



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

ALEXANDRE MOTA BRANDÃO DE ARAÚJO

CONDIÇÕES DA AÇÃO CIVIL
PÚBLICA

BRASÍLIA – DF

2013

ALEXANDRE MOTA BRANDÃO DE ARAÚJO

CONDIÇÕES DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília,
como exigência para obtenção do título
de mestre em direito.

Orientador: Professor Doutor
Guilherme Fernandes Neto

BRASÍLIA – DF

2013



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de Araújo.

Condições da ação civil pública. Alexandre Mota Brandão de Araújo – Brasília, Distrito Federal: FD-UnB, 2013.

Orientador: Professor Dr. Guilherme Fernandes Neto

Dissertação - Faculdade de Direito – Programa de Pós-graduação em direito. Mestrado em direito.

Brasília - DF, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

1. Ação civil pública – Processo civil

I. ARAÚJO, A. M.B. II. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. III.

Condições da ação civil pública.

BRASÍLIA – DF

2013

ALEXANDRE MOTA BRANDÃO DE ARAÚJO

CONDIÇÕES DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília,
como exigência para obtenção do título
de mestre em direito.

Orientador: Professor Doutor
Guilherme Fernandes Neto

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto - UnB

Prof. Dr. I'talo Fioravanti Sabo Mendes - UnB

Prof. Dr. José Eduardo Sabo Paes

Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima – UnB (suplente)

Dedico esta dissertação à minha mãe, LUZIA, como demonstração do meu amor e afeto.

Aos meus irmãos Felipe e Catarina, pelo apoio constante.

À Tia Ana e ao Jefferson, pelo inesquecível apoio.

Ao João Gabriel, para que persiga o caminho do conhecimento.

À Tia Lili, ao Carlos e ao Carlos Alexandre, pelo incentivo constante.

Ao meu falecido pai, Erasmo, com respeito e carinho.

À Mariana Texeira Sabato, que, com paciência e carinho, suportou as minhas ausências, para a produção desta dissertação.

Agradecimentos

Agradeço ao professor Guilherme Fernandes Neto, que tanto me auxiliou a haurir, nas mais importantes obras de processo civil nacionais e estrangeiras, o conhecimento necessário sobre os institutos jurídicos fundamentais a respeito dos pressupostos processuais e da legitimidade nos processos coletivos, sobretudo na ACP. Além disso, foi um grande incentivador para a conclusão deste trabalho, além de uma importante referência bibliográfica.

Exponho os meus agradecimentos ao professor Henriques Fagundes Filho, por nos ter emprestado importantes obras de autores estrangeiros e pela grande confiança.

De igual modo, agradeço, penhoradamente, ao professor Jorge Amaury e ao professor Ronaldo Polletti, por ter acreditado em nosso potencial.

Registro a minha gratidão ao professor Frederico Henrique Viegas de Lima, que nos fez divisar novos horizontes no direito civil, fundamentais à compreensão da eficácia dos direitos metaindividuais.

À colega Katia Sérvulo, que nos auxiliou, sobremaneira, na formatação dessa dissertação, assim como ao meu cunhado Yuri Zuvanov, pelo inestimável auxílio na pesquisa jurisprudencial.

“Amai a justiça, vós os que julgais a terra. Senti bem do Senhor, e buscai-o com simplicidade de coração;” (Bíblia Sagrada, Livro da Sabedoria, Capítulo 1, versículo 1)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO – Ação Cível Originária

ACO-QO – Questão de ordem na ação cível originária

ACP – Ação civil pública

ADI – ação declaratória incidental

ADIn – ação direta de inconstitucionalidade

ADPF – arguição de descumprimento de preceito fundamental

AgRG na AO – Agravo Regimental na Ação Originária

AgRg na MC – Agravo Regimental na Medida Cautelar

AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial

ampl. - ampliada

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

art. - artigo

arts. - artigos

atual. - atualizada

CC – Código Civil

c/c – combinado com

Ccomp – Conflito de Competência

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CE – Corte Especial

CPC – Código de Processo Civil

CBPCo – Código Brasileiro de Processos Coletivos

CF/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DJe – Diário da Justiça Eletrônico (STJ)

DJE – Diário da Justiça Eletrônico (STF)

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ed. - edição

EUA – Estados Unidos da América

FGTS – fundo de garantia por tempo de serviço

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IRDR – incidente de resolução de demandas repetitivas

LACP – Lei de Ação Civil Pública

LAP – Lei de Ação Popular

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

LMSC – Lei do Mandado de Segurança Coletivo

Min. - Ministro

MP – Ministério Público

MPDFT – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MPE – Ministério Público Estadual

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mandado de Segurança

n. - número

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organizações das Nações Unidas

op. cit. - obra citada

orgs. - organizadores

p. - página

PL – projeto de lei

RE – recurso extraordinários

REsp – recurso especial

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

rev. - revisto

s. - seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJBA – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UE – União Europeia

v. - ver

v.g. - *verbi gratia*

v. - volume

v.u. - votação unânime

SUMÁRIO

Resumo.....	16
Abstract.....	17
Apresentação.....	20

CAPÍTULO I - DIREITOS METAINDIVIDUAIS

1 Explicação prévia.....	25
2 Breve análise do sistema romano-germânico (<i>civil law</i>).....	26
3 Breve análise do sistema anglo-saxão (<i>common law</i>).....	34
4 Perspectivas em relação ao sistema romano-germânico (<i>civil law</i>).....	39
5 Processo de juridicização no Brasil.....	45
6 Direitos metaindividuais	46
6.1 Interesse ou direito.....	46
6.2 Espécies de interesses	53
6.2.1 Interesse individual	54
6.2.2 Interesse público.....	55
6.2.3 Interesses metaindividuais.....	61
6.3 Interesses e direitos metaindividuais na legislação infraconstitucional.....	62
7 Histórico da LACP.....	64
8 Regime de mútua complementariedade.....	65
9 Direitos metaindividuais na CF/1988.....	65
10 Direitos difusos.....	71
10.1 Aspectos gerais.....	71
10.2 Indeterminação dos sujeitos.....	72
10.3 Indivisibilidade.....	77
10.4 Indisponibilidade.....	77
10.5 Circunstâncias de fato.....	78
10.6 Litigiosidade interna.....	79

11 Direitos coletivos.....	82
11.1 Histórico.....	82
11.2 Considerações gerais.....	84
11.3 Determinabilidade.....	86
11.4 Relação jurídica básica.....	88
11.5 Representação dos interesses e direitos coletivos no âmbito judicial e extrajudicial.....	90
11.6 Indivisibilidade.....	93
12 Direitos individuais homogêneos.....	95
12.1 Divisibilidade.....	96
12.2 Determinabilidade dos titulares.....	97
12.3 Origem em um fato comum.....	97
12.4 Tratamento processual coletivo de direitos individuais.....	99
12.5 ACP no Juizado Especial.....	103
13 Uso indistinto da ACP para a tutela de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.....	105
14 Sentença genérica.....	107
15. Juridicização dos interesses e direitos metaindividuais.....	109
15.1 Da existência do ato ou fato jurídico.....	112
15.2 Do plano da validade.....	116
15.3 Do plano da eficácia.....	117

CAPÍTULO II – DIREITO COMPARADO

1.Introdução.....	121
2 Histórico remoto da tutela dos interesses metaindividuais.....	121
3 Legitimidade nas <i>class actions</i> dos EUA e na Inglaterra (<i>common law</i>).....	123
3.1 Histórico da Inglaterra.....	123
3.2 Regramento atual.....	129

3.3 GLO e o incidente de resolução de demandas repetitivas.....	131
3.4 EUA.....	133
4 Países de <i>civil law</i>	136
4.1 Portugal.....	136
4.2 Colômbia.....	142
4.3 Itália.....	149
4.4 União Europeia.....	150

CAPÍTULO III

JURISDIÇÃO COLETIVA

1. Prestação jurisdicional.....	154
2. Jurisdição.....	163
2.1 Aspectos gerais.....	163
2.2 Controle de constitucionalidade na ACP.....	165
2.3 Jurisdição coletiva	177
2.4 Características.....	186
2.5 Características da jurisdição coletiva.....	189
2.6 Princípios da tutela coletiva.....	191
2.6.1 Princípio do acesso à ordem jurídica justa.....	193
2.6.2 Princípio da tutela coletiva adequada.....	194
2.6.3 Princípio da máxima efetividade tutela coletiva.....	197
2.6.4 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum.....	199
2.6.5 Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito.....	201
2.6.6 Princípio da boa-fé.....	203
2.6.7 Princípio da cooperação dos órgãos públicos.....	205
2.6.8 Princípio da instrumentalidade.....	206
2.6.9 Princípio da flexibilidade procedimental.....	208
2.6.10 Princípio da discricionariedade controlada ou disponibilidade motivada.....	210
2.6.11 Distribuição dinâmica do ônus da prova.....	212

2.7 Principais tutelas jurisdicionais na ACP.....	217
2.7.1 Urgência.....	217
2.7.2 Mérito.....	229
2.7.2.1 Tutela declaratória.....	230
2.7.2.2 Tutela do art. 466 – A do CPC.....	232
2.7.2.3 Tutela do art. 466 - B do CPC.....	234
2.7.2.4 Tutela do art. 466-C.....	235
2.7.2.5 Tutela condenatória.....	235
2.7.2.6 Sentenças nas obrigações de fazer ou não fazer.....	236
2.7.2.7 Sentença nas obrigações de entrega de coisa.....	238
2.7.2.8 Sentenças nas obrigações de quantia certa.....	238
2.7.2.9 Hipótese do art. 285-A do CPC.....	239
3. Pressupostos processuais.....	241
3.1 Pressupostos processuais de existência.....	246
3.2 Pressupostos processuais de validade.....	249
3.2.1 Definição da competência na ACP.....	250
3.2.2 Conexão e prevenção.....	253
3.3 Pressupostos processuais negativos.....	256
3.3.1 Litispendência e ACP.....	259
3.3.2 Coisa julgada.....	261

CAPÍTULO IV

CONDIÇÕES DAACP

1 Introdução.....	266
2 Histórico evolutivo do conceito de ação.....	274
3 Direito de ação.....	282
4 Condições da ação.....	290
5 Condições da ação no processo civil brasileiro tradicional e na ACP.....	293
5.1 Possibilidade jurídica do pedido.....	294
5.2 Interesse de agir.....	303
5.3 Legitimidade <i>ad processum</i>	308

5.4 Legitimidade <i>ad causam</i>	309
5.5 Legitimação ordinária.....	313
5.6 Legitimação extraordinária.....	315
5.7 Legitimidade autônoma.....	318
5.8 Legitimidade conglobante.....	320
5.9 Controle judicial da “representatividade adequada”.....	321
6. Modelos de legitimidade ativa no processo coletivo.....	323
7. Rol dos legitimados à propositura da ACP.....	329
7.1 Ministério Público.....	329
7.2 Defensoria Pública.....	334
7.3 Entes políticos, autarquias e órgãos públicos.....	335
7.4 Associação.....	336
7.5 Partidos políticos.....	337
7.6 Legitimação da pessoa física.....	337
8 Sistema da autoexclusão.....	339
9 Legitimidade passiva.....	340
9.1 Regra geral.....	340
9.2 Ação coletiva passiva.....	343
10 Momento de análise das condições da ação.....	348
10.1 Teoria da exposição.....	350
10.2 Teoria da asserção.....	351
11 Carência da ação e coisa julgada.....	354
12 Espécies de tutela jurisdicional.....	355
CONCLUSÕES.....	359
BIBLIOGRAFIA.....	369

RESUMO

Esta dissertação tem por escopo o estudo crítico das condições da ação civil pública – ACP. Não se trata, portanto, de uma mera compilação do entendimento jurisprudencial vigente, tampouco da orientação doutrinária em voga. Sem descuidar dessas informações, são lançadas propostas para a modificação da legislação, assim como da interpretação judicial em vigor. Especialmente, porque o aprimoramento das regras pertinentes à ACP, assim como daquelas correlatas aos demais instrumentos jurídicos integrantes do processo coletivo, contribuirá para debelar a crise numérica de que padece o Poder Judiciário.

Antes do início do estudo desse tema, porém, faz-se necessário o estabelecimento de certos conceitos, cuja pré-compreensão é imprescindível para o bom entendimento das condições da ação.

Desse modo, no primeiro capítulo, estuda-se a origem e a configuração dos interesses e dos direitos metaindividuais, bem como as suas espécies: direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos. Cuida-se de estudo importante, para a boa compreensão, nos capítulos três e quatro, dos institutos da legitimidade *ad causam* e da coisa julgada, com seus respectivos efeitos espacial e subjetivo.

Com efeito, as condições da ação correspondem a uma categoria processual que se relaciona à relação jurídica material, daí porque a necessidade de se estudar previamente a configuração do direito material. É cediço que o formato do direito material influenciará a formação do litisconsórcio necessário unitário, os efeitos subjetivos da coisa julgada, a legitimidade ativa e passiva, entre outras categorias processuais.

No segundo capítulo, o objeto de estudo será o direito comparado, a fim de que sejam hauridas regras inéditas no tratamento processual da ACP, para o direito pátrio, especialmente no que tange às condições da ação, como a legitimidade *ad causam*. De fato, existem países que já contam com um sistema processual coletivo bastante avançado, como os EUA e a Colômbia, permitindo que tanto pessoas físicas como jurídicas, e órgãos públicos, litiguem em ambos os polos da relação processual.

Há também a previsão de importantes princípios relativos ao regime de provas, como o princípio da distribuição dinâmica do ônus da provas. Algumas das regras vigentes nesses ordenamentos, portanto, merecem ser importadas, tendo em vista as graves lacunas que se identificam na LACP. Nesse sentido, apresenta-se algumas propostas para o aprimoramento do sistema processual coletivo brasileiro.

No terceiro capítulo, analisa-se a jurisdição coletiva e as suas características, assim como os pressupostos processuais da ACP. Destaca-se a impropriedade de se transplantar, pura e simplesmente, categorias próprias do processo civil de cunho individual ao processo coletivo, especialmente a ACP. Assim é que realiza-se um estudo crítico dos princípios da jurisdição, preconizando-se a utilização de novos princípios no âmbito do processo coletivo, como a flexibilidade procedimental, a distribuição dinâmica do ônus da prova, o princípio do interesse no julgamento de mérito, entre outros. Também é realizada uma análise crítica dos pressupostos processuais, como a competência e a inércia do órgão judicial.

Finalmente, no quarto capítulo, as condições da ação são o objeto da análise crítica. Destaca-se a necessidade de uma releitura das condições da ação, tendo em vista a diferença de objeto do processo coletivo em relação ao processo civil de cunho individual. Nesse sentido, são apresentadas propostas em relação à delimitação do conteúdo do interesse de agir no âmbito da ACP, bem como no que diz respeito à configuração da legitimidade *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido. Destaca-se a legitimidade autônoma para a condução da lide, defendendo-se, também, a possibilidade de substitutos processuais atuarem no polo passivo de uma ACP, à semelhança do que preconiza o Estatuto do Torcedor, em relação à Torcida Organizada. Sustenta-se, ainda, a possibilidade de utilização do ACP no âmbito dos Juizados Especiais.

Palavras-chave: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – JURIDICIZAÇÃO DOS INTERESSES E DIREITOS METAINDIVIDUAIS - DIREITO COMPARADO – PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO COLETIVA - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS – CONDIÇÕES DA ACP.

ABSTRACT

This dissertation is scope for the critical study of the conditions of civil action - ACP. It is not, therefore, a mere compilation of current jurisprudential understanding, nor the doctrinal guidance in vogue. Without neglecting this information are launched proposals for the modification of legislation and judicial interpretation in force. Especially because the improvement of the rules pertaining to the ACP, as well as those related to other legal instruments integrantes the collective process, help to solve the crisis numerical vitiating the Judiciary. Before beginning the study of this subject, however, it is necessary to establish certain concepts, whose pre-understanding is essential to the proper understanding of the conditions of action.

Thus, in the first chapter, the author discusses the origin and configuration of interests and rights metaindividual, and their species: diffuse rights, collective rights and duties strictly homogeneous. Take care to study important to the understanding, in chapters three and four, the legitimacy of institutions and ad cause of res judicata, with their spatial and subjective effects. Indeed, the conditions of the action correspond to a category that relates to procedural legal relationship material, hence why the need to study prior to setting the right material. It's musty that the format of the substantive law will influence the formation of joinder necessário Unit, the subjective effects of res judicata, the active and passive legitimacy, among other categories procesuais.

In the second chapter, the object of study is comparative law, so that hauridas rules are unprecedented in procedural treatment of ACP, the right to parental rights, especially in regard to the conditions of the action, as the legitimacy ad cause. In fact, there are countries that already have a system procedural collective well advanced, as the U.S. and Colombia, allowing both individuals and corporations, and government agencies, to engage in arguments on both poles of procedural relationship. There is also the prediction of important principles concerning the rules of evidence, such as the principle of dynamic allocation of the burden of proof. Some of the rules in those jurisdictions, therefore, deserve to be imported, in view of the serious gaps that are identified in LACP. In this sense, we present some proposals for improving the collective Brazilian procedural system.

The third chapter analyzes the collective jurisdiction and its characteristics, as well as the inadmissibility of the ACP. We highlight the inappropriateness of transplanting, simply, categories of civil procedure to stamp individual collective process, especially the ACP. So is that there will be a critical study of the principles of jurisdiction, recommending the use of new principles in the collective process, as procedural flexibility, the dynamic distribution of the burden of proof, the principle of interest in judging merit among others. It is also performed a critical analysis of inadmissibility, such as competence and the inertia of the judicial body.

Finally, in the fourth chapter, the conditions of the action are the object of critical analysis. The study highlights the need for a reassessment of the conditions of action in view of the difference of the object of the collective process in relation to civil proceedings imprint individual. Accordingly, proposals are made in relation to the delimitation of the content of interest to act within the ACP, as well as with regard to the configuration of the legitimacy ad cause and legal possibility of the application. We emphasize the legitimacy unattended for driving the dispute, defending himself, also, the possibility of substitute procedural act in a passive pole ACP, similar to that recommended by the Statute of the Fan, for the Fan Organized. It is argued, further, the possibility of using the ACP under the Special Courts.

Keywords: CIVIL ACTION PUBLIC – JURIDICIZATION - INTERESTS AND RIGHTS METAINDIVIDUAL - COMPARATIVE LAW - PRINCIPLES OF JURISDICTION CONFERENCE - PROCEEDINGS ASSUMPTIONS - CONDITIONS OF ACP

APRESENTAÇÃO

Nas últimas décadas, tem ganhado impulso o chamado direito processual coletivo. Isto pela grande transformação da sociedade brasileira, sobretudo em razão do êxodo rural e da globalização. Nossa sociedade tornou-se, por assim dizer, uma sociedade de massa.

Nesta dissertação, na linha do quanto acima exposto, aborda-se a necessidade de se realizar uma permanente abertura do ordenamento para o reconhecimento de novos direitos, sobretudo os metaindividuais, a partir de critérios objetivos, como um importante meio de pacificação social, e de promoção do desenvolvimento da comunidade. Também será destacada a importância de essa evolução vir acompanhada da adoção de critérios técnicos para se garantir a previsibilidade dos julgamentos e a segurança jurídica. O trabalho enfatizará o papel do Estado-juiz, discorrendo sobre os meios por ele empregados para realizar eficazmente a sua missão. Abordará o aspecto processual da questão, com incursões no tema dos pressupostos processuais e das condições da ação, especialmente a legitimidade ativa e a passiva nas lides que impliquem direitos metaindividuais.

Desse modo, esta dissertação divide-se em quatro capítulos.

No primeiro, será apresentado um panorama da estrutura e das características dos interesses e direitos metaindividuais. Tal atividade se faz necessária a fim de que se busquem bons subsídios para enfrentar os desafios de uma nova abordagem da legitimidade ativa e passiva na ACP. Na verdade, o dinamismo da vida moderna enseja o surgimento de novos interesses e direitos metaindividuais, que requerem tratamento processual adequado. Há, portanto, necessidade de se estudarem categorias do direito material e do direito processual, o que será feito, mas de maneira pontual, naquilo que se reputa mais importante para o tema desta dissertação. Ao final deste capítulo, se fará uma incursão no processo de juridicização dos interesses e direitos metaindividuais pelo Poder Judiciário e pelo Legislativo, com o escopo de revelar a sua dinâmica, especialmente sob o ângulo da existência, da validade e da eficácia dos fatos jurídicos.

