideais pretendidos pelo Direito Processual Coletivo.

Atualmente, pudemos constatar a postura adotada pelos referidos anteprojetos de código de processo coletivo. Tais anteprojetos propõem a adoção de critérios objetivos para aferição desta representação adequada a serem constatados por meio da atuação judicial no caso concreto, como, *v.g.*, histórico de defesa destes direitos, capacidade econômica etc. Entretanto, concluímos que tais critérios adotados pelos anteprojetos de código de processo coletivo, se forem interpretados como um rol *numerus clausus*, taxativo, não contribuirá em muitas situações para se incrementar a participação popular por meio do processo coletivo. Explica-se: Imaginemos um cidadão consumidor, residente em determinada localidade onde não esteja o Ministério Público presente, que juntamente com uma gama considerável de pessoas de sua cidade teve sua saúde afetada, juntamente com uma considerável gama de pessoas daquela localidade, pela comercialização de produtos com prazo de validade vencido por determinado fornecedor. Tal cidadão não poderia ajuizar uma demanda individualmente representando os outros cidadãos daquele vilarejo, pedindo uma condenação pecuniária por danos morais e materiais devido aos gastos com medicamentos se, por exemplo, adotando um dos critérios de aferição da representatividade adequada dos anteprojetos em comento, ficasse comprovado ser a sua primeira demanda coletiva representando interesses de outros cidadãos, pois seu histórico não lhe seria favorável! Apenas a título informativo, a tutela de interesses consumeristas pelo ajuizamento de demanda coletiva – pelo atual sistema de proteção dos

interesses massificados – somente é feita por meio da Ação Civil Pública, onde o indivíduo não possui legitimidade ativa. Seria, portanto, justo negar o acesso ao Judiciário não somente daquele indivíduo em especial, mas de toda uma coletividade? Seria justo aguardar a vinda do Ministério Público – ainda tão distante de alguns dos rincões do nosso país – àquela localidade para somente então se tomar uma atitude? Acreditamos ser negativa a resposta.

Portanto, a aferição da *representação adequada* deve perpassar, sim, por critérios objetivos, previamente definidos em lei, mas que seja tal rol de critério *meramente exemplificativo*. Cremos que seria bastante adequado – e aqui nos atrevemos a dar uma sugestão aos referidos anteprojetos – que mais uma norma fosse inserida na parte atinente à averiguação da representação adequada, na qual houvesse a expressa previsão da não taxatividade daqueles critérios. Todavia, é importante dizer que, cabe ao magistrado esse controle, e em qualquer fase do processo, o qual tomará apenas como norte os critérios definidos na lei para basear sua decisão. Acreditamos que a preservação destes critérios objetivos na lei inibirá, por outro lado, a atuação amplamente discricionária do juiz, evitando assim a tomada de decisões de não ingresso do particular em virtude de interesses particulares ou escusos. É importante destacar ainda a possibilidade, a nosso ver, da aplicação dos critérios de exclusão (*opt-out*) típicos do direito norteamericano, dos representados componentes do grupo, como forma de se esquivarem da abrangência dos efeitos da coisa julgada. Entretanto, para isso ocorrer, deve haver uma ampla publicidade da demanda no intuito de possibilitar a manifestação dos representados em se vincularem ou não aos efeitos da *res iudicata* coletiva.

Conclui-se também que a participação popular por meio do processo coletivo – em especial a participação do indivíduo – se apresenta como um canal idôneo para a concretização dos direitos fundamentais sociais e daqueles direitos e interesses metaindividuais, fomentando assim a cidadania; esta, por sua vez, representa numa sociedade hipercomplexa, como a atual, muito mais do que a simples participação por intermédio do voto, ou seja, hodiernamente a idéia de democracia representativa sai de cena para dar lugar à chamada *democracia participativa*, onde exista a participação popular na condução dos interesses da coletividade. Ademais, conforme ficou delineado durante toda a explanação da primeira parte do último capítulo deste ensaio, na sociedade pluralista na qual estamos inseridos, a constituição adota claramente o viés comunitarista, pois prevê em seu texto instrumentos processuais e procedimentais que permitem a ampla participação do indivíduo, assegurando inclusive processos de controle, numa nítida intenção de abrir ainda mais à interpretação das normas insertas no Texto Magno. Esse pensamento reforça nossa tese de que a participação popular por meio do processo – em especial o processo coletivo – é

bastante conveniente à concepção do fato do pluralismo visto pelo ângulo das concepções comunitaristas.