O segundo capítulo foi reservado para a realização de uma comparação da legislação de alguns dos países integrantes dos sistemas anglo-saxão (*common law*) e

românico-germânico (*civil law*), no que pertine ao direito processual coletivo. Essa atividade ensejará subsídios adicionais aos que haurimos na doutrina pátria, para uma análise crítica dos pressupostos processuais e das condições da ACP, que se fará no terceiro e no quarto capítulo desta dissertação. Entende-se que tal atividade seja necessária, porque alguns países, à semelhança do Brasil, contam com um sistema de processos coletivos, como os EUA, Inglaterra, Portugal e Colômbia, enquanto outros apresentam leis setoriais em matéria de processos coletivos, como Itália e França. Algumas dessas disposições legais alienígenas não encontram paralelo na legislação brasileira e podem servir de excelente norte para o aprimoramento do tratamento dos pressupostos e das condições da ACP, especialmente a legitimidade ativa.

No terceiro capítulo, discorre-se sobre a jurisdição coletiva, com enfoque na ACP. Com esse escopo, entende-se como necessária uma abordagem mais destacada da prestação jurisdicional. Isto porque, em virtude da prevalência da solução judicial dos conflitos, os pequenos e os grandes problemas chegam ao Poder Judiciário. O mundo ocidental contemporâneo assiste a um expressivo crescimento quantitativo das lides deduzidas em juízo. Esse fenômeno se deve em grande medida ao fato de se permitir, como regra, nos países vinculados ao sistema romano-germânico, o livre acesso ao Poder Judiciário.

Outro fator importante para o incremento desses números reside na rápida industrialização dos países, o que provocou a formação de uma sociedade de massa, com padrões semelhantes de consumo. Ora, constitui fato inerente à produção industrial a existência de pequeno percentual de falhas em produtos e serviços, às vezes até mesmo danos mais graves ao consumidor. Logo, à medida em que são milhões ou até bilhões os serviços e produtos lançados no mercado, em virtude da massificação das relações econômicas, é fácil concluir que centenas de milhares de ações são propostas, tendo, como causa de pedir, defeitos ou fatos do produto ou do serviço. Essas ações consumeristas são uma pequena amostra das lides deduzidas em juízo. Muitas outras lides têm origem diversa, como conflitos familiares, questionamentos de planos econômicos, ações indenizatórias, questões possessórias, repetição de indébito tributário e ações penais.

Os tribunais, portanto, têm que lidar com um gigantesco acervo processual. Não obstante essa realidade, os recursos orçamentários destinados ao Poder Judiciário, em regra, são diminutos. Em geral, esse Poder conta com um pequeno corpo de servidores e razoável estrutura de trabalho. Esse o contexto, é fácil concluir que a atividade

jurisdicional ganhou extrema importância para a sociedade. Hoje, grande parte da população recorre com frequência ao Poder Judiciário. Diz-se que já existe no Brasil uma cultura demandista. Por isso que essa atividade, dia-a-dia, ganhou o cotidiano das pessoas, cuidando-se de uma das funções típicas do Estado mais comentadas na atualidade. O Judiciário, outrora distante da sociedade, hoje é realidade presente na vida de todos os integrantes das camadas sociais, sendo alvo de muitas críticas. Muitas dessas críticas dizem respeito à morosidade dos julgamentos, assim como ao excesso de formalidades para que os pedidos sejam apreciados pelo Poder Judiciário. Outras críticas são endereçadas à fundamentação das decisões judiciais, bem como à necessidade de maior transparência do Poder Judiciário.

Trata-se de tema palpitante, tanto assim que diversas leis foram editadas nos últimos anos, com o escopo de melhorar o desempenho do Poder Judiciário. A propósito, devem ser citadas a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) e as reformas processuais (Leis nº 10.444/02 e 11.232/05) que tornaram o processo civil, em grande parte, sincrético.

Tais leis, contudo, foram editadas para aperfeiçoar o processo individual, isto é, o processo em que uma ou mais pessoas figuram em alguns dos polos da lide. Essas medidas, porém, afiguram-se insuficientes para a melhoria da prestação jurisdicional. É que as medidas previstas no Código de Processo Civil e na Lei nº 9.099/1995 têm por finalidade tutelar demandas de cunho individual. Essas normas sofrem apenas ligeiras alterações quando o direito material assim exigir. A título de ilustração dessa assertiva, cite-se o procedimento especial reservado às ações possessórias, cujo rito difere do procedimento ordinário reservado para a tutela dos demais direitos discutidos em Juízo.

Os direitos metaindividuais referem-se a direitos que pertencem a coletividades, cuja titularidade, muitas vezes, é indefinida. Logo, as regras do processo civil clássico não calham à tutela desses direitos em juízo. Com efeito, os direitos metaindividuais exigem diferente regime de provas, assim como nova abordagem das condições da ação e do regime de substituição processual. Também por sua configuração coletiva, o regime da coisa julgada no processo civil individual não pode ser aplicado aos direitos metaindividuais sem algumas alterações, sob pena de grave injustiça.

O sistema processual coletivo, hoje constituído pelas Leis nº 7.347/1985, 8.078/1990 e 12.016/2009, é um importante instrumento para a racionalização da atividade jurisdicional, bem como para a redução do acervo de processos hoje existente. Isto porque em lugar de milhares de consumidores proporem ações individuais, em

diversos pontos do território nacional, com o objetivo de que sejam ressarcidos pela aquisição de produto defeituoso, poderia ser proposta uma ACP com tal objeto. Essa ação elimina considerável acervo processual, além de evitar a existência de decisões conflitantes sobre o mesmo tema. Com efeito, não é raro encontrar, ainda hoje, sentenças com trânsito em julgado, versando sobre o mesmo direito individual homogêneo, com dispositivos diferentes. Essa disparidade de julgamentos causa uma grande perplexidade nos jurisdicionados, corrói a ordem do sistema jurídico, além de desacreditar o Poder Judiciário.

Essa legislação, contudo, apresenta uma série de lacunas no tratamento da legitimidade para a ação civil pública. De fato, não se encontra nessa legislação previsão normativa relativamente à legitimidade passiva coletiva, tema extremamente importante nos dias atuais. Também não há previsão de uso de mediação, tampouco de regras pormenorizadas quanto a esse relevante meio de composição de lides, a exemplo de regras pertinentes ao sigilo, à formação dos mediadores. Faltam também regras mais coerentes para o tratamento das consequências de litispendência, bem como no que diz respeito à legitimidade, particularmente o controle judicial da representatividade adequada e da pertinência temática.

Desse modo, no terceiro capítulo, desenvolver-se-á um estudo sobre os institutos fundamentais do processo civil, sob uma visão crítica, notadamente em confronto com as categorias do processo civil coletivo, ainda em formação.

Enfim, no quarto capítulo, serão estudadas as condições da ACP. Cuida-se de tema candente tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias. Isto porque o entendimento sobre esse instituto processual ainda não se encontra consolidado. São muitos os questionamentos, especialmente tendo em conta o constante reconhecimento de novos interesses e direitos metaindividuais, como demonstrado no primeiro capítulo.

As regras quanto à legitimidade ativa não podem ser simplesmente trasladadas do processo civil de cunho individual para o processo coletivo. A natureza dos direitos discutidos no processo coletivo é substancialmente diversa do direito subjetivo clássico. Com efeito, no processual civil clássico, de cunho individual, em geral, a mesma pessoa que demanda em juízo é titular do direito material; de modo excepcional, se houver autorização legal, terceiro poderá demandar em nome próprio, no interesse alheio (art. 6º do CPC): é a chamada legitimidade extraordinária.

No entanto, na ACP, acontece o contrário. Quem demanda em juízo não é o titular do interesse ou do direito subjetivo, mas o seu substituto processual (legitimação

extraordinária), como será visto com mais detença a seguir. Na linha da fundamentação esposada no primeiro capítulo, pode-se afirmar que os titulares dos interesses ou dos direitos difusos são indetermináveis, uma vez que esses interesses e direitos, à semelhança do que ocorre com os coletivos em sentido estrito, são indivisíveis. Portanto, se os substitutos processuais (legitimados extraordinários) não estivessem autorizados, pela lei, a demandar em juízo em favor dos titulares dos interesses ou direitos metaindividuais, a sua tutela ficaria à mercê da vontade de algum indivíduo, que dificilmente teria tempo e recursos suficientes para chegar ao fim da lide.

O tema ganha destaque quando se tem em vista que o projeto da nova Lei de Ação Civil Pública ainda não foi aprovado pelo Congresso Nacional. No entanto, o projeto do novo CPC tem ocupado a mídia, por ser apoiado pelo governo e por ter grandes chances de aprovação. No ponto, é importante destacar que não há um capítulo sequer no novo CPC que trate das ações relativas aos direitos metaindividuais. O que existe é a previsão de um incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 895 do projeto). Cuida-se de um excelente reforço à racionalização da atividade dos tribunais, especialmente, no ponto que interessa à presente dissertação, em relação aos direitos individuais homogêneos. Esse dispositivo também colabora para a redução do acervo processual, à medida que a solução de um caso automaticamente implicará na solução de outras lides com idêntica causa de pedir. Contudo, tal incidente, em nosso entender, não será capaz de resolver os problemas de estatística do Poder Judiciário. Em que pese a aparentar-se uma excelente ferramenta para esse desiderato, é insuficiente para resolver a situação.

CAPÍTULO I - DIREITOS METAINDIVIDUAIS

1 Explicação prévia

Demonstra-se, neste capítulo, a necessidade de se franquear ao Poder Judiciário o poder de juridicizar novos interesses metaindividuais. Cuida-se, a nosso ver, de uma das formas de se garantir o acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, será necessária uma análise do sistema em que estamos inseridos, ainda refratário ao reconhecimento dessa competência em favor do Poder Judiciário.

Posteriormente, será realizada uma comparação do sistema anglo-saxão (*civil law*) com o sistema romano-germânico (*common law*), onde o Poder Judiciário dispõe dessa competência de há muito, a fim de que algumas questões, relevantes para a análise da legitimidade processual na ACP, sejam levantadas e posteriormente respondidas ao longo deste capítulo.

Entende-se que também se revela imprescindível traçar um panorama da estrutura e das características dos interesses e direitos metaindividuais. Tal atividade se faz necessária a fim de que tenhamos bons subsídios para enfrentar os desafios de uma nova abordagem da legitimidade ativa e passiva na ACP. Isto porque o dinamismo da vida moderna enseja o surgimento de novos interesses e direitos metaindividuais, que requerem tratamento processual adequado. Há, portanto, necessidade de estudar novas categorias do direito material e do direito processual, o que será feito, mas de maneira pontual, naquilo que reputamos mais importante para o tema desta dissertação.

Ao final deste capítulo, far-se-á uma incursão no processo de juridicização dos interesses e direitos metaindividuais pelo Poder Judiciário e pelo Legislativo, com o escopo de revelar a sua dinâmica, especialmente sob o ângulo da existência, da validade

e da eficácia dos fatos jurídicos¹.

2 Breve análise do sistema romano-germânico (*civil law*)

A ordem jurídica somente regula os valores e incide sobre os fatos considerados relevantes pela sociedade, em determinado tempo e lugar. Assim é que a norma incide sobre o fato e o integra à ordem jurídica, para que produza efeitos jurídicos. Trata-se do fenômeno da juridicização, na precisa definição de Bernardes de Melo².

Esse processo de juridicização pode ser mais ou menos complexo, de acordo com o grau de formalismo apresentado pelo respectivo ordenamento jurídico. Sistemas jurídicos de acentuado caráter formalista, como o sistema românico-germânico (*civil law*), que abrange grande parte dos países da Europa Continental e da América Latina, são mais refratários ao reconhecimento da juridicidade de fatos inéditos ou ainda em estágio de maturação³.

Essa orientação muitas vezes se fundamenta em razões de segurança jurídica, mas, em verdade, esse discurso jurídico serve para a manutenção do *status quo*⁴. O

1 A propósito, confira-se a doutrina de Pontes de Miranda: “No mundo jurídico, há três planos diferentes: o *plano da existência*, em que há fatos jurídicos (fj), e não mais suportes fáticos; o *plano da validade*, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não-válido (nulo ou anulável); o *plano da eficácia*, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações, em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição de réu); exceções.” (MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tomo I, p. 4).

2 A propósito, Marcos Bernardes de Mello traz o seguinte conceito do fenômeno da juridicidade: “Não é possível, dessarte, falar de eficácia jurídica (relação jurídica, direitos, deveres e demais categorias eficaciais) antes de ocorrida a eficácia normativa (incidência). Podemos, então, assim descrever, em sua essência e em suma, o fenômeno da juridicidade: a norma jurídica, incidindo sobre seu suporte fático concretizado, gera o fato jurídico, o qual poderá produzir os efeitos jurídicos que lhe são imputados.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. – 18. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108).

3 Não se olvida que alguns desses países, em virtude de recentes reformas legislativas, têm apresentado características inerentes aos dois sistemas, por isso que incluídos por alguns em um chamado “sistema misto”, como Israel e Escócia (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20). Em que pese a essa realidade, entendemos que as características mais marcantes desses sistemas ainda persistem, por isso a distinção semântica entre o *civil law* e o *common law* será mantida.

4 Inocêncio Mártires Coelho tem excelente crítica a respeito da doutrina defendida por Ernst Forstthoff, a propósito de a Constituição ser tida como garantia do *status quo* econômico e social: “Resumindo o que qualifica como as três ideias fundamentais que condensam essa teoria constitucional, Canotilho diz que ela concebe a Constituição como garantia do *status quo* econômico e social; que é uma teoria da Constituição em busca do estado perdido; e, finalmente, que é teoria da Constituição de um Estado de Direito meramente formal.

Em razão desse *indiferentismo*, que entende inaceitável, quer quanto aos seus pressupostos, quer

novo é visto como algo ameaçador à ordem vigente, tradicionalmente avessa a mudanças, sobretudo se implicar a inserção de grupos historicamente marginalizados. Essa é a razão de retardar-se o reconhecimento de novos fatos jurídicos e de novos valores, relegando-os ao abandono e à invisibilidade. Que o diga a excessiva e injustificada demora em se abolir a escravidão no Brasil (Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888)⁵, o que contribuiu para a queda do Segundo Reinado⁶; de se permitir o divórcio em vários países da América Latina, como o Chile (Lei do Divórcio, de 07 de abril de 2004); de se reconhecer a união estável no Brasil (Lei nº 9.278/1996); de se reconhecer o direito de tutelar em juízo o patrimônio público (Lei nº 4.717/1965); ou o atraso em se tutelar juridicamente o meio ambiente, impondo sanções civis e criminais aos infratores (Lei nº 9.605/1998).

Os ordenamentos jurídicos dos países integrantes do *civil law* costumam exigir muitos requisitos para o ingresso em juízo, além de sérias restrições à titularidade de ações. O direito processual, o mais das vezes, não é visto de uma maneira instrumental, mas, sim, como um fim em si mesmo, constituindo-se em séria barreira ao ingresso em juízo. Exemplo paradigmático dessa afirmação encontra-se inserto no art. 52 e no item 8 do art. 61 do CPC da Guatemala⁷.

Além disso, existe no âmbito desses países uma cultura positivista bastante arraigada, o que limita enormemente a atividade hermenêutica dos juízes, sobretudo

quanto às suas consequências – porque uma Constituição, materialmente entendida, não pode ser axiologicamente neutra, devendo, antes, ser *democrática e social* -, aquele ilustre constitucionalista lusitano diz que as ideias de Ernst Forsthoff não constituem ponto de partida para a elaboração de uma Constituição *constitucionalmente adequada*, de uma teoria capaz de compreender o Estado de Direito como ordem jurídica e política intencionalmente socializante, à semelhança do modelo inicial adotado pela Constituição portuguesa de 1976” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6).

5 MENDES, Gilmar Ferreira. Integração social e perspectivas da democracia. *Direito Público*, v. 1, n. 1 (jul./set. 2003). - Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005, p. 6.

6 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 208.

7 ARTÍCULO 52. Nadie puede ser obligado a demandar sino em los casos de jactancia y cuando se tenga acción o excepción que dependa del ejercicio de la acción de otra persona.

En el caso de jactancia, se procederá conforme a lo establecido em los artículos 225 a 228 de este Código.

En el segundo caso, previa audiencia por dos días a la otra parte, el juez fijará un término no mayor de sesenta días para que se interponga la demanda por quien corresponde, bajo apercibimiento de tenerse por caducado su derecho.

ARTÍCULO 61. La primera solicitud que se presente a los Tribunales de Justicia contendrá lo siguiente:

(...)

8. Firmas del solicitante y del abogado colegiado que lo patrocina, así como el sello de éste. Si el solicitante no sabe o no puede firmar, lo hará por el otra persona o el abogado que lo auxilie. (Disponível em: <http://www.track.unodc.org>. Acesso em: 30.08.2012).

porque representa um óbice à integração de graves lacunas legais. Isto porque, em geral, tais países acolheram a teoria dualista, defendida por Chiovenda e Liebman⁸, como esclarece Cândido Rangel Dinamarco⁹. Nos termos dessa teoria, o ordenamento jurídico é composto de dois segmentos: o processual e o material. O direito material abrange normas gerais e abstratas, que contêm preceito primário e secundário. Nesse sentido, direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas constituem criação imediata da ocorrência dos fatos previstos nas normas. Conforme sustentam os defensores dessa teoria, em várias situações do cotidiano os direitos e as obrigações nascem e são satisfeitos sem a intervenção do Poder Judiciário, porque a “vida fisiológica” dos direitos, em geral, corresponde ao normal cumprimento de obrigações. A patologia, segundo alertam, consiste na transgressão.¹⁰ Desse modo, o único bem jurídico proporcionado pela sentença é a segurança jurídica. Não obstante, afirmam que a separação entre o direito processual e o direito material não representa óbice à consideração de fatos sociais, políticos e econômicos, subjacentes às lides deduzidas em juízo. Observam, ainda, que o direito não é uma operação mecânica, e sim cultural, mediadora de interesses e de valores¹¹. Contudo, de acordo com essa corrente doutrinária, ultrapassar as raias de interpretação, franqueando-se ao juiz a possibilidade de criação do direito, seria o mesmo que fomentar a insegurança jurídica, estabelecendo-se uma ditadura judiciária. Esse quadro, na visão dos defensores da teoria dualista, seria totalmente incompatível com a garantia do devido processo legal e do Estado de Direito.

Tal percepção do direito, em nossa ótica, impede a juridicização de novos interesses surgidos no seio da sociedade moderna, como os interesses metaindividuais, e, por conseguinte, seu tratamento processual adequado. Novos interesses, sobretudo os metaindividuais, em geral, requerem novas regras processuais para a sua adequada tutela pelo Poder Judiciário, assim como novo regramento jurídico, para a justa solução da lide¹².

8 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, I. - 2. ed. - Varese (Itália): MILANO DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE, 1968, p. 4.

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, p. 132.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. ver. e atual. vol. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 133.

11 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 22.

12 COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 130.

Os sistemas mais formalistas costumam ser defendidos pelos positivistas¹³. O direito como um todo, para os positivistas - aqui denominados formalistas - é considerado um sistema hermético, avesso à interdisciplinariedade¹⁴. Essa concepção do direito, conforme construção teórica de Hans Kelsen, torna-o mais puro enquanto ciência, evitando o sincretismo metodológico com outras áreas do conhecimento humano, como a psicologia, a sociologia e a teoria política. A interdisciplinariedade, na visão Kelseniana, apenas obscurece a ciência jurídica e dilui os limites que lhe são fixados pela natureza do seu objeto¹⁵. A absorção, pelo direito, de conceitos oriundos de outras províncias do conhecimento humano - nessa linha de pensar -, enfraquece-o enquanto ciência. A atividade do Estado-juiz deve ser apenas a de subsunção da norma ao fato. As teorias positivistas defendem a tese da separação do direito em relação à moral. O conceito positivista de direito leva em consideração apenas dois elementos: o da legalidade conforme o ordenamento jurídico e o da eficácia social¹⁶.

De acordo com a doutrina positivista, compete ao cidadão e aos demais órgãos do Estado obedecer à norma emanada de uma autoridade hierarquicamente superior, mediante o juízo de subsunção. Quem produz essa norma e decide sobre o seu conteúdo é um dos órgãos superiores do Estado, o Parlamento. A produção do direito é exclusivamente estatal, e a sua fonte primária é o Poder Legislativo, que está adstrito às disposições constitucionais¹⁷. O foco principal de estudo do positivista é a validade da norma, não a justiça do seu conteúdo.

Não por acaso, Friedrich Müller endereçou ácida crítica a essa visão da norma jurídica, porque é erroneamente compreendida como ordem, como juízo hipotético. Por isso que se configura, em verdade, como vontade materialmente vazia¹⁸. Pior que isso, o positivismo jurídico, na sua visão, separa a norma dos fatos, o direito da realidade

13 Norberto Bobbio assim define o positivismo: “A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para outros, a validade é a confirmação da justiça.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves – São Paulo: EDIPRO, 5. ed. Revista, 2012, p. 60).

14 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 2.

15 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado.. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 2.

16 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. (Org.) Ernesto Garzón Valdés et al. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 4.

17 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

18 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

social¹⁹.

Ao que parece, o sistema formalista atende à vontade política de centralização do poder, e de imposição da norma jurídica “de cima para baixo”, isto é, dos grupos dominantes para o restante da população. Quando a norma jurídica se torna obsoleta, o que costuma ocorrer é um rompimento brusco com a ordem vigente – ao contrário de uma paulatina mudança jurídica –, mediante a edição de uma nova constituição ou de novos códigos. Não raro a legislação nova é uma cópia da legislação estrangeira, de modo que nesse processo de internalização emerge a situação de várias normas incompatíveis entre si²⁰, fenômeno jurídico denominado antinomia²¹. No que se refere à assimilação desse novo conteúdo normativo, é interessante notar que os seus destinatários são praticamente colhidos de surpresa, porque somente dispõem da *vacatio legis* para tanto. Por outro lado, essas novas leis, por não decorrerem de um processo de evolução jurisprudencial, provocam miríades de decisões judiciais, com resultados antagônicos relativos a casos idênticos. Até que se consolide a jurisprudência, grande perplexidade é gerada na população quanto à correta interpretação da norma²². A

19 Idem, ibidem, p. 19.

20 BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. - São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 87.

21 Maria Helena Diniz assim define antinomia: “Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular. A antinomia pode dar origem, no entender de Ulrich Klug, à lacuna de conflito ou de colisão, porque, em sendo conflitantes, as normas se excluem reciprocamente, por ser impossível deslocar uma como a mais forte ou decisiva, por não haver uma regra que permita decidir entre elas, obrigando o magistrado a solucionar o caso *sub judice*, segundo os critérios de preenchimento de lacunas. Assim para que se tenha presente uma real antinomia são imprescindíveis três elementos: incompatibilidade, indeclinabilidade e necessidade de decisão. Só haverá antinomia real se, após interpretação adequada das duas normas, a incompatibilidade entre elas perdurar. Para que haja antinomia será mister a existência de duas ou mais normas relativas ao mesmo caso, imputando-lhe soluções logicamente incompatíveis” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 503).

22 A lição de Luiz Guilherme Marinoni é bastante pertinente: “Em resumo: não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Todavia, o *common law*, certamente com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando a atribuir-lhe a função de criador do direito, enquanto o *civil law* permanece preso à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De modo que o *common law* pôde facialmente vislumbrar que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante a *stare decisis*, ao passo que o *civil law*, por ainda estar encobrindo a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na validação da lei, mas, em outro lugar, sente-se atordado diante da desconfiância da população, além de envolver num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 64).

previsibilidade e a segurança jurídica, ao contrário do que se verifica no *common law*²³, são bastante olvidadas.

Em geral, os países vinculados ao sistema romano-germânico²⁴ (*civil law*) são mais formalistas que os vinculados ao sistema anglo-saxão (*common law*²⁵). Isto porque o papel de destaque na produção de normas, nos países vinculados ao primeiro sistema, é reservado ao Poder Legislativo, na linha do clássico modelo de Estado liberal, próprio do século XIX, com respeito à proeminência hierárquica das disposições constitucionais. O acesso universal ao Poder Judiciário, na linha do que preconizava Mauro Cappelletti²⁶, é conquista muito recente nesses países – interessante exemplo se verifica no art. 10 e item 1 do art. 11 da Constituição do Equador de 2008²⁷ -, sendo

23 No ponto, Jorge Amaury Maia Nunes formula substanciosa observação: “Parece assentado na doutrina norte-americana do século XX que uma das grandes vantagens, se não a maior delas, da utilização da técnica do precedente obrigatório é a segurança jurídica para as relações jurídicas que decorre da previsibilidade de sua aplicação, ainda que, algumas vezes, essa aplicação possa não ser a melhor” (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121).

24 Aqui me refiro à maioria dos países da Europa Ocidental e à maior parte dos países da América Latina, ex-colônias de países europeus. Todos, em última instância, descendentes da cultura jurídica romana, como bem destacou Juan Iglesias, a propósito do direito espanhol: “Assim como o Império romano levava em seu seio a incipiente Europa, assim também o Direito de Roma abrigava o germe do amanhã e do hoje do Direito comum e europeu.

A constante aplicação, o ininterrupto desenvolvimento do Direito romano do século VI ao XIX somente prova uma coisa: a vida íntima, feita contínua, do conteúdo jurídico romano” (IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. Atualizado por Juan Iglesias Redondo. Tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção direito europeu; v. 2. Coordenação de Antonio García-Pablos de Molina, Cláudia de Miranda Avena, p. 132).

25 Essa característica não passou despercebida da análise de Richard A. Posner: “O direito legislado difere no sentido de que o texto da lei – o ponto de partida para a decisão e, nesse sentido (mas somente nesse), correspondente às sentenças judiciais nas decisões do *common law* – não deve, num importante sentido, ser reformado pelos juízes, isto é, ser colocado em suas próprias palavras. Eles não podem tratar a lei como uma tentativa de formular um conceito. Devem, primeiro, extrair o conceito da lei – em outras palavras, interpretá-la. (Há um sentido em que os juízes do *common law* o 'interpretam', mas trata-se do sentido em que 'interpretação' significa 'entendimento'). O direito concorrencial é tão fértil em conceitos difíceis quanto a responsabilidade civil extracontratual, mas, para determinar se um caso antitruste foi decidido corretamente, o observador deve levar em conta não somente se o juiz entendeu e aplicou devidamente os conceitos relevantes, mas também se esses conceitos são interpretações justificáveis das leis concorrenciais. Esse aspecto da questão é independente da generalidade da linguagem da lei. As leis frequentemente aplicam critérios – como 'concorrência desleal', 'igualdade perante a lei', 'boa-fé' – que são tão gerais quanto aqueles do *common law*; de fato, muitas leis foram buscar sua terminologia no *common law* ('boa-fé', 'limitar a livre concorrência' etc.). Porém, quando legislada, a fórmula nunca é tão maleável como quando faz parte do *common law*, pois é sempre necessário levar em consideração o sentido da fórmula legislada num texto que é normativo para juízes” (POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução por Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 333-334).

26 CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 8.

27 “Art. 10- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

certo que as regras processuais ainda apresentam alto grau de formalismo. O ativismo judicial²⁸ e a utilização de princípios pelos órgãos do Poder Judiciário são vistos, nesses países, com reticências, devido à histórica submissão da atividade jurisdicional ao texto legal, conforme o modelo francês²⁹.

Assim é que no Brasil os Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995) estão imersos em um universo de causas similares, sem que possa ser utilizada a ACP para debelar essa crise, por falta de previsão legal, especialmente quanto à legitimidade e ao rito. De igual modo assiste-se a uma perplexidade dos juízes brasileiros no tocante à possibilidade de tutela de direitos metaindividuais pela ação coletiva passiva.

Existe uma ideia difundida de que franquear um papel criativo do direito aos órgãos judiciais ensejará uma “ditadura de juízes”. Em geral, há uma grande influência do Poder Executivo na formação dos quadros do Poder Judiciário, com a nomeação dos membros das Cortes Superiores (art. 101, parágrafo único, da CF/1988). Além disso, o Poder Judiciário, não obstante as graves responsabilidades institucionais e a regra da tripartição dos poderes, é aquinhado com diminuta parte do orçamento público, o que compromete irremediavelmente a qualidade dos seus serviços.

Sistemas jurídicos mais flexíveis sob o ponto de vista da produção de normas, isto é, pouco formalistas, emprestam juridicidade, com mais facilidade, a novos fatos e a novos valores da respectiva sociedade. Estão em permanente adaptação à evolução dos tempos e revelam grande abertura ao mundo real³⁰. A segurança jurídica é considerada um importante princípio, mas que deve transigir com outros princípios também importantes, como o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Em geral, nesses sistemas existe uma maior facilidade de acesso ao Poder Judiciário, admitindo-se a titularidade de pretensões a pessoas físicas, jurídicas e até mesmo a entes sem

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.” (Disponível em: www.presidencia.gob.ec/ Acesso em: 30.01.2013).

28 Elival da Silva Ramos assim define ativismo judicial: “Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 308.

29 Eis as palavras de Montesquieu sobre a função dos juizes no governo republicano: “Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 87).

30 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos...* p.110.

personalidade, na defesa de interesse próprio ou alheio. Outra importante característica desses sistemas é uma grande valorização do Poder Judiciário³¹, que, além de contar com uma excelente estrutura de trabalho, dispõe de ampla liberdade para a interpretação e a integração do sistema, respeitados os precedentes na matéria³². É um Poder que dispõe de imenso prestígio e que se faz respeitar de há muito, perante os outros poderes e perante as partes, como se verifica do instituto do *contempt of courts*³³. O judiciário é visto como um penhor da democracia e uma importante ferramenta para o controle do poder e para a pacificação social.

É por isso que se faz necessário o estudo do *common law*. É necessário verificar a possibilidade de se transplantar categorias jurídicas e instrumentos processuais daquele sistema para o nosso, a fim de torná-lo mais eficiente e mais justo.

31 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. - 20. ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 54.

32 Jorge Amaury Maia Nunes assim explica a questão: “Não obstante possam ser apontadas diferenças históricas desde o início da formação da *common law* até hoje, é possível afirmar que o princípio que informa esse sistema continua o mesmo, isto é, a formação da decisão judicial com arrimo em precedente de mesma natureza, eventualmente existente, caracterizada no brocardo *stare decisis et non quieta movere*.” (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*, p. 121).

33 Ovídio A. Batista faz excelente abordagem histórica do instituto: “É interessante observar como a reação do sistema da *common law* – através dos princípios da *equity* – orientou-se para uma solução radicalmente divergente da nossa. Enquanto o direito anglo-americano soube, com profundo senso prático, transformar a proibição de medidas penais restritivas da liberdade pessoal, aplicadas aos casos de inexecução das obrigações, em medidas punitivas contra a desobediência às ordens emanadas dos tribunais, nós conservamos, em repetidos textos constitucionais, o princípio segundo o qual não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel’ (art. 5º, LXVII, da CF/1988).

“No sistema da *common law*, igualmente não há prisão por dívida, mas o devedor contra quem o tribunal haja imposto o cumprimento de uma obrigação poderá eventualmente ser preso não por haver se tornado inadimplente, mas por haver desobedecido à ordem do tribunal. JOÃO CALVÃO DA SILVA resume a situação nesta passagem: ‘No domínio dos contratos, como a reparação dos danos era a única sanção acordada pela *common law* em caso de não cumprimento, a *equity* julgou este remédio insuficiente e concedeu ao credor, sempre que o julgou inadequado, o direito de exigir a execução específica, através dos remédios *specific performance* e *injunction – specific performance* para as prestações positivas e *injunction* para as prestações negativas -, cuja desobediência se considerava ‘desprezo pelo tribunal’ (*contempt of court*) e, assim, sujeita a multa e prisão até que a ordem do tribunal (*decret for specific performance ou for injunction*) fosse obedecida’ (ob. cit., p. 193).”

“Essa diversidade de tratamento, como temos procurado mostrar, centra-se na existência da sentença condenatória, recebida pelos sistemas jurídicos modernos, originários do direito romano-canônico, do direito privado romano, e que, como o próprio LIEBMAN reconhece, não passa de uma sentença declaratória, sob o ponto de vista material (Embargos do executado, n. 70).”

(...)

“No sistema da *common law* – como igualmente acontece, em certos casos, no direito alemão -, se a sentença determinar que o demandado pague uma certa quantia em dinheiro ou o condene a entregar coisa alheia, além, naturalmente, das condenações ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, poderá o credor requerer que o tribunal imponha ao condenado uma injunção, determinando o cumprimento da sentença, sob pena de considerar-se a resistência como ato de desobediência e desacato ao tribunal (*contempt ou court*), com a aplicação de sanções punitivas de natureza pessoal (MOLINA PASQUEL, *Contempt of court – Correções disciplinares y medio de apremio*)”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 4. ed. rev. e atual. vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 345-346).

Com esse desiderato, também se faz necessária uma crítica dos atuais pressupostos processuais e condições da ação, todos forjados em favor de um processo civil de cunho individual, para divisarmos melhores perspectivas de acesso e de tutela dos direitos metaindividuais na ACP.

3 Breve análise do sistema anglo-saxão (*common law*)

Nos países do *common law*, há muitos séculos, o Poder Judiciário concorre com o Poder Legislativo na juridicização dos fatos. Por isso que muitos dos precedentes proferidos pelas cortes superiores³⁴ são considerados normas constitucionais em sentido material³⁵. Assim, além do direito criado pelo Poder Legislativo, por meio de leis em sentido formal, promulgadas após o devido processo legislativo, há também o direito criado pelo Poder Judiciário por meio de seus precedentes vinculantes³⁶, as chamadas

34 René David, comentando o direito inglês, esclarece que às cortes inferiores compete o julgamento das lides com base em precedentes jurisprudenciais, competindo às cortes superiores, além dessa tarefa, a de criar o direito: “A organização judiciária da Inglaterra, baseada em princípios totalmente diferentes dos que são aceitos na França, tem como base uma distinção fundamental entre dois tipos de jurisdições: Cortes superiores de um lado, e Cortes inferiores do outro.”

“O critério dessa distinção, assim como sua origem, são pouco nítidos. Sem dúvida, podemos relacioná-lo com a distinção, antiga, entre alta e baixa justiça. Em seu alcance atual, ela se analisa essencialmente da seguinte maneira: as Cortes inferiores são encarregadas de resolver os litígios, sendo essa sua única função; as Cortes superiores, por sua vez, têm, além e independentemente dessa tarefa, outra função e outra dignidade, eminente: estão encarregadas de dizer o que é o direito e representam, na Inglaterra, o *poder judiciário*.”

“A distinção assim feita não é familiar aos juristas franceses, para os quais existe uma função jurisdicional, autoridades judiciárias, mas não, verdadeiramente, um *poder judiciário*. A Constituição francesa de 1958, falando simplesmente de ‘autoridade judiciária’, acomodou nesse ponto a terminologia ao que era, desde há muito, a realidade da vida política francesa. Na Inglaterra, porém a situação é outra. Nesse país, o direito nunca foi formulado pelo legislador, como aconteceu na França no século XIX. A *common law* não é considerada uma criação do soberano; baseada na razão, ela é essencialmente obra de personalidades importantes que, encarregadas da missão de velar pela administração da justiça, foram igualmente encarregadas da missão de dirigir o desenvolvimento do direito. Essas personalidades são os juizes das Cortes superiores.” (DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão técnica e da tradução por Isabella Soares Micali. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 17-18).

35 A propósito, enfatiza Paulo Bonavides: “Há também Constituições parcialmente costumeiras, quais a da Inglaterra, cujas leis abrangem o direito estatutário (*statute law*), o direito casuístico ou jurisprudencial (*case law*), o costume, mormente o de natureza parlamentar (*Parliamentary custom*) e as convenções constitucionais (*constitutional conventions*) (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo- Malheiros Editores, 2011, p. 84).

36 A atuação dos tribunais na construção do direito é tão destacada, que Vicente Ráo afirmava que a *common law* era um direito jurisprudencial, e não costumeiro (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

*judge-made-laws*³⁷. As normas constitucionais, por exemplo, são extraídas de atos legislativos e de decisões judiciais; não há constituição formal, isto é, uma compilação das normas constitucionais³⁸. Os países integrantes desse sistema são adeptos da teoria unitária, de modo que - como preleciona Cândido Rangel Dinamarco, apoiando-se na doutrina de Carnelutti - tratam o processo e o direito material como uma unidade³⁹.

Assim, a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas entre sujeitos é obra da sentença, não a simples ocorrência de fatos regulados em normas gerais. No entanto, uma vez mais, é importante observar que a produção do direito não é atributo exclusivo do Poder Judiciário nos países de *common law*. O Poder Legislativo, no exercício da função típica, assim o faz de igual modo, contudo, por outra via, qual seja, editando leis, cada vez mais em maior número, cujos dispositivos veiculam regras gerais e abstratas.

Ao judiciário compete a produção do direito jurisprudencial, à luz do caso concreto, fixando as regras nos precedentes. A atividade do juiz do *common law*, portanto, terá suas balizas, em parte, fixadas por precedentes proferidos pelas Cortes superiores, que dispõem de efeito vinculante, mas também a função jurisdicional sofrerá alguns limites e diretrizes traçadas pelas leis aprovadas pelo Parlamento. A atividade primordial do juiz do *common law* será a de verificar a pertinência do precedente ao caso concreto. É um processo semelhante ao que o juiz do sistema românico-germânico

2004, p. 146).

37 FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. A necessidade de um sistema brasileiro de precedentes vinculantes: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 75*. São Paulo: IOB, p. 218, 2012.

38 Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto doutrinário: “In the absence of a written constitution, the two main sources of legal rules of the constitution are the same as of legal rules in general, namely: (a) Legislation (or enacted law) ie Acts of Parliament; legislation enacted by ministers and other authorities upon whom Parliament has conferred power to legislate; excepcionally, legislative instruments issued by the Crown under its prerogative powers; and, since 1973, legislation enacted by organs of the European Communities.

(b) Judicial precedent (or case law) ie the decisions of the courts expounding the common law or interpreting legislation. Since 1973, this includes decisions of the European Court of Justice in relation to Community law.

Another source of legal rules is custom, ie rules of conduct based upon social or commercial custom which are recognised by judicial decision as having binding force. Custom of this kind is not today an important source of constitutional law. But many rules of the constitution which do not have the force of law are based on the customary usages of various organs of government, and these rules will be considered in Section B below. In the case of Parliament, each House of Parliament has inherent authority to regulate its own internal affairs: the 'law and custom of Parliament' (*lex et consuetudo Parliament*) is therefore an important source of constitutional rules and practice to which the distinction drawn in this chapter between the legal and non-legal rules of the constitution is not applicable.” WADE, E.C.S; BRADLEY, A. W. *Constitutional and administrative law*. - 11. ed. - New York (EUA): Longman Publishing, 1992, p. 12-13.

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. vol. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 136. Bibliogr final consta 4ª edição. Examinar, acrescentar 6ª ed. ou corrigir).

realiza em face da Constituição e da legislação infraconstitucional. Se o juiz perceber que o precedente invocado não se adapta ao caso concreto, deverá utilizar a técnica do *distinguishing*; se perceber que o precedente se encontra revogado, total ou parcialmente, deve adotar a técnica do *overruling*⁴⁰. Finalmente, verificando a inexistência de precedente na matéria, deverá produzir a norma do caso concreto, com fundamento nos princípios gerais do *common law*, na equidade e na analogia, sendo certo que se essa decisão for mantida ou proferida pela corte superior, passará a constituir precedente, com força vinculante.

Identifica-se nesses países a existência, há algumas décadas, de um regime de democracia participativa, de sorte que o povo participa do poder não só através da eleição de membros para o parlamento, mas também mediante o controle da gestão pública através de ações judiciais propostas por si ou por entes intermediários (associações, sindicatos etc.)⁴¹. É uma democracia qualificada, mais próxima de um regime democrático em sentido material.

A vantagem dos países da *common law*, a nosso ver, em relação aos países vinculados ao sistema romano-germânico, é a proximidade do direito com a realidade social e a franquia aos membros do Poder Judiciário para inovar na ordem jurídica, desde que de maneira fundamentada e em respeito à Constituição e aos precedentes dos tribunais⁴².

Cuida-se de sistema adotado há vários séculos e que tem produzido bons resultados⁴³. Não por acaso pertence ao direito inglês o pioneirismo na criação dos

40 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 106.

41 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 131.

42 RAWLS, John. *O liberalismo político*. Edição ampl. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 279.

43 O bom funcionamento do Judiciário americano não passou despercebido por Alexis de Tocqueville, um magistrado francês que esteve nos EUA para conhecer o seu sistema penitenciário, no ano de 1831: “Na França, a constituição é igualmente a primeira das leis, e os juízes têm um direito igual a tomá-la por base de suas decisões; mas, ao exercer esse direito, não poderiam deixar de invadir outro mais sagrado ainda que o deles: o da sociedade, em nome da qual agem. Aqui a razão ordinária deve ceder diante da razão de Estado.”

“Na América, onde a nação sempre pode, mudando sua constituição, reduzir os magistrados à obediência, semelhante perigo não é de temer. Sobre esse ponto, a política e a lógica estão de acordo, pois, e o povo assim como o juiz conservam lá igualmente seus privilégios.”

“Quando se invoca, diante dos tribunais dos Estados Unidos, uma lei que o juiz considera contrária à constituição, ele pode se recusar a aplicá-la, pois. Esses poder é o único particular ao magistrado americano, mas dele decorre uma grande influência política.”

“De fato, há poucas leis de tal natureza que escapem por muito tempo à análise judiciária, pois poucas há que não firmam um interesse individual e que algum litigante não possa ou não deva invocar diante dos tribunais” (TOCQUEVILLE, Alexis de, 1805-1859. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado*

remédios jurídicos mais importantes do direito (*writ's*⁴⁴, *habeas corpus*, *bill* e *class actions*). Com efeito, o *habeas corpus* foi criado no século XIII (art. 39 da Magna Carta, de 1215), mas aperfeiçoado pelos juízes ao longo dos séculos⁴⁵, sendo hoje uma ação difundida em todos os ordenamentos jurídicos dos países do Ocidente.