A referida participação popular, por sua vez, não se restringe apenas à concretização dos direitos metaindividuais; mais do que isso ela também se reveste de um meio potencializado de implementação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário, fenômeno este que recebe o nome de *Judicialização da Política*. Tal fenômeno, como exaustivamente debatido no corpo deste trabalho, advém da noção de Constituição Dirigente a qual estabelece ao Estado metas de alcance dos objetivos políticos traçados pela Carta Magna, sendo esta a face da outra moeda que representava o Estado Liberal. Com a passagem para o Estado Social, a perspectiva de realização do bem-estar da comunidade deixa de fazer parte da concepção de não ingerência estatal para se deslocar à compreensão do Estado provedor. Sendo este ente político – através do Poder Executivo – o responsável pela concretização daquele mínimo civilizatório e existencial, suas omissões podem ser supridas por intermédio da intervenção do Judiciário, o qual tem ao seu alcance uma poderosa arma para executar esta tarefa, qual seja, o direito processual coletivo, enriquecido com a participação ampla dos cidadãos aptos e legitimados a provocá-lo.

Concluimos, por fim, que a ampliação do rol dos legitimados ativos de modo a permitir ao particular mover ações coletivas para a tutela de interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, se mostra de fundamental importância para a consecução dos fundamentos insertos na Constituição Federal, em especial a cidadania, consubstanciada no Art. 1.º, II deste Diploma Legal Magno.

Não acreditamos que a referida ampliação seja incompatível, ou tampouco perniciosa ao sistema de proteção aos direitos metaindividuais. Antes, incrementa a participação popular e, conseqüentemente, a cidadania. Numa sociedade marcadamente discrepante no que tange à extensão e limites dos seus direitos, retirar do cidadão – destinatário final da norma – o direito de discutir estes limites, privando-o de trazer ao debate seus valores e suas concepções de justiça é, a nosso ver, retirar a expressão máxima da democracia. E essa participação pode vir ao mundo fático-jurídico através do Direito Processual Coletivo, sem que para isso os indivíduos fiquem restritos às tênues hipóteses de manejo das Ações Coletivas, pois ampliando o rol dos legitimados ativos estar-se-á fomentando a transformação positiva da realidade social por meio do processo coletivo, o qual se apresenta como instrumento hábil a tal mister.

Entretanto, repise-se, a ampliação deve ser inserida com vistas à uma representação adequada do indivíduo que se propõe a representar o grupo a fim de se evitar a

utilização do processo coletivo como instrumento para fins outros, desvirtuando a sua finalidade, que é servir de canal para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo da República Federativa do Brasil (Art. 3.º, I, CF).

Associação dos Juizes Federais do Brasil. n.º 75/76. ano. 21/1.º semestre, 2004. Pp. 169-189.

ARAÚJO, Juiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177> Acesso em: 02 maio 2010.

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança.** 8.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma Repolitização da Legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da Tutela Coletiva.** São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constitui/C3/A7ao.htm>. Acesso em: 10.set.2010.

Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 09 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 02.dez.2010.

Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 05 de julho de 1965 e republicado em 08 de abril de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4717.htm>. Acesso em: 10.set.2010.

□□□□□□□ Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 10.set.2010.

□□□□□□□ Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 25 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 10.set.2010.

□□□□□□□ Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 25 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 1.º.dez.2010.

□□□□□□□ Lei n.º 7.913, de 07 de dezembro de 1989. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Senado Federal, Brasília-DF, 11 de dezembro de 1989. Republicada no Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Senado Federal em 12 de dezembro de 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l7913.htm>. Acesso em: 02.dez.2010.

□□□□□□□ Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 12 de setembro de 1990, retificado no Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 10 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10.set.2010.

□□□□□□□ Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 03 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8429.htm>. Acesso em: 02.dez.2010.

□□□□□□□ Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 14 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8952.htm>. Acesso em: 1.º.dez.2010.

□□□□□□□ Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Congresso Nacional, Brasília-DF, 24 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9494.htm>. Acesso em: 02.dez.2010.

Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 08 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10444.htm>. Acesso em: 1.º.dez.2010.

Lei n.º 11.672, de 08 de maio de 2008. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF, 09 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Ato2007/2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 08.dez.2010.