Também não foi por acaso que no direito inglês primeiro se desenvolveu a noção do direito fundamental de propriedade e necessidade de sua função social⁴⁶, como um direito destacado dos demais, e sua proteção judicial. Nos dias atuais, esse papel proeminente reservado ao Poder Judiciário ainda se verifica. Tanto na Inglaterra (Parte 19 da *Civil Procedure Rules*)⁴⁷ como nos EUA (*Rule 23. Class Actions*)⁴⁸, os juízes podem, a seu prudente arbítrio, e de maneira fundamentada, ordenar o trâmite de uma ação coletiva. Isto é, o próprio sistema jurídico (precedentes e leis especiais) confere aos juízes um poder discricionário, para regular da maneira mais adequada o procedimento de ações especiais, como a *class action* e a *group litigation*.

A experiência revela que o direito deve estar próximo da realidade social, para que produza bons frutos⁴⁹, evitando-se, com isso, a existência de uma cultura jurídica

social democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, biografia e bibliografia, de François Furet. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 115).

44 Acerca do significado do *writ* no direito inglês, confira-se a seguinte passagem: “O processo civil é iniciado, em geral, na Inglaterra, conforme a tradição, pela expedição de um mandado judicial de citação (*writ of summons*), que o autor vai notificar o réu. O *writ* é diferente da citação do direito francês. É uma ordem, dada em nome da rainha pelo Chanceler ao réu e que oferece para este uma alternativa: satisfazer à pretensão do autor ou fornecer explicações à Corte para justificar sua recusa.” “Obter um *writ* era um privilégio, outrora; em nossos dias, salvo em certas hipóteses, é um direito do autor. Para obter um *writ*, basta preencher um formulário impresso e pagar um direito de registro, seja no *Central Office da Supreme Court fo Judicature*, seja num dos 128 escritórios (*District Registries*) que existem para isso no interior.”

“O réu é convidado, pelo *writ*, a comparecer em justiça (enter an appearance) num certo prazo, ou seja, ele deve deixar claro, nesse prazo, sua intenção de contestar a pretensão do autor. Se não o fizer, a ordem contida no *writ* se torna definitiva, e o réu deve, de acordo com essa ordem, satisfazer a pretensão do autor.” (DAVID, René. *O direito inglês*, p. 37).

45 Por sua importância histórica, traz-se à colação a narrativa da origem do *habeas corpus*, formulada por René David: “Em primeiro lugar, o que significam as próprias palavras, um tanto enigmáticas, *habeas corpus*? As palavras *habeas corpus* são, originalmente, duas palavras que constam na fórmula do *writ* – escritas em latim -, pelo qual o soberano ordenava que uma pessoa, em certo processo, comparecesse e se explicasse na justiça. “Tu deténs injustamente um de nossos súditos, X..., dizia essa fórmula: liberta-o, ou, então, vem explicar perante meus juízes por que causa tu o detiveste e, nesse caso, traz esse indivíduo contigo (*habeas corpus*) à audiência para a qual tu estás citado.” As palavras *habeas corpus* foram retomadas pela doutrina e pelo legislador; mas, como vemos, essas palavras têm sua origem num ato introdutório de instância, num *writ*: a proteção da liberdade não deve ser esperada de uma declaração solene de direitos, ela só tem sentido no âmbito de uma ação judicial; é um procedimento antigo que foi gradativamente adaptado e aperfeiçoado, para que se tenha nele um meio de garantir eficazmente a liberdade.” (DAVID, René. *O direito inglês...* p. 77).

46 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2002, p. 36.

47 Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/>. Acesso em: 30.01.2013).

48 Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/> Acesso em: 30.01.2013).

49 COELHO, Inocência Mártires. *Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. Direito Público*, v.

formalista⁵⁰. Como se verifica da notoriedade dos fatos, não há no *common law* o hiato entre o direito e a vida social, que tanto injustiça provocou e provoca aos jurisdicionados do sistema romano-germânico. Isto porque olvidar fatos da realidade social, à guisa de privilegiar apenas o que for positivado, a título de segurança jurídica, é praticar grande injustiça. Que o diga a cegueira proposital, de muitos países, às relações concubinárias, homoafetivas, à investigação de paternidade *post mortem*, e à utilização da biogenética na reprodução assistida. É flagrante o prejuízo causado, até há pouco, às pessoas titulares de direitos relacionados a esse tema, com a adoção de julgamentos positivistas, com improcedência do pedido.

Não obstante essas qualidades, é preciso ressaltar que também o *common law* não é um sistema perfeito. Ecoam do próprio Reino Unido da Inglaterra e País de Gales críticas ao sistema da *common law*⁵¹, sob fundamentos diversos. Inicialmente, contesta-se a certeza que se atribui aos entendimentos jurisprudenciais sobre políticas públicas⁵². Também se sustenta que, ao se atribuir maior valor à ação dos Tribunais que à legislação ordinária, há desprezo à vontade majoritária popular, expressada no direito de sufrágio,

1, n. 3 (jan./mar. 2004), Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, p. 14.

50 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 2.

51 Eis a crítica de Jeremy Waldron: “Nosso silêncio nessa questão é ensurdecedor se comparado com a loquacidade sobre o tema dos tribunais. Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial. Ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, 'Hércules', pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório.”

“Na verdade, a situação pode até ser pior; é certamente pior nos Estados Unidos. Não apenas não temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitorais – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou 'contramajoritárias' que, às vezes, pensamentos que a revisão judicial implica” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão da tradução por Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1-2).

52 Richard A. Posner é bastante assertivo na questão: “Não precisamos do conceito de interpretação, e acredito que fazemos pouco uso dele, a fim de entender e avaliar o *common law*. Para alguém como eu, que acredita que a interpretação não é, em termos gerais, um método seguro para chegar à certeza, ou mesmo à confiança quanto à maneira de decidir os casos difíceis (ver os dois próximos capítulos), é um alívio não ter de preocupar-se com a interpretação ao lidar com casos de *common law*. Todavia, para repetir um ponto já abordado aqui, daí não se segue que a tomada de decisões no *common law* seja mais objetiva do que a toma da de decisões nos casos de direito legislado ou constitucional. Isso porque, do mesmo modo como as decisões em casos de direito legislado ou constitucional baseiam-se frequentemente em interpretações extremamente contestáveis, as decisões do *common law* baseiam-se frequentemente em análises de políticas públicas ou juízos éticos extremamente contestáveis, ainda que não necessariamente arbitrários” (POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*, p. 350-351).

grande conquista da sociedade moderna⁵³. Aduz-se que isso ocorre em virtude de um errôneo estigma nutrido em relação à classe dos parlamentares. Tal estima decorreria da circunstância deles serem oriundos dos mais diversos setores da sociedade e sem grande formação intelectual. Critica-se também a hipertrofia do Poder Judiciário, porque tal circunstância equivale à prevalência de uma vontade contramajoritária, sem legitimidade popular. Além disso, argumentam os críticos que os juízes, por si sós, não têm condições técnicas de resolver causas que impliquem complexos problemas interdisciplinares, que demandam grandes discussões, como planos econômicos de grande impacto, propriedade intelectual, guerra cambial, divisão de *royalties* do petróleo dentre outros. Logo, reservar aos juízes papel preponderante na criação de normas jurídicas não é recomendável, tendo em vista a grande complexidade social dos dias atuais, que requer a participação de diversos profissionais na solução dos problemas e na construção das normas. É justamente por isso que os órgãos legislativos de diversos países ocidentais dispõem de várias comissões, com várias assessorias parlamentares especializadas.

4 Perspectivas em relação ao sistema romano-germânico (*civil law*)

Felizmente, de tempos para cá, de um modo geral, assiste-se a uma aproximação dos dois sistemas. Países integrantes do sistema romano-germânico têm reconhecido ao Poder Judiciário papel de destaque no controle de constitucionalidade das leis⁵⁴, como se verifica das diversas técnicas permitidas em lei (Lei nº 9.868/1999) para o exercício dessa função (interpretação conforme, declaração de nulidade sem redução de texto, modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, etc.).

Esses países também têm evoluído quanto ao reconhecimento do direito de grupos historicamente marginalizados, sobretudo com base em princípios de índole constitucional. No Equador, por exemplo, já existe doutrina favorável ao papel criativo do juiz, com fundamentação principiológica, para se afastar o texto legal, quando for

53 Confira-se outra importante afirmação de Jeremy Waldron: “A primeira coisa a dizer é que a dignidade da legislação, o fundamento da sua autoridade e o seu direito de ser respeitada por nós têm muita relação com o tipo de conquista que é. Nosso respeito pela legislação é, em parte, o tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*; tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marina Appenzeller. - São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190).

54 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1053. Ver observação do revisor na nota 4.

flagrante a injustiça da sua disposição⁵⁵. Recentemente, a Corte Nacional de Justiça daquele país, com fundamento na garantia constitucional do direito à identidade, declarou inconstitucional o art. 260 do Código Civil, que determinava a extinção da ação de investigação de paternidade com a morte da mãe ou do pai⁵⁶. Por outro lado, verifica-se a existência de respeitável corrente doutrinária, no âmbito do *common law*, preconizando um maior respeito às normas produzidas pelo Poder Legislativo⁵⁷.

Ao que tudo indica, a melhor solução está no meio termo. Direito não é apenas lei em sentido formal. Normas também podem ser extraídas de princípios, e estes por sua vez são revelados a partir de uma interpretação contextualizada de todo o ordenamento, realizada pelo Poder Judiciário, a partir de leis editadas pelo Legislativo, com o escopo de se reconhecer a existência de um direito subjetivo⁵⁸, ou então resolver um problema de ordem constitucional em caso de controle concentrado.

A plasticidade⁵⁹ deve ser uma característica do direito, a fim de que tenha grande

55 “(...) *En fin, la facultad creativa del juez evidenciada en sus fallos, no es una mera aplicación del texto positivo, es un verdadero poder que exige conciencia política en el juzgador para tomar motivada posición frente a las fuerzas de poder que en determinado momento pueden contraponer diversos principios jurídicos en una misma situación fáctica, y para ello se exige vasta preparación para mantener incólume un sobria argumentación de las razones del fallo dirigidas en último término siempre a las necesidades de un ciudadano ávido de justicia.*” (Corte Nacional de Justicia, Justicia que se ve; Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho, 2011, p. 98).

56 “El tribunal Constitucional, el 16 de mayo del 2006 (resolución publicada em el R.O. 274 de 19 de mayo del 2006), declaró inconstitucional el artículo 260 del Código Civil que disponía que se extingue la acción para investigar la paternidad o maternidad por la muerte del padre o madre, por cuanto contradecía la garantía constitucional del derecho a la identidad, por lo tanto se puede demandar la investigación de paternidad o maternidad post mortem, es decir aun cuando el padre o madre hayan fallecido, para lo cual podrá solicitarse la exhumación del cadáver para tomar las muestras y realizar el respectivo examen de ADN (Resolución no.: 71-2009; Juicio no.: 139-2007; procedencia: Sala Civil y Mercantil de La Corte Nacional de Justicia; Fecha de La Resolución: 19 de marzo del 2009; Assunto: Investigación de paternidad; Actor (es): Freddy Ullauri Coronel; Demandado(s): Arcesio Ochoa Chica(+)” Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.ec/> Acesso em: 30.01.2013).

57 WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 6.

58 Confira-se, a respeito da função do Poder Judiciário na formação dos direitos subjetivos, o seguinte excerto doutrinário: “O direito subjetivo somente existe se há o reconhecimento espontâneo da outra parte ou como a resultante de um processo judicial. Não existem direitos subjetivos prévios diante de um conflito de interesses.”

“Se o interesse em conflito vai futuramente se transformar em direito dependerá do processo de validação espontâneo no qual a sociedade reconhece ao indivíduo o gozo da coisa. Caso a sociedade não reconheça o interesse do sujeito, ele poderá requerer o reconhecimento compulsório através do devido processo legal, no qual exporá, fará prova e realizará debates em contraditório no sentido de ver reconhecido seu interesse como um direito através da sentença judicial.”

“A mera existência formal dos direitos previstos em lei não assegura, portanto, que efetivamente e a priori, os direitos sejam espontaneamente reconhecidos pela sociedade. O processo de formação do direito é um processo vivo que começa com a afirmação do interessado em face de um bem, e culmina com a validação espontânea ou judicial desse interesse, através de um processo legitimador, presente em uma determinada sociedade.”

“Estão aí, portanto, definidos, o cerne dos interesses e a gênese dos direitos” (MACIEL, JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 41).

59 João Batista Gomes Moreira anota que o direito administrativo moderno já faz sentir a necessidade de

facilidade de incorporação e de adaptação à mutante realidade social. Especialmente nos dias de hoje, em que a velocidade da mudança causa perplexidade.

De outra parte, a segurança jurídica também é um importante princípio, a fim de garantir a pacificação social e a previsibilidade dos julgamentos⁶⁰. Trata-se de importante item na formação do cálculo empresarial e na formação do orçamento público.

Portanto, uma boa atuação conjugada do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, em que se privilegie a abertura ao novo, respeitando-se, na medida do possível, a estrutura normativa já concebida, é a dinâmica que propiciará o surgimento de uma ordem jurídica socialmente justa e racional⁶¹.

Essa plasticidade do direito torna-se mais necessária quando se tem em vista a globalização⁶². Cuida-se de fenômeno que ensejou não só a livre circulação de

plasticidade, isto é, flexibilidade democrática, para que novos padrões jurídicos, despidos de autoritarismo, sejam estabelecidos na Administração Pública. Esses novos padrões precisam de plasticidade, especialmente para acompanhar o dinamismo do interesse público, que decorre da velocidade da mudança da configuração da sociedade: “Para acompanhar a dinâmica do interesse público, é preciso imprimir flexibilidade à procura de meios adequados” (MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 16).

60 A propósito da necessidade das decisões judiciais proporcionarem previsibilidade e segurança, Jorge Amaury Maia Nunes faz arguta observação: “A previsibilidade da decisão judicial passa por momentos de angústia e de incerteza. O entendimento de que o juiz deveria ser apenas a boca que pronuncia as palavras da lei foi substituído por outros em que a liberdade da aplicação da lei pelo magistrado é ampla, seja em obediência à hermenêutica clássica, seja em atenção à teoria da argumentação, seja em atenção à escola do Direito livre, seja em acatamento à escola do Direito alternativo.

Na seara do *common law*, em que floresce com vigor o realismo jurídico (ou os realismos jurídicos), a teoria do precedente obrigatório como *standart* a ser seguido vê-se cada vez mais comprometida sobretudo a partir da década de 90 do século passado. De fato, no julgamento *State Oil co v. Khan*, 118 S Ct 275 (1997) ficou assentado que *stare decisis is not an inexorable command*” (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*, p. 96).

61 No ponto, vale trazer à colação os ensinamentos de Claus-Wilhelm Canaris: “Um segundo limite essencial à obtenção do Direito a partir do sistema resulta da abertura do sistema (desenvolvidamente discutida no antepenúltimo parágrafo). Desta resulta, designadamente, que não se deva tomar como resultado final a determinação de que o sistema (até então existente) exige ou contradita uma determinada solução, mas antes apenas como *a possibilidade de um aperfeiçoamento do sistema*; o que pareça, ou, até, seja, em certa altura, como contrário ao sistema, pode, pouco mais tarde, surgir ultrapassado. Do mesmo modo deve-se evitar, perante a obtenção do Direito a partir do sistema, o mal-entendido de que o sistema é sempre dado, de antemão, como pronto e, desde logo, faculta as soluções para os problemas.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 188-189).

62 Eric Hobsbawm anotou, em sua memorável “Era dos Extremos”, que o final do século XX assistiu a incapacidade das instituições públicas se adaptarem ao processo de globalização. Concluímos, por conseguinte, que é preciso emprestar plasticidade ao direito, para que ocorra maior celeridade e eficiência na necessária acomodação das categorias jurídicas ao processo de globalização. Eis a palavras do prestigiado autor: “Entre 1914 e o início da década de 1990 o globo foi muito mais uma unidade operacional única, como não era e não poderia ter sido em 1914. Na verdade para muitos propósitos, notadamente em questões econômicas, o globo é agora a unidade operacional básica, e unidades mais velhas como as 'economias nacionais', definidas pelas políticas de Estados territoriais,

mercadorias entre os países, mas também facilitou a comunicação e o intercâmbio cultural⁶³, além de propiciar um incremento substancial no comércio internacional, com a venda massificada de produtos por todo o globo⁶⁴. Ensejou e continua fomentando aos países implicados no processo, especialmente aos periféricos, novas formas de relação social, importadas dos países centrais, assim como novos problemas, que reclamam uma solução da Justiça, para a pacificação social. A título de ilustração dessa assertiva, cite-se o caso dos sítios eletrônicos que agem como intermediários entre o fornecedor e o consumidor, permitindo a chamada “compra coletiva”, isto é, a ocorrência de desconto no preço, desde que um número mínimo de pessoas compre o produto ofertado⁶⁵. Ora, tal situação, advinda do incremento do comércio internacional, ainda não encontra tratamento legal no Brasil.

Também é interessante citar, para esse propósito, o fenômeno do

estão reduzidas a complicações das atividades transnacionais. O estágio alcançado na década de 1990 na construção da 'aldeia global' – expressão cunhada na década de 1960 (McLuhan – 1962) – não parecerá muito adiantado aos observadores de meados do século XXI, porém já havia transformado não apenas certas atividades econômicas e técnicas e as operações da ciência, como ainda importantes aspectos da vida privada, sobretudo devido à inimaginável aceleração das comunicações e dos transportes. Talvez a característica mais impressionante do fim do século XX seja a tensão entre esse processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas e do comportamento coletivo dos seres humanos de se acomodarem a ele. É curioso observar que o comportamento humano privado teve menos dificuldade para adaptar-se ao mundo da televisão por satélite, ao correio eletrônico, às férias nas Seychelles e ao emprego transoceânico.” (HOSBAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica por Maria Célia Paoli. 2. ed. 47. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 24).

63 PINTO, Céli Regina. Globalização vis-a-vis. A história do nacionalismo na América Latina: O caso do Brasil. In: CARVALHO, Edemir (Org.). *Perspectivas da globalização e das suas contradições no Brasil e na América Latina*. São Paulo: LCTE Editora, 2010, p. 15.

64 Eros Roberto Grau anota que o fenômeno da globalização não é novo, sendo certo que apresenta as seguintes características: “a produção e o consumo de todos países tornam-se cosmopolitas mediante a exploração do mercado mundial; a base nacional é retirada das indústrias; as indústrias não empregam mais matérias-primas locais, mas matérias-primas provenientes das mais longínquas regiões, e seus produtos acabados não são mais consumidos somente *in loco*, mas em todas as partes do mundo, ao mesmo tempo; as antigas necessidades, antes satisfeitas pelos produtos locais, dão lugar a novas necessidades, que exigem, para sua satisfação, produtos dos países e dos climas mais remotos; a autossuficiência e o isolamento regional e nacional de outrora dão lugar a um intercâmbio generalizado, a uma interdependência geral entre as nações; isso vale tanto para as produções materiais quanto para as intelectuais; os produtos intelectuais de cada nação tornam-se um bem comum; o espírito nacional tacanho e limitado torna-se cada dia mais inviável, e da soma das literaturas nacional e regionais cria-se uma literatura mundial; o rápido desenvolvimento de todos os instrumentos de produção e as comunicações impelem todas as nações, mesmo as mais bárbaras, para a torrente da civilização.”

“O que realmente há de *novo* na globalização decorre das transformações instaladas pela *terceira revolução industrial* – revolução da *informática*, da *microeletrônica* e das *telecomunicações* – transformações que permitiram a sua reprodução como *globalização financeira*.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 265-266).

65 GONÇALVES, Antonio Baptista. Compras coletivas e a lesividade nas relações de consumo. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII – nº 78*. - São Paulo: IOB, p. 72, 2012.

“superendividamento” de inúmeros consumidores⁶⁶. Em virtude, fundamentalmente, dos encantos da mídia e da facilidade de acesso ao crédito, circunstâncias que se somam à irresponsabilidade das empresas em não verificarem a capacidade de endividamento de seus clientes, consumidores contraem dívidas acima de sua capacidade, de modo irracional, sem aquilatar as consequências desses atos⁶⁷. Essa é a realidade de milhares de consumidores, desesperados em face da ruína iminente e de sua família. De igual modo, não há ainda regramento legal específico para essa situação. Mas juristas e tribunais estão tentando construir balizas para a matéria. Convém destacar outro fenômeno, fruto do comércio de massa, consistente nos cadastros restritivos de crédito. Cuida-se de uma ferramenta criada pelos fornecedores para identificar os consumidores que se encontram inadimplentes com suas obrigações⁶⁸.

Constata-se certa perplexidade de alguns tribunais da América Latina ao se depararem com questionamentos jurídicos sobre qual regra de responsabilidade aplicar a causas envolvendo relações de consumo, porque não encontraram previsão nos códigos civis desses países. A mesma reação têm experimentado juízes de todas as instâncias ante a falta de dispositivos legais para julgar a prática de crimes financeiros transnacionais. Essa situação de impotência sente o Judiciário quando tem de enfrentar temas como agressões ambientais, lesões em massa a consumidores, sem legislação sobre o tema. Em grande parte dos países integrantes do sistema romano-germânico, há uma perplexidade quanto ao tratamento legal dos novos problemas decorrentes dos novos direitos, especialmente quando se tem em vista a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica global⁶⁹.

66 COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 118.

67 GOMES, Marcelo Sant'anna Vieira; KROHLING Aloisio; MELO JÚNIOR, José Carlos. Análise crítica do superendividamento sob a égide do pensamento de Emmanuel Lévinas. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, n° 78*. - São Paulo: IOB, 2012, p. 112.

68 BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

69 Esse fenômeno não ficou alheio a J. J. Gomes Canotilho: “Como vimos nas considerações anteriores, a problemática da eficácia irradiante dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada e a questão da sua dimensão objectiva continuam a suscitar complexos problemas jurídicos e dogmáticos. A nosso ver, no novo milénio esses problemas ganharão novos contornos e nova complexidade quando a ordem jurídica global for o palco normativo dos comportamentos individuais e colectivos. Neste sentido, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas deverá colocar-se no plano da 'sociedade civil global' e do 'Estado-rede'. Com efeito, a existência do ciberespaço coloca com acuidade a questão de saber se e como se poderá estender a eficácia dos direitos e liberdades aos novos entes soberanos. Além disso, passa também a questionar-se a forma como as instâncias políticas (nacionais e internacionais) podem e devem impor a outras entidades privadas a observância dos direitos fundamentais (ex.: imposição a um *lost provider* comercial que possibilita ao conteúdo *provider* em rede o acesso a *websites* de pornografia e de propaganda nazi. Por outras palavras, haverá possibilidade de um *ciber-Drittwirkung* nas relações jurídicas privadas desenvolvidas através da

A plasticidade do direito, portanto, é extremamente importante, para permitir a solução desses problemas a partir do ordenamento jurídico pátrio, com decisões calcadas em fundamentação principiológica, em argumentos científicos e em reputada doutrina. Não se está com isso afirmando que é despicienda a edição de novas leis para regular problemas inéditos. Apenas sustenta-se que, antes da edição dessa legislação, é importante que o Judiciário tenha ferramentas para remediar a situação, até que uma boa legislação, fruto de uma consolidação do entendimento jurisprudencial e de estudos técnicos, seja editada. Com isso, não haverá necessidade de importar e aplicar, sem grandes estudos, a legislação estrangeira, o que pode criar diversas antinomias.

Não se olvida que a lei traz, em geral, conceitos abstratos, de sorte que compete ao julgador recolher do caso em análise os elementos concretos para a sua aplicação, ou seja, os fatos e os valores⁷⁰.

A tendência moderna nos países de *civil law* é de expandir a juridicização de fatos pelo Poder Judiciário⁷¹, com isso, havendo, de certo modo, uma reformulação no papel originalmente traçado para os poderes. Assiste-se, desse modo, a uma progressiva concorrência na produção do direito entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo nos países integrantes desse sistema⁷², sendo certo que há quem afirme que até alguns

Internet? Os conhecidos casos do portal Yahoo em França (venda de objectos relativos ao regime nazi e ao nazismo, a divulgação, via Internet, do livro do Presidente Mitterrand, feito por médico particular, revelam que as chamadas vinculações de entidades públicas e privadas através dos direitos, liberdades e garantias irá colocar nos próximos tempos problemas relacionados quer com a universalidade e universalização dos direitos quer com a operacionalidade da regulação intra-estadual e internacional de dimensões humanitárias básicas (ex: combate estadual e internacional aos *websites* de pedofilia).” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. *Direito Público*. - v. 1, n. 1 (jul./set. 2003). - Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005, p. 88).

70 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 151.

71 FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. A necessidade de um sistema brasileiro de precedentes vinculantes: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 75*. - São Paulo: IOB, 2012, p. 219.

72 Esse fenômeno foi bem descrito por Mauro Cappelletti, nos seguintes termos: “Começarei por dizer, por outro lado, que provavelmente a forma mais plausível, embora incompleta, de ler este estudo é a de nele ver a *defesa* da expansão da criatividade judiciária nas sociedades modernas. Trata-se, repito, de uma chave de leitura plausível, mas desde que se entenda por 'defesa' a investigação e análise *objetiva* das razões que justificam na nossa época, e na verdade impõem, este grande movimento de acentuação do papel dos juízes. Acrescento desde logo, todavia, que tal defesa deve ser entendida, de qualquer modo, num quadro que deve assumir manifestações e colorações bem diferenciadas, conforme as diversas famílias e sistemas jurídicos individuais. Embora geral a tendência evolutiva evidenciada, seria de todo impróprio, pelo contrário, defender ou propugnar em determinado país certos desenvolvimentos ou certo curso de ação, sem primeiro verificar a situação *específica* de tal país e a sua concreta posição no âmbito da tendência evolutiva (relativamente) universal. Em alguns países, como por exemplo nos Estados Unidos, nos quais a tendência evolutiva passou a assumir nos últimos dois ou três decênios aspectos particularmente pronunciados, é compreensível e até justificada a tendência mais recente de maior prudência e mesmo de determinada *judicial restraint*, inclusive para alguns compassos de espera ou regresso. Consideração oposta aplica-se, ao invés, a outros países na

segmentos econômicos estão produzindo suas regras jurídicas, sem a concorrência do Estado, a partir de um processo de autorregulação⁷³. Verifica-se, portanto, um movimento de aproximação dos dois sistemas⁷⁴.

5 Processo de juridicização no Brasil

No Brasil, a juridicização do fato não decorre de um simples ato, mas de um processo, que compreende algumas fases. É que a completa produção de efeitos

retaguarda desse grande movimento, como a Grã Bretanha e a Austrália e também à maior parte dos países de 'Civil Law' (entre esses certamente a Itália), não excluídos os da Europa oriental (agora socialistas). Em ambos os casos, seja como for, tenha-se bem presentes e 'medidos', de um lado, as necessidades reais e, de outro, as efetivas possibilidades dos países em consideração.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 112).

73 Eros Roberto Grau faz afirmações contundentes sobre o fenômeno da autorregulação: “12. Sucede que desde a metade do século o *direito*, enquanto *direito formal* e enquanto *direito moderno*, passa por um processo que se pode referir como de *desestruturação*. Aqui, note-se bem, estamos diante de uma *dupla desestruturação do direito* – isto é, do *direito formal* e do *direito moderno*.

“Pelo lado do *direito formal*, a produção de *justiça formal*, dissociada da mora, resulta socialmente insatisfatória. A legitimidade do exercício da função jurisdicional é questionada, se bem que timidamente. Mas é inquestionável que a sociedade clama por *ética*.”

“Como a questão da *legitimidade* do direito repousaria sobre um mínimo de ética, havia de ser ignorada. O final do século, contudo, expõe a aspiração social por um critério *substancial* de legitimação do direito – já não basta a *legitimidade procedimental*. A sua descrição como disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância [Luhmann 1980/30], não distingue situações de obediência consensual e de obediência sob dominação, instrumentada pelo medo e pelo terror. O fato de a decisão jurídica ser obedecida não significa que ela seja *legítima* [Larenz 1983/82].”

(...)

“Quem, salvo os positivistas radicais, que cultuam o *direito* apenas como *forma* – e nada mais –, dissociando-o da realidade social e humana, pode desconhecer a realidade de um riquíssimo *pluralismo jurídico* envolvido na dinâmica social?”

(...)

“O fenômeno da *autorregulação (em certos e específicos setores da vida econômica)* – aí o encaminhamento de uma *teoria da regulação* como nova *teoria do direito* –, o emergir de uma nova *Lex Mercatoria*, ampliada no seu círculo de aplicação, e cada vez mais, pelas inovações no setor das comunicações, isso apenas, sem que se considerem outras ordenações que a língua ferina dos que as desejam ignorar inclui na 'marginalidade', isso, apenas isso, evidencia que a universidade do direito pereceu (se é que em algum momento foi efetiva...)” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 104-105).

74 Essa dinâmica foi captada por René David: “Países de direito romano-germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobre a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.20).

jurídicos somente ocorre quando o fato jurídico⁷⁵, decorrente da vontade humana, conseguir percorrer, incólume, dentro do ordenamento, os planos da existência, da validade e da eficácia⁷⁶. Essa trajetória não envolve necessariamente os três planos, mas necessariamente deve abranger o primeiro, ou seja, o da existência.

A juridicização, no entanto, como bem adverte Bernardes de Mello, não é um fenômeno palpável, mas cerebrino⁷⁷. O seu resultado é que pode ser percebido no mundo real, como quando se transfere, por escritura pública, a propriedade para outrem; ou quando o herdeiro tome posse de um bem, em virtude da incidência do art. 1.784 do CC.

A incidência da norma ao fato provoca a juridicização deste⁷⁸. Como se verá mais à frente, pode ser encontrada facilmente como um produto da ação do Poder Legislativo ou então do Poder Judiciário⁷⁹.

A juridicização dos interesses e dos direitos metaindividuais guarda alguns matizes próprios, sobretudo no que concerne aos direitos difusos, o que a distingue do processo de juridicização reservado aos atos jurídicos em geral.

Desse modo, nos próximos itens será definido o conceito e o conteúdo de cada uma das espécies de interesses e direitos metaindividuais, bem como as suas respectivas características, a fim de que seja mais bem explicado e compreendido o seu processo de juridicização.

Essa tarefa se revela importante para o propósito desta dissertação, pois a legitimidade para a ACP envolvendo direitos metaindividuais decorre em grande parte

75 A propósito, Carlos Roberto Gonçalves elabora o seguinte conceito de fato jurídico: “Os fatos jurídicos em sentido amplo podem ser classificados em: a) fatos naturais ou fatos jurídicos *stricto sensu*; e b) fatos humanos ou atos jurídicos *lato sensu*. Os primeiros decorrem de simples manifestação da natureza e os segundos da atividade humana. (...)”

“Os fatos humanos ou atos jurídicos em sentido amplo são ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos e dividem-se em: b.1) lícitos; e b.2) ilícitos.”
(...)

“Os atos lícitos dividem-se em: b.1.1) ato jurídico em sentido estrito ou meramente lícito; b.1.2) negócio jurídico; e b.1.3) ato-fato jurídico. Nos dois primeiros, exige-se uma manifestação de vontade” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v.1, p. 318) Não consta da bibliogr. final. Examinar.

76 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo; Saraiva, 2012, p. 134.

77 Idem, *ibidem*, p. 110.

78 No particular, vale conferir a lição de Ronaldo Poletti: “Há, portanto, um fato-tipo e um fato concreto correspondente àquele. Concretizado o fato previsto, haverá determinados efeitos no mundo do direito, conforme dispuser a norma. Antes do processo normativo, já existe o fato, que não é ainda jurídico. A norma o qualifica, dando-lhe consequências jurídicas” (POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243).

79 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas...* p. 42-43.

da configuração do direito em litígio: sua titularidade, sua abrangência e seu objeto.

Não há negar a relevância do direito material em relação ao direito processual, pois, apesar de ramos jurídicos autônomos, são províncias do direito que estão em permanente interação. A extensão da coisa julgada, o exercício do contraditório, os pressupostos processuais, a produção de provas, são temas processuais imbrincados com a legitimidade processual e com a configuração do direito material.

6 Direitos metaindividuais

6.1 Interesse ou direito

Reina acesa controvérsia na doutrina sobre a existência de diferença conceitual entre interesse e direito. Para alguns, essa diferença existe e deve ser tratada cientificamente⁸⁰; para outros trata-se de diferença apenas terminológica⁸¹, porque, em vista da evolução do conceito de direito, as duas locuções correspondem ao mesmo fenômeno. A abordagem desse tema é de extrema importância para o estudo da ACP, tendo em conta que essas categorias repercutirão na fixação da legitimidade ativa e passiva, assim como no próprio julgamento de mérito.

A primeira corrente aqui destacada descreve as características do interesse, para distingui-lo cientificamente do direito. De acordo com os adeptos dessa corrente, o interesse corresponde a uma situação favorável à satisfação de uma necessidade⁸², abrangendo a “(...) *idéia de um sujeito com determinada necessidade que se relaciona com um objeto que julga ser capaz de saciá-la (...)*”⁸³.

O interesse, para essa corrente, existe no mundo dos fatos e somente quando ganha relevância é alçado ao mundo do direito. Assim é que Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que “*o interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa*”⁸⁴, isto é, a pessoa almeja o bem para auferir uma situação de vantagem.

80 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula, op. cit. p. 57.

81 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

82 SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. rev. atual. ampl. Vol. 1 São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1-2.

83 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 56.

84 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 23.

Faz-se uma diferença conceitual entre interesse e interesse jurídico⁸⁵. Essa própria doutrina destaca que o interesse jurídico tem suas balizas fixadas na norma de regência, enquanto os interesses, em seu sentido lato (fático), podem expandir-se livremente, comunicar-se, repelir-se, porque estão localizados no plano fático, sem limitações axiológicas.

Há expoente dessa corrente doutrinária que endereça crítica à expressão interesses difusos, pois o correto seria a utilização da expressão interessados difusos. Isto porque, de acordo com essa doutrina, o interesse é sempre individual. A lesão é que seria disseminada entre os diversos titulares, não identificáveis, daí falar-se em interessados difusos. Além disso, nem todo interesse se transformaria em direito⁸⁶, apenas aqueles que passaram por um processo de validação espontâneo ou formal. Isto é, o interesse reconhecido consensualmente pela sociedade, por intermédio de seus

85 Assim distingue Rodolfo de Camargo Mancuso: “A diferença entre os interesses – I – e o interesse jurídico está em que o conteúdo axiológico daqueles primeiros é amplo e variável, na medida em que sua valoração é deixada ao livre arbítrio dos sujeitos; ao passo que o interesse jurídico, por definição, tem seu conteúdo valorativo já prefixado na norma de regência” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 24).

86 Vicente de Paula Maciel Júnior sustenta essa concepção dos interesses difusos do seguinte modo: “Esse equívoco manifestado por Ihering se evidencia mais ainda com a complexidade da evolução da sociedade, que passou a reconhecer direitos que, embora existentes, não eram objeto de cogitação legal.”

“Os chamados interesses e direitos coletivos e difusos são exemplos disso. A legislação brasileira, em diversas passagens fala da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos. A nomenclatura revela que haveria uma distinção entre as expressões. Se adotássemos a definição de Ihering de que os direitos são interesses juridicamente tutelados, teríamos de admitir que tanto os interesses quanto os direitos difusos representam exatamente a mesma coisa, não havendo divergência ontológica entre as expressões, que cairiam no vazio.”

“A nossa teoria de que os interesses são diferentes dos direitos explicaria de modo satisfatório e simples essa questão.”

“Em verdade não haveria interesses difusos ou coletivos, porquanto admitimos que os interesses são sempre individuais, sempre ocorrem e se exaurem na esfera particular do indivíduo. Os interesses são manifestações, afirmações unilaterais da vontade em face de bens.”

“Dessa forma, nunca poderíamos aceitar que os interesses, que são individuais, fossem classificados em coletivos ou difusos. No máximo, poderíamos reconhecer que, em face de determinado fato, existe um número indeterminado de indivíduos numa mesma situação jurídica. Se pudéssemos identificar ou agrupar esses indivíduos em uma classe de pessoas, com interesses comuns e legalmente reconhecidos e previstos, estaríamos diante de interessados coletivos ou homogêneos, dependendo das características peculiares dos interesses individuais envolvidos e manifestados individualmente.”

“Por outro lado, se não pudéssemos identificar os interessados que são atingidos por um determinado fato ou ato jurídico, teríamos hipótese de interessados difusos, o que decorreria da existência difusa de diversos interessados que poderiam ter uma solução conjunta e abrangente para todos os que se encontrassem na mesma situação jurídica prevista em lei.”

“A confusão originária da expressão de Ihering deslocou o eixo do problema, unificando o sentido de vocábulos cujos conceitos não poderiam ser equipados.”

“O fato de os interesses estarem na base de formação dos direitos não significa que eles se confundam com o próprio direito.”

“Portanto, concluímos que os interesses e os direitos são conceitos diferentes, mas se inter-relacionam de modo íntimo” (MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 43-44).

representantes, transformar-se-ia em lei (processo de validação espontâneo), ao passo que os interesses que não fossem reconhecidos por essa via, deveriam ser apresentados ao Poder Judiciário, que, ao fim de um processo formal (devido processo legal), poderia transformá-lo em interesse jurídico (processo de validação formal). Os interesses que não recebessem validação por nenhuma das vias continuariam sem a proteção jurídica, apenas existindo no mundo dos fatos. Daí sustenta a necessidade de se distinguir, ontologicamente, interesse de direito, especialmente para justificar-se, em base científico-jurídica, a possibilidade de processamento em juízo de pretensões que ainda não receberam a chancela legal, como sói ocorrer com os interesses difusos e os coletivos, categorias recentes no ordenamento jurídico pátrio que ainda não receberam o tratamento legal adequado.

Para a outra corrente doutrinária, interesse e direito não guardam diferenças ontológicas, sobretudo em virtude do alargamento do que se considera direito subjetivo. Assim, para evitar desnecessárias imprecisões terminológicas, as duas expressões devem ser tomadas como sinônimas⁸⁷.

Acreditamos que é possível trabalhar com uma terceira via, que represente uma síntese dessas duas correntes.

O interesse é um fenômeno pré-jurídico. Pertence à esfera privada do indivíduo. De acordo com o léxico, interesse significa o que é importante, útil, vantajoso ou ainda o apego ao que traz vantagem pessoal⁸⁸.

Trata-se, portanto, de algo pertencente a um mundo alheio ao do direito, qual seja, o mundo da moral. Todo homem age movido por um fim, objetivando bens que lhe satisfaça. Ronaldo Polletti enumera os bens mais importantes para o homem: o belo, a santidade, o poder, o amor e o útil⁸⁹.

O interesse configura-se no vínculo psicológico estabelecido entre a pessoa e um bem da vida⁹⁰, material ou imaterial, que se lhe apresenta como útil, em razão de determinado valor ínsito à pessoa.

Os interesses do homem são condicionados pelo tempo e pelo espaço. Isto

87 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 208.

88 HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*; elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.- 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 429.

89 POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*, p. 121.

90 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 82.

porque ele é um ser histórico⁹¹. Assim é que os interesses do homem de hoje não correspondem àqueles do homem do início do século XVI; tampouco os de hoje serão os mesmos daqui a três séculos. Os interesses do brasileiro não correspondem na íntegra aos de um indiano; tampouco os de um americano são iguais aos de um afegão, embora todos esses povos tenham muitos interesses em comum, em virtude da coexistência cada vez mais intensa provocada pela descoberta de novos meios de comunicação, a exemplo da internet e da televisão.

Outro importante aspecto relacionado ao interesse é que ele surge no homem em razão de valores que lhe são intrínsecos. Esses valores são absorvidos na família, na igreja, enfim, em todo o meio social, em virtude da própria interação humana. Pode-se dizer que o homem é um ser poroso, que absorve os valores que estão ao seu redor, incutidos no meio social.

Existem momentos em que os interesses individuais convergem, tornando-se comuns a um relevante número de pessoas. Outras vezes as pessoas, individualmente, ou em grupo, entram em conflito por conta desses interesses. Neste momento, em que o interesse ganha repercussão social, o Estado é chamado a se manifestar.

Há então a manifestação estatal, emprestando juridicidade a esse interesse. Essa dinâmica foi retratada na teoria tridimensional do direito, em que se divisa o direito como uma síntese da dialética entre o fato, o valor e a norma⁹².

A criação do direito resulta de uma interferência do poder no mundo dos fatos. O interesse pertence ao mundo fático, enquanto o direito é o interesse juridicizado⁹³. É conhecida a lição de utilitaristas a respeito do tema⁹⁴. O interesse reconhecido pelo

91 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, p. 122.

92 Confira-se a lição de Miguel Reale: “Com essa figura, quero dizer que o mundo jurídico é formado de contínuas *'intenções de valor'* que incidem sobre uma *'base de fato'*, refragando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em *norma jurídica* em virtude da interferência do Poder.” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, p. 124).

93 Essa distinção é bem descrita por Susana Henriques da Costa: “O conceito de interesse pode ser buscado no senso comum. Trata-se da pretensão que alguém tem em relação a determinado bem, a que se atribui algum valor econômico ou moral. Os interesses podem ter conteúdos diversos e dizerem respeito a uma variedade de bens (ex. interesse em ganhar na loteria, interesse em ver o time vencedor de determinado campeonato, etc.). Entretanto, os interesses somente terão relevância para o direito se seu conteúdo for reconhecido por alguma norma, direta ou indiretamente.”