Projeto de Lei n.º 166, de 08 de junho de 2010. Diário Oficial do Senado Federal. Senado Federal, Poder Legislativo, Brasília-DF, 10 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p=cod=mate=97249>. Acesso em: 14.dez.2010.

Projeto de Lei n.º 5.139, de 29 de abril de 2009. Diário da Câmara dos Deputados. Câmara Federal, Poder Legislativo, Brasília-DF, 06 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop/Detalhe.asp?id=432485>. Acesso em: 14.dez.2010.

Superior Tribunal de Justiça. (1.ª Seção). Mandado de Segurança n.º: 197/DF. PROCESSUAL MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PARTIDO POLITICO ILEGITIMIDADE. Relator: Ministro José de Jesus Filho. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=197&b=ACOR&p=true&t=10&i=6>. Acesso em: 02.dez.2010.

Superior Tribunal de Justiça. (4.ª Turma). Recurso Especial n.º: 43585/MG. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321420/recurso_especial_resp_43585_mg_1994_0002889_0_stj. Acesso em: 10.set.2010.

Superior Tribunal de Justiça. (4.ª Turma). Recurso Especial n.º: 556618/DF. PROCESSUAL CIVIL – CARTÃO DE CRÉDITO – COBRANÇA DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO ADICIONAL – DIREITOS COLETIVOS – INDIVISIBILIDADE AÇÃO

CIVIL PÚBLICA MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMAÇÃO. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=556618&b=ACOR&p=true&t=110i>. Acesso em: 10.set.2010.

Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n.º: 163231. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS – MENSALIDADES ESCOLARES – CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTIR AS EM JUÍZO.

Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.E163231.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10.set.2010.

Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno) Súmula 629. A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=629.NUME.&20NAO&20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10.set.2010.

Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno) Súmula 630. A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=630.NUME.&20NAO&20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10.set.2010.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2.ª Câmara Cível). Agravo n.º AG 000.274.753/3/00. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Deferimento de liminar inaudita altera pars. Possibilidade. Poder geral de cautela. Existência dos requisitos previstos no artigo 84, parágrafo 3º, do CDC. Relator: Desembargador Brandão Teixeira. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5798485/100000027475330001mg/100000027475330001tjmg>. Acesso em: 10.set.2010.

□□□□□□□ Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1.ª Câmara de Direito Comercial). Agravo de Instrumento n.º: 2003.014390□4. AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA A FIM DE IMPEDIR A INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS CADASTROS DOS SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO – POSSIBILIDADE – ART. 461, § 4º DO CPC E ART. 84, § 4º, DO CODECON – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Relator: Desembargador Ricardo Fontes. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5211393/agravo-de-instrumento-ai-49331-sc-2004004933-tj-sc>. Acesso em: 10.set.2010.

□□□□□□□ Tribunal Regional Federal da 1.ª Região (5.ª Turma). Agravo de Instrumento n.º: 2001.010.00.12908□8. ADMINISTRATIVO. INTERESSES DIFUSOS REFERENTES AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. OBRA DE DEMOLIÇÃO DE PARTE DA FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S/A NA ESTAÇÃO FERROVIÁRIA DE CACHOEIRA□BA. DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL DO PAÍS. DANO AO MEIO AMBIENTE. AMEAÇA DA ESTABILIDADE E CONSERVAÇÃO DE PRÉDIO TOMBADO PELO TRáfEGO DE TRENS NO INTERIOR DA ESTAÇÃO ESCOAMENTO DE PRODUTOS PETROQUÍMICOS ATRAVÉS DE CENTRO URBANO. Relator: Juíza Selene Maria de Almeida. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/3614>. Acesso em: 10.set.2010.

C□MARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v. I.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

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.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais: Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

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

MONTEIRO, Agnelo Limeira dos Milagres. *A Prestação Jurisdicional e a sua Eficácia Processual*. In: **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru PE**. Caruaru – PE, v. 34 – nº 1 – outubro de 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 21.

□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□ **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G. e FREITAS, Fábio F. B. (org.). **Polícia e Democracia: Desafios à educação em direitos humanos**. Recife: Bagaço, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 49.

SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 36.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivo e individuais no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História do Brasil**. São Paulo: Scipione, 1997.

WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad: José Luis Martí y Eugueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.