“Se um determinado interesse vem reconhecido diretamente pelo ordenamento jurídico, de modo a assegurar a seu titular proteção em face de terceiros e, em certos casos, até mesmo autotutela, diz-se que ele se torna direito. Se se trata de um direito individual, ele se torna mais propriamente um direito subjetivo” (COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, p. 44).

94 No ponto, Vicente de Paula Maciel Júnior traça interessante panorama histórico: “Em princípio, o estudo do interesse teve sua maior relevância com os autores utilitaristas, principalmente com Jeremy Bentham e Rudolf Von Ihering, que o ligaram à ideia de utilidade, valor, necessidade. O último desses autores foi o grande responsável pela divulgação e equiparação dos interesses aos direitos, ao afirmar

poder público como relevante, ganha, portanto, o *status* de direito. O direito é o interesse que recebeu uma tutela normativa, por isso que o seu titular foi dotado de poder. A desobediência a um direito comporta sanção e possibilidade de contraste judicial⁹⁵.

O reconhecimento jurídico do interesse não decorre apenas da ação legislativa, mas também do Poder Judiciário. Nesse ponto, concordamos com Vicente de Paula Maciel Júnior quanto à limitação da teoria de Ihering a respeito da juridicização do interesse⁹⁶. Acreditamos que tal lacuna tenha ocorrido pelo fato de que à época em que ele produziu a sua teoria, não havia um Poder Judiciário com os moldes atuais: mais bem estruturado e com mais independência funcional. Miguel Reale, no entanto, nos idos da década de 50, captou essa dinâmica com precisão, destacando que a gênese da norma jurídica decorre da ação do poder, que pode ser o legislativo (lei) ou o judiciário⁹⁷ (sentença ou acórdão).

É válida, portanto, a distinção entre interesse e direito. O interesse pertence ao mundo dos fatos e pode ser transformado em direito pela ação do Poder Legislativo ou

que os direitos são interesses juridicamente protegidos. Essa ideia central foi manifestada na obra intitulada 'A dogmática jurídica.' (MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 20).

95 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 89.

96 A título de ilustração dessa assertiva, confira-se a seguinte passagem de sua obra: “O equívoco metodológico de Ihering consistiu em pressupor que o interesse somente teria importância para o direito a partir do momento em que houvesse a previsão legal de tutela desse interesse. O interesse que importaria ao direito seria um interesse juridicamente tutelado, ou seja, um direito. Não haveria, segundo essa concepção, a razão para a diferenciação ontológica entre interesses e direitos.”

“Entretanto, essa posição não poderia ter sido acatada, tanto em sua época quanto hodiernamente. Ora, os interesses nunca podem confundir-se com direitos. Os interesses estão na base da formação dos direitos, mas, enquanto manifestações da vontade de um sujeito em face de um ou mais bens, eles não passaram ainda pelo processo de validação da manifestação dessa vontade, seja pelo reconhecimento social ou judicial.”

“Os interesses nunca se confundirão com os direitos, visto que os primeiros sempre serão manifestações individuais de vontade, enquanto os direitos pressuporão sempre um processo social de validação e reconhecimento da legitimidade dos interesses manifestados.” (MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 43).

97 Eis as palavras de Miguel Reale: “A meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (*lato sensu*) que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis. Todos os projetos de lei, em suma, em debate no Congresso, para dar um exemplo – perdem sua razão de ser quando um deles se converte em norma legal.”

“Essa compreensão da gênese da norma jurídica graças à participação do Poder num complexo factual-axiológico (onde, pois, não impera a vontade nua e arbitrária) é outra das contribuições contidas nas duas últimas obras citadas. Note-se que, quando falo em Poder, não penso apenas no Poder governamental, pois, através de sucessivas decisões homogêneas, o Poder Judiciário edita normas jurisprudenciais (ex.: as súmulas do Supremo Tribunal Federal) assim como o Poder social anônimo consagra normas costumeiras ou consuetudinárias. Há ainda o Poder negocial que dá vida aos contratos.” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1994, p.124).

em razão de reconhecimento pelo Poder Judiciário, após o devido processo legal.

No entanto, a partir do momento em que o interesse é juridicizado, ele passa a ser, sob o ponto de vista ontológico, sinônimo de direito⁹⁸.

Logo, a diferença que enxergamos reside apenas entre o interesse e o direito, não entre direito e interesse jurídico. A título de ilustração dessa assertiva, cite-se a hipótese de uma pretensão deduzida em juízo por um grupo, com fundamento em interesse coletivo. Ocorre que esta pretensão é inédita e nunca fora julgada pelo Poder Judiciário, tampouco encontra previsão legal a respeito. Ora, neste caso, estamos diante de um interesse, que ainda não foi juridicizado. Se o pedido for julgado procedente, então ter-se-á um interesse reconhecido pelo Estado (Poder Judiciário), portanto, juridicizado.

Se a situação fosse diferente: o grupo fundamenta a sua pretensão em um precedente judicial (como, por exemplo, uma pretensão à condenação do réu ao pagamento de uma indenização, por dano moral coletivo, que encontra amparo em alguns julgados de tribunais e inclusive do Superior Tribunal e Justiça; ou então formula a sua pretensão com fundamento em uma convenção coletiva de trabalho), mas tal matéria ainda não encontrou regulamentação legal adequada. Há, em nosso entender, patente interesse jurídico deduzido em juízo, que, sob o ponto de vista ontológico, corresponde a um direito.

Uma terceira situação: o grupo fundamenta a sua pretensão com base em uma lei, como os alunos de uma escola que se insurgem contra o aumento abusivo da mensalidade, com fundamento no art. 51, inc. IV, do CDC, reclamando a declaração de sua nulidade⁹⁹. Esse o contexto, estamos diante de um caso em que postula um direito, regulamentado em lei.

Essa diferença ganha importância quando se tem em vista que o art. 5º, XXXV, da CF, garante o acesso à ordem jurídica justa¹⁰⁰, em favor de todo aquele que sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito. Não há referência ao termo interesse. Contudo, a partir do momento em que destacamos a possibilidade de juridicização dos fatos pelo Poder Judiciário, torna-se possível uma interpretação dessa norma constitucional que alcance não só direitos, mas também interesses.

A distinção entre interesse e direito é identificada não apenas a partir da filosofia

98 LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 55.

99 FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 121.

100 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. vol. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 113.

do direito, como destacado, mas também em função de uma interpretação sistemática do texto constitucional. É que se no art. 5º, XXXV, da CF consta a expressão direito, na redação do inciso III do art. 129 o legislador constituinte utilizou o termo “interesses” acompanhados dos adjetivos “difusos” e “coletivos”. A legislação infraconstitucional também consagra as expressões direito e interesse, como se verifica do disposto no art. 81 da Lei nº 8.078/1990. Essa espécie de interpretação, dentre as várias possibilidades hermenêuticas, é uma das mais recomendadas, porque leva em conta todo o sistema em que se insere o texto objeto de estudo¹⁰¹. Deriva, portanto, de um estudo abrangente do ordenamento jurídico em que se encontra a norma em vigor, permitindo uma análise mais acertada do seu conteúdo.

6.2 Espécies de interesses

Há, basicamente, três tipos de interesse, a depender da sua abrangência: individual, social e público¹⁰².

Há vários modos de distinguir esses três interesses: a) em função do elemento predominante¹⁰³; b) prejuízo; c) utilidade almejada pela norma.

101 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 426.

102 Essa divisão tripartite é feita por Rodolfo de Camargo Mancuso: “Na verdade, afigura-se inútil ignorar ou minimizar os interesses coletivos e os grupos; isso seria, ao mesmo tempo, desconhecer a natureza humana e lutar contra o inevitável. Atualmente, assiste-se a uma verdadeira 'divisão de trabalho', pelo critério do elemento predominante: os interesses privados, para os indivíduos; os interesses coletivos, para os grupos; o interesse público, para o Estado. Cabe a este último 'aceitar' essa entourage, conviver com ela, deixar que ela lhe facilite a gestão da coisa pública, ao invés de combatê-la, de que são expressivos exemplos as contemporâneas e exitosas parcerias público-privadas. Cabe ao Estado ter presente que esses três planos não formam compartimentos estanques, mas, ao contrário, eles interagem e se influenciam mutuamente; daí a necessidade de critérios político-administrativos flexíveis, como reclama a doutrina” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 46).

103 Nestes termos informa Rodolfo de Camargo Mancuso: “Neste passo, cabe notar que a própria divisão do direito positivo em dois grandes ramos – o público e o privado – não se faz em termos de exclusividade, e sim de predominância, a saber: o direito penal integra o direito público porque a maioria de suas normas é de natureza cogente, imperativa (dado o *jus puniendi* reservado ao Estado), mas ele compreende também normas de natureza privada (nos crimes contra a honra, por exemplo) e mesmo, nos processos alusivos a infrações penais de menor potencial ofensivo há possibilidade de conciliação (Lei 9.099/1995, arts. 72 a 74); o direito civil integra o direito privado por causa da predominância das normas de natureza privada, embora nele coexistam normas de ordem pública, como as relativas ao direito de família e sucessões” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, p. 48).

De acordo com o primeiro critério, o interesse será público ou particular, à medida que a vantagem preponderante se refira a um ou outro¹⁰⁴. Não se exige uma vantagem absoluta em favor de um segmento, porque isso se mostra de difícil ou quiçá impossível ocorrência na prática.

O segundo critério estabelece que o interesse será classificado em função da vítima que experimenta o prejuízo ou a utilidade¹⁰⁵. Desse modo, o interesse é individual quando pertine a uma vítima de acidente de trânsito, mas será difuso quando as vítimas forem incontáveis (poluição de um rio).

Nos termos do terceiro critério, o interesse será classificado em virtude do interesse almejado pela norma que o tutela. Assim, será público se a norma que o regula se referir ao Estado, e particular se a norma for endereçada às relações estabelecidas entre particulares¹⁰⁶.

Estamos com Rodolfo de Camargo Mancuso, quando opta pelo critério do elemento predominante, contudo, não como critério absoluto. A depender do caso, pode ser conjugado com outros critérios. O critério do prejuízo e o da finalidade da norma não satisfazem, porque ambíguos e também porque não resolvem complexos problemas de ordem fática. Cite-se o caso da poluição de um rio: ao mesmo tempo em que dá ensejo a um prejuízo individual, também lesa toda a comunidade. Por outro lado, o critério da norma causa perplexidades, porque, atualmente, são várias as leis que veiculam normas de ordem pública e também de ordem privada, como o CDC.

O critério do elemento preponderante reconhece essas nuances, facilitando a atividade do intérprete e aplicador da norma, porquanto, à luz do caso concreto, permite a verificação de quem, em maior parte, sofreu o prejuízo ou qual a norma se revela a mais adequada à hipótese.

Fixadas essas balizas, vejamos as espécies de interesses.

6.2.1 Interesse individual

O interesse individual tem caráter egoístico, porquanto pertinente apenas ao seu

104 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, p. 458.

105 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. - 7. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

106 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, p. 458.

titular¹⁰⁷. O interesse individual, depois de juridicizado corresponde ao direito subjetivo. Exemplo de direito subjetivo individual encontra-se no direito de posse sobre algum bem imóvel ou o direito de empregado de receber verbas trabalhistas; ou ainda no direito do consumidor de receber um produto novo, em bom funcionamento, em substituição àquele que originalmente adquiriu com defeito¹⁰⁸.

Ele é exercido “pelo e para o indivíduo”¹⁰⁹, por isso que a sua fruição se restringe à esfera do seu titular. O nascimento da intenção do sujeito e o seu fim também decorre da sua vontade¹¹⁰.

A demanda em juízo desses interesses é feita individualmente pelo próprio interessado; ou, quando necessário, representado ou assistido por quem de direito (art. 8º do CPC). A coisa julgada, nesta lide, atinge apenas os litigantes¹¹¹.

Diz-se também que uma das características do interesse individual é que o seu prejuízo ou sua utilidade¹¹² restringe-se ao círculo do seu titular.

Há quem afirme que todo interesse é sempre individual, porque inerente à esfera psíquica, que vincula um sujeito a um determinado bem da vida¹¹³. Assim, haveria equívoco na utilização das expressões interesse difuso e coletivo. De acordo com essa perspectiva, o certo seria a utilização das expressões “interessados difusos” e “interessados coletivos”.

Sem adentrar o mérito desta questão, por ora, entende-se que a expressão utilizada pela LACP está correta, porquanto esses interesses ultrapassam a esfera

107 Rodolfo de Camargo faz excelente abordagem do tema: “Não vemos outra forma de conceber o que seja o interesse individual, senão utilizando o critério do ‘elemento predominante’, a que já nos referimos: é individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos. Assim se passa, por exemplo, com o interesse do credor em receber seu crédito” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 52-53).

108 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 232.

109 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 53.

110 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 55.

111 FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual* Trad. Elaine Nassif. Campinas (SP): Bookseller, 2006, p. 550.

112 A título de ilustração dessa assertiva, trago à baila excerto da doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso: “Critério prático para se identificar um interesse como ‘individual’ consiste em examiná-lo sob os ângulos do ‘prejuízo’ e da ‘utilidade’: um acidente automobilístico do qual só resultem danos materiais gerará interesses individuais (ao ressarcimento, ao recebimento do seguro); as situações de que só podem resultar benefício para as partes implicadas (por exemplo, um ato de liberalidade) geram interesses individuais, porque a utilidade do evento se esgota na esfera de atuação dos participantes” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 53).

113 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 54.

individual, interessando à coletividade ou a uma certa categoria enquanto permaneçam certas condições. O interesse coletivo, por exemplo, não é de “A” ou “B”, mas da categoria enquanto tal, tanto assim que a coisa julgada, se favorável, abrange toda a categoria, não apenas os sindicalizados. Além disso, é importante destacar que o interesse difuso não pode ser apropriado ou usufruído, de maneira isolada, por um único titular¹¹⁴. Tanto ele como o interesse coletivo em sentido estrito beneficiam ou prejudicam a todos. Sua característica, como será visto com mais detalhes a seguir, é a indivisibilidade¹¹⁵.

6.2.2 Interesse público

Em geral, contrapõe-se o interesse particular ao interesse público, para se asseverar que o interesse público é aquele correspondente ao do corpo social. Essa assertiva está isenta de reparos, porque os interesses particulares são relativos às conveniências pessoais do indivíduo, como a aquisição de um bem de consumo da marca “X” ou “Y”. Aduz-se também que o interesse público é o somatório dos interesses individuais.

Na precisa observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, estas afirmações estão corretas, porém incompletas. É que o interesse público, além transcender o círculo do interesse individual e de corresponder ao somatório dos interesses individuais, também abrange a dimensão pública dos direitos individuais¹¹⁶, juridicamente representados pelo Estado. Essa dimensão pública corresponde à participação do indivíduo na sociedade, bem como ao seu interesse de que a mesma seja conservada e que progrida. Assim é que todos os indivíduos têm interesse público na conservação das ruas, de prédios históricos, na construção de aeroportos, no desenvolvimento da renda

114 VENTURI, Elton. Comentário ao art. 1º. In: *Comentário ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo ibero-americano*. - Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 33.

115 LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

116 Celso Antônio Bandeira de Mello faz a seguinte conceituação de interesse público: “Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão –, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.”

“Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de *Curso de direito administrativo*, 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 61).

per capita e na fiscalização das contas públicas. É fácil inferir, nesse contexto, que o interesse público não corresponde à soma dos interesses individuais, porque estes, em geral, são egoísticos e dizem respeito à esfera privada do ser humano.

No entanto, como acima advertido, o indivíduo também nutre interesses em favor da conservação e do progresso da sociedade que integra. Esses interesses, qualificados de públicos, representam a dimensão pública do interesse individual. Até porque a boa tutela desses interesses reverterá em favor do próprio indivíduo. É natural, portanto, que ele nutra essa espécie de interesse. Esse ponto é a nota distintiva do interesse público em relação aos interesses metaindividuais, embora não seja assim tão fácil à luz do caso concreto. A propósito, observa Hugo Nigro Mazzilli que existem interesses difusos tão abrangentes que chegam a se confundir com o interesse público¹¹⁷. A solução para essas situações, em nossa ótica, é justamente ponderar se esse interesse corresponde à dimensão pública dos interesses individuais e se exige a atuação de algum órgão estatal integrante do Poder Executivo para a sua tutela. Se esses requisitos não forem atendidos, porém o interesse referir-se a um relevante número de pessoas, possivelmente se tratará de um interesse metaindividual.

Os interesses públicos são zelados pelo Estado, conforme determinação constante de várias normas constitucionais (artigos 3º, 23 e 37 da CF). Compete-lhe, portanto, bem gerir e tutelar esses interesses, com eficiência e probidade. Não obstante, o Estado não é o titular desse interesse, pois ele pertence a todos os integrantes da sociedade, não só aos atuais, mas também aos que a integrarão no futuro.

Cuida-se de peculiaridade extremamente importante, porque, à medida que os integrantes da sociedade são os titulares do interesse público, podem agir em juízo contra o Estado, quando este não desempenhar a contento o seu mister, como ocorre na ação popular. Trata-se de aspecto relacionado à legitimidade processual, que será mais bem abordado no terceiro e no quarto capítulo desta dissertação, ao tratarmos da ACP.

Essa perspectiva também esclarece que nem todo interesse do Estado é público. Apenas será público se corresponder aos anseios dos membros da sociedade, enquanto tal. É que, por vezes, o Estado apresenta interesses que lhe são particulares, como os interesses secundários¹¹⁸. Esses interesses não correspondem ao interesse da

117 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

118 Celso Antônio Bandeira de Mello também, de modo percuciente, ressalta a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário “Assim, independentemente do fato de ser,

coletividade, mas ao interesse do Estado enquanto pessoa jurídica¹¹⁹. Assim é que o Estado teria o interesse secundário, portanto, particular e não público, de, à semelhança de qualquer outra pessoa jurídica, pagar ínfimo valor nas desapropriações ajuizadas contra particulares, abaixo do preço, não obstante a norma constitucional que determina o justo preço, para economizar recursos. Contudo, esse interesse secundário não pode ferir o interesse público primário, tampouco normas de ordem pública, de sorte que no exemplo agora fornecido, caberá ao Poder Judiciário, se instado por quem de direito, declarar a ilegalidade do ato administrativo, afastando todos os efeitos, inclusive os de ordem fática.

Quando em pauta interesse secundário do Estado, não lhe é dado gozar das mesmas prerrogativas reservadas ao interesse público, conforme entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça em recente acórdão¹²⁰.

por definição, encarregados dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem o qualifique como instrumentais ao interesse público na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 66).

119 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: *Revista de Processo*, nº 128, Ano 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 61, 2005. Não consta da bibliogr. final.

120 BRASIL. STJ. [REsp 1.084.745-MG](#), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 6.11.2012. A propósito, confira-se a seguinte ementa do acórdão:
DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDÊNCIA DOS EFEITOS MATERIAIS DA REVELIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA EM CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO.
 Incidem os efeitos materiais da revelia contra o Poder Público na hipótese em que, devidamente citado, deixa de contestar o pedido do autor, sempre que estiver em litígio uma obrigação de direito privado firmada pela Administração Pública, e não um contrato genuinamente administrativo. Segundo os arts. 319 e 320, II, ambos do CPC, se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, não induzindo a revelia esse efeito se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. A Administração Pública celebra não só contratos regidos pelo direito público (contratos administrativos), mas também contratos de direito privado em que não se faz presente a superioridade do Poder Público frente ao particular (contratos da administração), embora em ambos o móvel da contratação seja o interesse público. A supremacia do interesse público ou sua indisponibilidade não justifica que a Administração não cumpra suas obrigações contratuais e, quando judicializadas, não conteste a ação sem que lhe sejam atribuídos os ônus ordinários de sua inércia, não sendo possível afastar os efeitos materiais da revelia sempre que estiver em debate contrato regido predominantemente pelo direito privado, situação na qual a Administração ocupa o mesmo degrau do outro contratante, sob pena de se permitir que a superioridade no âmbito processual acabe por desnaturar a própria relação jurídica contratual firmada. A inadimplência contratual do Estado atende apenas a uma ilegítima e deformada feição do interesse público secundário de conferir benefícios à Administração em detrimento dos interesses não menos legítimos dos particulares, circunstância não

O interesse público, por ser tutelado pelo Estado, quando juridicizado, transforma-se em Direito Público. Torna-se uma competência da Administração, ou, na feliz expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, um poder-dever, de modo que caberá ao agente público persegui-lo durante o exercício do seu mister¹²¹, sob pena de desvio de finalidade.

Importante destacar que cada vez mais assiste-se à juridicização de interesses públicos, dado o perfil do Estado, assumido pela CF/1988¹²². Trata-se de um modelo de Estado que procura o bem-estar da população (*Welfare State*) mediante prestações positivas¹²³.

Assim, na sua missão de atender ao interesse público, cada vez mais impregnado de dinamismo, o Estado deve auscultar a sociedade, para definir as prioridades de atuação. Essa interface com a sociedade, para compreender os seus anseios e interesses, é de grande importância, para que a Administração ganhe um perfil democrático e tenha uma linha de atuação que atenda aos anseios do povo. Trata-se da arbitragem¹²⁴ feita pelo Estado entre os diversos interesses particulares, tendo em conta o critério quantitativo, relativo ao somatório de pessoas que comungam aquele interesse - como o montante de pessoas que têm interesse na construção de um aeroporto - e o critério qualitativo, que leva em consideração a importância intrínseca do interesse, como a pretensão de poucos em preservar um prédio histórico, não obstante o interesse de vários na sua demolição, para a construção de um campo de futebol.

tutelada pela limitação dos efeitos da revelia prevista no art. 320, II, do CPC. Dessa forma, o reconhecimento da dívida contratual não significa disposição de direitos indisponíveis; pois, além de o cumprimento do contrato ser um dever que satisfaz o interesse público de não ter o Estado como inadimplente, se realmente o direito fosse indisponível, não seria possível a renúncia tácita da prescrição com o pagamento administrativo da dívida fulminada pelo tempo.

121 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 29.

122 Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem esclarece esse fenômeno: “Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorrem; houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60).

123 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.26.

124 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 37.

O *munus* de efetivar o interesse público pertence aos órgãos e pessoas jurídicas integrantes da administração direta¹²⁵ e indireta do Poder Executivo¹²⁶. Citem-se, a esse respeito, as diversas secretarias integrantes do Poder Executivo dos Estados-membros e dos Municípios, como a secretaria de administração, secretaria de saúde e a secretaria de obras, assim como os ministérios integrantes da União (Lei nº 10.683/2003), como o Ministério da Saúde, a Casa Civil, o Ministério da Integração Nacional e o Ministério da Educação. De igual modo, devem ser citadas as pessoas jurídicas, integrantes da administração indireta¹²⁷, criadas com a finalidade de tutelar e de efetivar o interesse público, como as agências reguladoras (ANTT, ANATEL, ANC e ANP).

125 Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua administração direta como o conjunto de órgãos do Estado que exerce as atividades administrativas, isto é, o próprio Estado prestando diretamente o serviço: “Assim, diz-se que a atividade administrativa é *descentralizada* quando é exercida, em uma das formas mencionadas, por pessoa ou pessoas distintas do Estado. Diz-se que a atividade administrativa é *centralizada* quando é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade.”

“Na centralização o Estado atua *diretamente* por meio dos seus órgãos, isto é, das unidades que são simples repartições interiores de sua pessoa e que por isto dele não se distinguem. Consistem, portanto, em meras distribuições internas de plexos de competência, ou seja, em ‘desconcentrações’ administrativas. Na descentralização o Estado atua *indiretamente*, pois o faz através de outras pessoas, seres juridicamente distintos dele, ainda quando sejam criaturas suas e por isto mesmo se constituam, como ao diante se verá, em parcelas personalizadas da totalidade do aparelho administrativo estatal.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*... p. 149-150).

126 Essa incumbência é bem descrita por Leonardo José Carneiro da Cunha: “Com efeito, a Fazenda Pública revela-se como fautor do interesse público, devendo anteder à finalidade da lei de consecução do bem comum, a fim de alcançar as metas de manter a boa convivência dos indivíduos que compõem a sociedade. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007, p. 33).

127 José dos Santos Carvalho Filho assim conceitua administração indireta: “Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada”, sendo certo que mais à frente, em sua obra, elenca as pessoas integrantes da administração indireta. Ei-las: “De acordo com o art. 4º, II, do Decreto-Lei nº 200/67, a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas, como faz questão de consignar a lei, de personalidade jurídica própria:

- a) autarquias;
- b) empresas públicas;
- c) as sociedades de economia mista; e

d) as fundações públicas” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 412-413). Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no entanto, entende que uma concepção mais atualizada de Administração Indireta também deve alcançar os consórcios públicos e as concessionárias, com a qual concordamos, tendo em vista o regime de responsabilidade civil destes entes, como o fato de que exercem, por delegação, um serviço público: “Compõem a Administração Indireta, no direito positivo brasileiro, as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e os consórcios públicos. Tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, constituídas ou não com participação acionária do Estado.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 392).

O Ministério Público também tem essa missão, conforme determinação contida na CF (art. 129, incisos II e III, da CF) e na legislação infraconstitucional (art. 82, III, do CPC). Tal atividade ocorrerá no âmbito extrajudicial, através de notificações aos órgãos e às pessoas jurídicas integrantes da administração indireta, bem como mediante a instauração de inquérito civil. Não compete ao MP a defesa de interesse fazendário. Por isso, não está autorizado a fazer a defesa das pessoas jurídicas integrantes da administração indireta, tampouco dos entes políticos (art. 129, IX, da CF), até porque o interesse fazendário, em geral, estará vinculado ao interesse secundário do Estado.

Não incluímos o Poder Legislativo, tampouco o Poder Judiciário, neste rol, porque se entende que esses poderes têm a função de juridicizar o interesse público, transformando-o em competência dos entes políticos ou das pessoas jurídicas integrantes da administração indireta. Essa juridicização ocorrerá através da transformação do interesse público em lei ou em comando sentencial, ambos impositivos de prestações à administração pública, em favor da sociedade.

6.2.3 Interesses metaindividuais

Os interesses metaindividuais figuram como uma terceira categoria de interesses, após os individuais e o público. Apesar de guardar alguma proximidade com esta última espécie, com ela não se confunde¹²⁸, conforme fundamentação já esposada.

Tais interesses são comuns a inúmeras pessoas enquanto integrantes de um dado país, ou então enquanto pertencentes a certo grupo ou categoria¹²⁹. Ultrapassam a órbita particular, ganhando dimensão coletiva¹³⁰. Tanto assim que, ao contrário dos interesses

128 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 88.

129 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. rev., atual. e ampl. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

130 Como diz Rodolfo de Camargo Mancuso: “O reconhecimento da insuficiência da dicotomia 'público-privado' tem por base o fato de que, na verdade, há uma interação firme e constante entre esses dois termos, a impedir que sejam postos em compartimentos estanques. A evidência dessa constatação salta aos olhos, bastando observar que, de fato, 'o coletivo', o 'geral', o 'público', não são noções abstratas, mas haurem sua significação a partir da síntese dos interesses individuais nelas agrupados; de modo que um interesse é 'metaindividual' quando, além de passar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social. Assim, por exemplo, os interesses coletivos da medicina, são, na verdade, aqueles que, predominantemente, concernem aos bens e valores precipuamente afetos aos

particulares, são defendidos em juízo por um substituto processual, em favor da coletividade representada.

A possibilidade de defesa em juízo dos interesses metaindividuais decorre de uma reformulação do direito processual promovida pela doutrina italiana, cujo expoente foi Mauro Capelletti. Ele defendeu três grandes reformas processuais: a) que os pobres tivessem acesso à justiça; b) os interesses metaindividuais recebessem proteção judicial; c) a elaboração de mecanismos alternativos de solução de conflitos¹³¹. Quanto à “segunda onda de acesso à justiça”, que é a que mais interessa para o presente estudo, é importante notar que a defesa de proteção dos interesses individuais foi acompanhada de um discurso a respeito da necessidade de se modernizar a legislação processual, a fim que os “novos” interesses e direitos fossem tutelados de modo adequado. Assim é que se defenderam novos modelos de legitimidade ativa e passiva, de coisa julgada, assim como de ônus probatório¹³².

À semelhança dos outros interesses, ao ser juridicizado, o interesse metaindividual transforma-se em um direito¹³³. Por essa razão, reservamo-nos para

componentes da classe médica.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 47).

131 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Elle Gracie Northfleet. - Porto Alegre, Fabris, 1988, reimpresso em 2002, p. 31.

132 Cassio Scarpinella Bueno descreveu, com pormenor, a bandeira vinculada à “segunda onda de acesso à justiça” defendida por Mauro Cappelletti: “A segunda 'onda de acesso à justiça' delineada por Cappelletti relaciona-se com a proteção judicial do que é chamado de 'direitos e interesses difusos', assim entendidos aqueles direitos e interesses que, diferentemente do que sempre se constatou ao longo da evolução do próprio, não se encontram 'subjativados' ou 'individualizados' em alguém. Trata-se, muitas vezes, de direitos e interesses que sequer têm aptidão de fruição individualizada, assim como se dá, por exemplo, com o meio ambiente ou com a moralidade administrativa. A característica desta 'onda de acesso à justiça' repousa na constatação de que os modelos de tutela jurisdicional sempre se prenderam a uma espécie de 'direito' e 'interesse' individual, pessoal, subjativado, em que o reconhecimento do direito de um exclui necessariamente o do outro. Direitos e interesses, examinados deste ângulo, verdadeiramente, 'exclusivos'; direitos e interesses egoísticos, até mesmo. Direitos e interesses que exigem, para serem tutelados em juízo, que o seu próprio titular apresente-se perante o Estado-juiz, como faz regra clara o art. 6º do Código de Processo Civil.”

“Como o desenvolvimento da sociedade levou a inevitáveis modificações substanciais das próprias estruturas jurídicas – padrões de contrato e atuação administrativa nas políticas públicas são dois bons exemplos desta nova realidade -, a tutela jurisdicional destes 'novos' direitos e interesses não poderia ficar aquém dos 'tradicionais' no que diz respeito ao tema da tutela jurisdicional. É a verificação das *novas* condições de tutela jurisdicional destes 'novos' direitos e interesses ou, quando menos, a necessária adaptação das antigas fórmulas e métodos, o ponto de análise e de pesquisa que marca a 'segunda onda de acesso à justiça'.”

“Aqui, a exemplo do que se dá com a 'primeira onda de acesso à justiça', a preocupação central é a de viabilizar a representação judicial (no sentido de atuação concreta no plano do processo) de direitos e interesses que, de outra forma, restariam carentes de salvaguarda jurisdicional e, conseqüentemente, não passariam de meras declarações formais de 'tutela de direitos'.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, 1, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88).

133 Teori Albino Zavascki trata da semelhança ontológica entre interesse juridicamente tutelado e direito: “Assim compreendidos esses interesses é que se pode dar um passo adiante: tratando-se de

declinar as características e a estrutura de suas espécies por ocasião do estudo das espécies de direitos metaindividuais.

6.3 Interesses e direitos metaindividuais na legislação infraconstitucional

Ao que parece, o legislador evitou escolher uma das duas expressões, porquanto consagrou de maneira expressa no texto da LACP tanto a tutela dos direitos metaindividuais como dos interesses difusos ou coletivos¹³⁴. Igual técnica foi utilizada na elaboração do *Código Modelo de Processos Coletivos*¹³⁵. Cuida-se de decisão acertada, pois evita diminuir o alcance da proteção judicial aos direitos metaindividuais.

Com efeito, optasse o legislador por uma das expressões, era possível que algum órgão jurisdicional, com acentuado matiz positivista, deixasse de conferir proteção a pretensões envolvendo interesses metaindividuais, sob a alegação de que não se enquadrariam no conceito tradicional de direito subjetivo e, especialmente, por não veicular a lei a expressão “interesse”, apenas direitos. Essa é a linha de pensar de Elton Venturi, pois, ao comentar o art. 1º do *Código Modelo de Processos Coletivos*, destacou que a novel sistemática instalada pela dimensão das pretensões coletivas substanciais, comuns aos integrantes de toda a comunidade, mas não imputáveis exclusivamente a ninguém pessoalmente considerado, parecia não se encaixar exatamente no conceito tradicional de direito subjetivo. Portanto, afirma que para evitar dúvidas na interpretação dessas espécies de pretensões transindividuais e individuais homogêneas, optou-se por adotar alternativamente as expressões “interesses” ou “direitos”¹³⁶. Por

interesses tutelados juridicamente, aptos inclusive a serem defendidos em juízo, eles, na verdade, se revestem da condição de genuínos direitos. E, por se tratar de direitos que pertencem não exclusivamente a um patrimônio jurídico determinado, mas ao da sociedade em seu todo, é apropriado incluí-los na categoria de direitos transindividuais (coletivos lato sensu).” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 47).

134 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 39.

135 Art. 1º do Código Modelo de Processos Coletivos: “Ámbito de aplicación de la acción colectiva – La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:
I – intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base:
II – intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase” (VENTURI, Elton. *Comentários ao art. 1º. Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-americano*/Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor coordenadores. - Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 27).

136 VENTURA, Elton. *Comentário ao Art. 1º*. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer

essas razões, compartilhamos do entendimento esposado por Rizzatto Nunes, ao afirmar que a decisão do legislador foi acertada¹³⁷. Com efeito, essa orientação evita dissensos doutrinários e jurisprudenciais desnecessários, racionalizando o tratamento da matéria¹³⁸.

Não obstante, registramos que há, sim, diferença ontológica entre interesse e direito, não assim entre interesse juridicizado e direito, conforme fundamentação adrede apresentada. Essas diferenças entre categorias lógico-jurídicas, felizmente, não impedem o acesso ao Poder Judiciário, graças a uma interpretação sistemática da CF e da legislação infraconstitucional.

7 Histórico da LACP

Cuida-se de legislação editada para adaptar o processo civil aos novos interesses e direitos, quais sejam, os metaindividuais. O seu objetivo é conferir tutela adequada aos direitos metaindividuais. Inspirou-se, em parte, no modelo americano da *class action*.

Hugo Nigro Mazzilli, ao relatar os fatos que antecederam a edição desta lei¹³⁹, destaca a participação relevante de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, todos professores ligados ao Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que apresentaram um anteprojeto, como tese, ao I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre, em julho de 1983. Esse anteprojeto, enriquecido com

(Orgs.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos, um diálogo ibero-americano*. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p. 28.

137 RIZZATO NUNES, Luís Antônio. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 784.

138 Ricardo de Barros Leonel justifica desse modo a igualdade ontológica entre direito e interesse: “Do ponto de vista do processo, a distinção entre direitos subjetivos e interesses jurídicos é de difícil constatação. Assim como os direitos subjetivos configuram situações de vantagem reconhecidas pelo legislador, aos interesses jurídicos também é conferido idêntico tratamento, pois recebem a proteção até mesmo em sede constitucional.

Haveria, portanto, diversidade ontológica quanto a ambos os conceitos no plano processual? A resposta é negativa. De fato, se a identificação da categoria jurídica serve à melhor compreensão e instrumentalização de um fenômeno (premissa maior), e, no caso, a identificação de categorias diversas leva ao mesmo resultado (premissa menor), chega-se à ideia de que não há diferença de natureza quanto a ambas as categorias (conclusão).” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 77).

139 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 125-126).

contribuições de José Carlos Barbosa Moreira, foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo deputado Flávio Bierrenbach. Nos termos desse anteprojeto, a ACP destinava-se exclusivamente à tutela do meio ambiente. De outra parte, os promotores de justiça do MP de São Paulo, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior, apresentaram tese sobre a ACP e a tutela jurisdicional dos interesses difusos no XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudos do Ministério Público de São Paulo, que ocorreu em São Lourenço em 1983¹⁴⁰. Essa tese importava em ampliação do espectro da ACP, por isso que previa a tutela de outros interesses difusos, como o patrimônio histórico e o consumidor, a criação do inquérito civil, o estabelecimento da ação cautelar. Esse projeto, por ser mais abrangente, foi endossado pelo Governo, que apresentou-o ao Congresso Nacional como projeto do Poder Executivo, o qual foi aprovado, transformando-se na atual LACP, contudo, sofrendo veto quanto ao inciso IV do art. 1º, que permitia a tutela de “qualquer outro interesse difuso”. Essa lacuna, felizmente, foi suprida com a entrada em vigor do art. 110 do CDC.

A LACP é uma síntese da legislação de diversos países¹⁴¹ integrantes do *common law* e do *civil law*. Não se permitiu ao juiz um exame discricionário da adequação e capacidade do legitimado ativo; porém, tornou-se obrigatória a intervenção do MP no feito, a fim de resguardar o interesse público e impedir-se a ocorrência de fraude.

8 Regime de mútua complementariedade

Conforme será demonstrado nos capítulos posteriores, a ACP não se aplica de maneira isolada ou exclusiva aos direitos metaindividuais. Há um sistema de mútua complementariedade entre as diversas ações relativas à jurisdição coletiva,

140 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Ações coletivas no direito processual civil brasileiro: exame de alguns casos julgados pelos tribunais brasileiros*. In: *A ação civil pública após 25 anos*/Édis Milaré. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 609.

141 Eis o comentário de Rodolfo de Camargo Mancuso sobre o sistema de legitimidade adotado pela LACP: “Na verdade, o grande mérito dos idealizadores da ação civil pública brasileira foi o de terem conseguido extrair, das normações e experiências estrangeiras, as diretrizes que naqueles países viabilizaram a implantação de uma jurisdição de tipo coletivo, mas, ao mesmo tempo, procedendo à triagem entre as várias técnicas ali praticadas, de modo a recepcionar entre nós aquelas que se revelavam compatíveis com nossa realidade jurídico-política, de um país de dimensão continental, com uma jurisdição unitária, mas com uma organização judiciária espraiada nos plano federal e estadual.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 116).

especialmente tendo em conta a cláusula de subsidiariedade expressa (art. 21 da LACP).

Esse o contexto, a parte processual do CDC (Título III da Lei 8.078//1990, arts. 81 a 104) aplica-se ao processamento da ACP, no que for cabível. Também é possível, a partir desse regramento legal, a aplicação analógica de outras leis, como a Lei do Mandado de Segurança Coletivo, no que for compatível, conforme defende Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁴².

9 Direitos metaindividuais na CF/1988

Os artigos 1º a 7º da CF contêm um rol de direitos fundamentais, que abrangem direitos de primeira, de segunda e de terceira dimensão. Como bem destaca Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴³, melhor que classificá-los em gerações, é mais correto dividi-los em dimensões. As gerações se sucedem, ao passo que as dimensões coexistem, pois são fruto do paulatino reconhecimento de novos direitos fundamentais, num processo de complementariedade. A divergência, porém, é apenas terminológica, porque há consenso na doutrina relativamente ao conteúdo das respectivas “dimensões” e “gerações” de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão asseguram a liberdade do indivíduo perante o Estado, protegendo-o da ação arbitrária estatal. De acordo com Paulo Bonavides, *“traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”*¹⁴⁴.

As constituições liberais garantiram apenas formalmente a igualdade e os direitos fundamentais contra o Estado. Justamente por isso, malograram na tentativa de transformação social, como ocorreu no Brasil¹⁴⁵. Isto porque as suas regras favoreceram

142 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

143 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53.

144 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 563.

145 Paulo Bonavides bem descreve o que ocorreu no Brasil durante as constituições liberais: “Enquanto não tivemos que fazer rosto em nossa história ao desafio da constitucionalidade material, traduzida em direitos sociais consagrados no âmbito formal das constituições, foi de todo possível dissimular ou conter a impetuosidade da crise constituinte, sempre presente, mas nunca tão geradora de efeitos desestabilizantes quanto nesta segunda metade do século XX, e menos desestabilizante ou menos complexa talvez por ser ainda a crise constituinte da constitucionalidade formal, aquela atada quase toda a aspectos políticos de formulação de direitos e liberdades individuais ou de consagração

a desigualdade social, colaborando para o abuso da posição econômica dominante, para a concentração de renda dos grandes empresários de alguns países da Europa Ocidental (ex: Reino Unido e França), assim como para a manutenção de pequenos grupos no poder. O menosprezo da questão social foi um dos traços marcantes do Estado liberal clássico¹⁴⁶. Não por acaso, esse modelo de Estado mostrou-se fracassado ao fim de duas guerras mundiais (1909-1914 e 1939-1945).

Tal contexto fomentou a discussão sobre a construção de um novo modelo de Estado, bem como de novas constituições por parte das nações ocidentais. De fato, muitas das constituições promulgadas na Europa Ocidental e na América do Sul, no pós-guerra, abrigaram direitos que ensejavam ao seu titular exigir do Estado prestações materiais. Impuseram ao Estado, portanto, maiores deveres em relação aos particulares, previram a vigência da igualdade material e garantiram o caráter democrático na participação, no controle e na gestão do poder. Em verdade, essas constituições inauguraram um novo modelo de Estado: o Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social.¹⁴⁷

Os direitos de segunda dimensão são, portanto, os direitos sociais, culturais, econômicos, bem assim os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois da reação antiliberal¹⁴⁸. No caso brasileiro, eles correspondem aos direitos à educação, ao lazer, à assistência social, à segurança, à previdência, ao direito à biodiversidade¹⁴⁹, enfim, a todos os enumerados no art. 6º e alguns outros no art. 5º e em outros artigos da CF. Em que pese a sua previsão formal, a sua efetividade na vida dos brasileiros ainda é diminuta¹⁵⁰. Aproximadamente 25 (vinte e cinco) anos após a entrada em vigor da Constituição de

formal da regra de separação dos poderes, tudo em nome ainda de princípios fundamentais da ideologia liberal.” (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*, p. 10).

146 MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233. .

147 Essa transformação igualmente foi sentida nos EUA, conforme anota Lawrence M. Friedman, ilustre professor da Universidade de Stanford: “One of the most obvious and salient features of American law in the twentieth century has been the rise of the administrative-welfare state. This means, essentially, a huge expansion in the kinds of things government does, and the way it does them. Government, at all levels, manages the economy, monitors and patrols the behavior of businesses, provides a package of benefits for poor people – or for everybody – and guards the public health and safety.” (FRIEDMAN, Lawrence M. *Law in America: a short story*. - New York : Modern Library, 2004, p. 125).

148 BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 564.

149 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 234.

150 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* p. 564-565.

1988, o Brasil ainda ostenta um péssimo Índice de Desenvolvimento Humano – IDH e, por conseguinte, uma péssima classificação no *ranking* mundial (84^{o151}). Esse fato ainda ganha mais destaque em virtude de o Brasil deter um dos 6(seis) maiores PIB's (Produto Interno Bruto) do mundo.

Os direitos de terceira dimensão, em contraposição, decorreram dos embates estabelecidos em favor do meio ambiente e dos consumidores, que tiveram início no âmbito internacional nas décadas de 50 e de 60. Foram movimentos sociais que postularam do Estado uma nova prática e também o reconhecimento de novos direitos¹⁵².

No cenário mundial e, em particular, no Brasil, percebeu-se a necessidade de proteção dos ecossistemas, sobretudo a biodiversidade, diante do perigo de extinção de espécies da fauna e da flora. Também surgiu na década de 60 a percepção de que os recursos hídricos são finitos e que a industrialização, sem controle, aliada ao uso predatório da natureza podem comprometer a existência de água potável no planeta, e, fatalmente, as futuras gerações. Destarte, concluiu-se que era imprescindível à sobrevivência do homem e à boa qualidade de vida a tutela jurídica do meio ambiente no âmbito nacional e internacional¹⁵³. Ademais, a humanidade do século XX divisou a necessidade de preservação de minorias e de antigos modos de vida. Por isso, a preocupação em tutelar as Comunidades Indígenas. Não se olvide que nesse período alguns segmentos das nações economicamente mais desenvolvidas, como os EUA e alguns países da Europa Ocidental, verificaram a necessidade de regular as relações decorrentes da compra e venda de produtos e serviços em massa.

A definição dos direitos de terceira dimensão não corresponde ao conceito clássico de direito subjetivo, pois, como bem acentuou o Gilmar Mendes¹⁵⁴, o traço peculiar dos direitos de terceira dimensão é a titularidade difusa ou coletiva, porquanto são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.

Outro ponto importante a destacar é que o catálogo desses direitos ainda não se encontra acabado¹⁵⁵. A construção dessa lista está em pleno andamento, em virtude não

151 Disponível em: http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens

152 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, p. 695.

153 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental. 7. ed. rev. ampl. e atual.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 798.

154 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 233-234.

155 FERNANDES NETO, Guilherme; ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de; SÉRVULO, Katia;

só da produção legislativa e jurisprudencial de alguns países com cultura jurídica mais desenvolvida, mas, sobretudo, em razão das normas e decisões proferidas por organizações internacionais, como a ONU e a OMC. Cuida-se da resposta internacional a interesses comuns e a problemas que se apresentam simultaneamente a diversas ordens¹⁵⁶. Pode-se dizer que esses direitos também derivam do transconstitucionalismo.

A relação desses direitos não é homogênea no tempo e no espaço. É que o conteúdo deles depende das condições de cada momento histórico¹⁵⁷. Isto porque a todo instante surgem novos tipos de direitos difusos e coletivos, em virtude do desenvolvimento social, do progresso tecnológico e ainda em razão da emergência de novas formas de exploração da natureza.

Desse modo, afigura-se inviável a elaboração de um catálogo atemporal e universal dos direitos difusos. Esses direitos devem ser reconhecidos à luz de cada ordenamento jurídico, tomando-se em consideração os valores e a configuração da sociedade a que estão vinculados. Na precisa lição de Teori Zavascki¹⁵⁸, os conceitos e os institutos jurídicos, em seu estado puro, por vezes não se harmonizam com a realidade social, que é dinâmica e multiforme. Assim, pode-se afirmar que o pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a previsão do legislador. Daí porque não é possível a elaboração de um rol fixo de direitos metaindividuais. Ao revés, os direitos metaindividuais têm o seu conteúdo determinado em função dos bens jurídicos que determinada sociedade considera necessário proteger.

O catálogo pertinente a esses direitos não poderá ser suprimido total ou parcialmente, em razão do que dispõe o § 4º do art. 60 da CF. De fato, essa norma constitucional não permite o retrocesso em tema de direitos fundamentais, pois, considera-os cláusulas pétreas, portanto, intangíveis pelo legislador. Essa vedação corresponde à proibição de se restringir a quantidade de direitos fundamentais, que ora se encontram enumerados no texto constitucional, como também o seu conteúdo. Se

PAES, Eudócio. *Inquérito civil e ação civil pública*. - São Paulo: Atlas, no prelo.

156 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 129.

157 Norberto Bobbio, analisando os direitos humanos, categoria que abrange os direitos metaindividuais, destaca o seu caráter histórico: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 5)

158 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 44.

assim não fosse, manobras legislativas oblíquas - como a mudança de redação do texto dos direitos fundamentais, em lugar de sua supressão - seriam aptas a subtrair todo o conteúdo material da norma. Esse não é o espírito do texto constitucional. É valioso registrar, desse modo, que nenhuma alteração ou supressão de direitos fundamentais, seja parcial ou total, é admissível. Essa regra, porém, somente alcança a ação do legislador que vise a restringir ou subtrair o conteúdo dos direitos fundamentais. A adição de conteúdo ou de quantidade ao rol de direitos fundamentais em vigor é perfeitamente aceita, até mesmo recomendável, diante da evolução e transformação da sociedade.

Os direitos metaindividuais correspondem aos direitos fundamentais de segunda e de terceira dimensão. A doutrina, em geral, acompanha o direito positivo¹⁵⁹, asseverando a existência de três espécies de direitos metaindividuais: difuso, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo. As primeiras leis a tutelarem esses direitos no Brasil foram as Leis nº 4.717/1964 e nº 7.347/1985. Note-se que a menção expressa às espécies de direitos metaindividuais foi feita, inicialmente, pelo CDC (art. 81). No momento, encontram-se expressamente tutelados pela legislação infraconstitucional os seguintes direitos metaindividuais: a) o art. 1º da Lei nº 7.347/1985 enuncia que a ação civil pública é adequada para a proteção dos direitos referentes ao: I – meio ambiente; II – ao consumidor; III – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística. Por outro lado, vários desses direitos encontram previsão na CF: I – o patrimônio público e social (art. 129, III); II – os direitos interesses das populações indígenas (art. 129, V); III – as pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853/1989); IV – os investidores do mercado financeiro (Lei nº 7.913/1989); V – o consumidor (Lei nº 8.078/1990); VI – o patrimônio público em caso de enriquecimento ilícito de agente ou servidor público (Lei nº 8.429/1991); VII – a criança e o adolescente (ECA, art. 208 e SS); IX – o idoso (Lei

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

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

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

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013).

nº 10.741/2003); X – o torcedor (Lei nº 10.671/2003); XI – os serviços públicos (CDC, art. 22, *caput* e § 1º); XII – a ordem urbanística (Lei nº 10.257/2001). João Batista de Almeida¹⁶⁰ afirma que a doutrina e a jurisprudência acrescentam outros interesses difusos ou coletivos amparáveis via ação civil pública: a) a proteção da vida, saúde e segurança das pessoas; b) a correta instituição de tributos; c) a higidez do mercado financeiro; d) a proteção dos aposentados; e) a proteção do meio ambiente do trabalho.

De registrar-se que esta classificação não é uniforme entre os países. Nos Estados Unidos da América- EUA, por exemplo, inicialmente foi estabelecido um rol legal dos tipos de “*class actions*”, nos termos da Regra 23 das *Federal Rules* de 1938. Porém, em 1966 essa legislação foi alterada, existindo apenas um tipo de “*class action*”¹⁶¹.

Existem doutrinadores de escol no Brasil, que defendem a existência de somente duas espécies: difusos e coletivos *stricto sensu*¹⁶². Alegam que direito metaindividual é expressão reservada apenas a uma especial categoria de direito material, decorrente da superação da clássica divisão interesse público *versus* interesse privado. O direito metaindividual, de acordo com essa corrente doutrinária, não pertenceria a indivíduos, tampouco à administração pública, mas a grupos de pessoas, a uma categoria, ou “à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo”. Desse modo, sustentam a impossibilidade de classificar o direito individual homogêneo como espécie do gênero direitos metaindividuais. Registram que o direito individual homogêneo tem como titular apenas um indivíduo e seu objeto incide sobre determinado bem. Afirmam que, não obstante o CDC autorizar a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, essa situação não altera a sua natureza de direito individual. Observam ser até mesmo recomendável a alteração dessa legislação, de modo que os direitos individuais homogêneos tenham tratamento processual próprio, diverso do que se reserva atualmente aos direitos coletivos.

Vale ressaltar, todavia, que em muitos casos o direito individual pode apresentar um traço coletivo. Isso ocorre em especial no âmbito das lides consumeristas. Deveras, em que pese esses direitos pertencerem a determinados indivíduos, portanto, divisíveis, eles podem apresentar origem comum. A título de ilustração dessa assertiva, cite-se o caso de milhares de consumidores de uma determinada marca de veículo atingidos por

160 ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

161 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 41.

162 ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 34.

um defeito grave de fabricação em uma mesma peça. Logo, podem ser tutelados coletivamente. O caráter coletivo decorre, portanto, da possibilidade de serem defendidos coletivamente¹⁶³, a fim de se evitar proliferação indevida de lides, com risco de julgamentos antagônicos. O STJ, inclusive, já esclareceu a questão em alguns acórdãos, destacando que não se postulam direitos individuais nas ACP's em que se discute direito individual homogêneo. O que se pleiteia, em verdade, é o acolhimento de pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, repercutirá nas esferas individuais¹⁶⁴. Isto porque a sentença de procedência na ACP fixa a responsabilidade do réu, encerrando a primeira fase processual, de sorte que o direito de cada titular será apurado em liquidação de sentença.

Nesta obra, adotar-se-á a classificação preconizada pelo direito positivo, pelo STJ e por grande parte da doutrina, reconhecendo-se as três espécies de direitos metaindividuais acima aludidas.

10 Direitos difusos

10.1 Aspectos gerais

Não obstante a dificuldade em relacionar todos os direitos difusos, dada a constante evolução do seu catálogo e a ausência de consenso na doutrina e na jurisprudência quanto a sua exata extensão, especialmente em alguns casos limítrofes com o interesse público¹⁶⁵, é possível enumerar alguns que, de forma unânime, têm sido reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Antes, porém, é preciso conceituar essa categoria jurídica, bem como apresentar as suas características (indeterminação do

163 RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2009, p.83.

164 BRASIL. STJ – AgRg no Ag 1249559/RJ, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJe 02.02.2012.

165 “Há interesses difusos: “a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos camavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora)” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 51).

sujeito, indivisibilidade, indisponibilidade relativa, ligação dos titulares por circunstâncias de fato e intensa litigiosidade interna), a fim de que a compreensão do tema se torne mais fácil quando os exemplos forem fornecidos.

Com efeito, analisando-se a CF, percebe-se que os direitos difusos são tutelados por várias normas de conceito jurídico indeterminado, como meio ambiente, saúde, educação e patrimônio histórico. É tarefa doutrinária das mais importantes para o bom funcionamento do ordenamento jurídico, a construção de uma doutrina apta a afastar a fluidez do seu conceito. Sobretudo para que, posteriormente, possa ser construído com segurança o rol de legitimados à tutela em juízo desses direitos, assim como os que podem responder no polo passivo da lide. Há também necessidade de explorar os requisitos dessa categoria jurídica, para o correto tratamento da coisa julgada.

10.2 Indeterminação dos sujeitos

A doutrina costuma afirmar que direito difuso é aquele que pertence concomitantemente a todos e a cada um como um bem comum, não individualizável¹⁶⁶. Não há, desse modo, a possibilidade de distinção formal individualizadora em termos de direitos subjetivos ou situações jurídicas subjetivas, com definidas categorias de fruidores. Esses direitos são difusos enquanto coletivos, de sorte que não há possibilidade de separar a difusão, intrínseca a essa espécie de direito metaindividual, de seu aspecto coletivo ou comunitário. Especialmente porque são insusceptíveis de apropriação exclusiva por um titular¹⁶⁷.

Os direitos difusos, portanto, abrangem grupos indetermináveis ou menos determinados de pessoas. Dizem respeito aos indivíduos em geral no âmbito universal, sem haver uma relação jurídica ou um vínculo econômico com os agentes causadores.

Esses direitos são fruto de uma circunstância fática eventual, repercutindo na esfera jurídica de um número indefinido de pessoas¹⁶⁸. São direitos, portanto, marcados pela expansividade da relação fática. Podem envolver titulares identificáveis, mas esta não é a regra. Em geral, mostra-se extremamente difícil catalogar com precisão os

166 REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 132.

167 SOUSA, Miguel Teixeira de. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no Direito Português. *Revista de Processo*, n° 128, Ano 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 80, 2005.

168 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 36.

titulares dos direitos difusos¹⁶⁹. Nesse sentido, há quem defenda que a interpretação da expressão “interesses difusos” não deve ser feita a partir do seu objeto, mas, sim, em função dos seus titulares, esses, sim, difusos. Haveria, portanto, “interessados difusos”¹⁷⁰, e não interesses difusos.

Um dos motivos da relevância jurídica dos direitos difusos decorre de sua referibilidade a um conjunto expressivo de titulares que não comportam aglutinação em grupos sociais definidos aprioristicamente¹⁷¹. Quanto a esse critério de organicidade, a doutrina registra que os interesses difusos estão na fase inicial do processo de organização dos interesses¹⁷², estando os direitos individuais homogêneos na fase seguinte e os direitos coletivos na última fase.

Esses direitos apresentam alto índice de desagregação ou “atomização”¹⁷³. Por isso, é extremamente difícil, senão praticamente impossível, reunir os titulares para a propositura da ação¹⁷⁴. A melhor alternativa, como se verá mais à frente, é a proteção desses interesses e direitos por substitutos processuais.

169 RIZZARDO, Arnaldo. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa, p. 6.

170 A expressão pertence a Vicente de Paula Maciel Júnior, que assim defende a sua posição: “Quando se fala de interesse coletivo ou difuso a expressão, via de regra, é equívoca, porque o interesse é sempre individual.”

“O que pode ser admitido como difuso ou coletivo é o número dos indivíduos que, de modo indeterminado ou agrupado, possuem interesses individuais manifestados num mesmo sentido e se encontram em face de um fato, numa mesma situação. Nesse sentido podemos ter 'interessados' difusos ou coletivos, mas nunca 'interesses' difusos ou coletivos.”

“Por outro lado, os direitos pressupõem um reconhecimento de que esses interesses difusos e coletivos pertencem àquele grupo de indivíduos e devem ser observados em face do ordenamento jurídico.”

“Não há interesse difuso, mas uma indeterminação difusa de interessados. Tanto isso é verdade que os chamados interesses difusos podem ser sempre manifestados na esfera individual dos interessados” (MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 54).

171 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 94.

172 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo* p. 94.

173 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 88.

174 Esse problema foi detectado com precisão por Mauro Cappelletti: “Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. Esse problema é mais exacerbado pelo, assim chamado, 'livre-atirador' – uma pessoa que não contribui para a demanda, mas não pode ser excluída de seus benefícios: por exemplo, a suspensão das obras da barragem (37). Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.”

Assim, conquanto como regra, a proteção privada de interesses difusos exija ação de grupo, é difícil assegurar que tal ação coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha, como no exemplo acima, em sua ação em favor do grupo. Uma posição tradicional e ainda prevalecente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina governamental para proteger os interesses públicos e dos grupos. Pesquisa comparativa recente, no entanto, demonstrou o quanto é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos (38). É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, reimpressão em 2002, p. 27-28).

Tratando da abrangência da dimensão coletiva do direito difuso, Rodolfo de Camargo Mancuso obtempera que, realizando-se uma escala crescente de coletivização, o direito difuso estaria no quinto e último patamar¹⁷⁵. Tal o grau de indeterminação dos seus sujeitos. Especialmente porque, ao contrário do direito individual, que tem uma finalidade egoística, o direito difuso se projeta por toda a coletividade, tendo uma finalidade altruística¹⁷⁶.

Com efeito, no direito subjetivo clássico, há um titular e um sujeito passivo bem definidos, de sorte que, ocorrendo o inadimplemento da obrigação, o titular pode exigir do sujeito passivo o cumprimento da avença. Há quem defenda a origem voluntária do direito subjetivo, a partir do enquadramento da vontade à norma (direito objetivo). Outros, na linha de Kelsen, entendem que o direito subjetivo decorre da norma e da sua desobediência¹⁷⁷.

No direito coletivo em sentido estrito – como será visto a seguir - o grupo é facilmente caracterizável. Trata-se de categorias representadas por pessoas jurídicas com grande papel aglutinador e representativo de interesses, como os sindicatos e as associações. Contudo, no direito difuso, essas entidades representativas não existem, pois os titulares dos direitos encontram-se dispersos e não interligados por uma relação jurídica-base. Deveras, os titulares dos direitos difusos não se limitam a determinado grupo ou classe, como a classe dos consumidores¹⁷⁸ ou aos filiados a determinada associação.

175 Rodolfo de Camargo Mancuso elaborou interesse escala dos direitos, tomando por parâmetro a sua dimensão coletiva: “Sob esses enfoques, evolui-se desde os interesses “individuais” (suscetíveis de captação e fruição pelo indivíduo isoladamente considerado), passando pelos interesses “sociais” (os interesses pessoais do grupo visto como pessoa jurídica); mais um passo chegamos aos interesses “coletivos” (que deparam as esferas anteriores, mas se restringem a valores concernentes a grupos sociais ou categorias bem definidos); no grau seguinte temos os interesses “geral” ou “público” (referido primordialmente à coletividade representada pelo Estado e se exteriorizando em certos padrões estabelecidos, ou *standarts* sociais, como bem comum, segurança pública, saúde pública). Todavia, há ainda um grau seguinte nessa escala, isto é, haveria certos interesses cujas características não permitiriam, exatamente, sua assimilação a essas espécies. Referimo-nos aos interesses “difusos”.

Esses interesses apresentariam uma dimensão coletiva ainda mais abrangente do que o interesse geral ou público, porque, enquanto estes têm a balizá-los os contornos de certos valores pacificamente aceitos (por exemplo: investimento público em segurança da população), os interesses difusos, ao contrário, ensejam posicionamentos diversos, de conteúdo fluido (por exemplo, o sentido de “qualidade de vida”), levando ao que a doutrina italiana chama de “*intrínseca conflittualità*” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 87).

176 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 83

177 Ronaldo Poletti faz excelente abordagem da estrutura do direito subjetivo: “Há no direito subjetivo dois momentos. Num primeiro, ele está configurado abstratamente no plano normativo. Indica a possibilidade de algo ser pretendido em tais e tais circunstâncias. Num segundo, existe a realização dessa possibilidade como pretensão efetiva, a qual é garantida pela ação. A norma e o fato (a situação subjetiva) se encontram” (POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*, p. 275)

178 RIZZARDO, Arnaldo, *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*, p. 76.

Em virtude do elevado grau de dispersão dos titulares dos interesses e direitos difusos, e tendo em conta, de outra parte, que o seu objeto se refere a interesses e direitos de importante envergadura constitucional, não é crível imputar, com exclusividade, aos particulares a sua defesa. Deveras, esses direitos e interesses abrangem um número elevadíssimo de pessoas e relacionam-se aos valores constitucionais mais caros - como a dignidade da pessoa humana e o regime democrático - assim como aos direitos fundamentais não patrimoniais, como a saúde, a infância, a própria vida, o meio ambiente, do que a bens patrimoniais disponíveis. No art. 225 da CF, por exemplo, acentua-se que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, registrando-se ainda a sua característica de um direito transgeracional¹⁷⁹. É natural, portanto, que a sua defesa seja autorizada não só aos particulares, mas, sobretudo, a órgãos públicos, como o Ministério Público. Em capítulo próprio, o tema da legitimidade para a defesa dos direitos difusos em juízo será mais bem estudado, dada a complexidade da matéria, ficando por ora apenas a notícia de que a defesa desses direitos requer atores mais bem estruturados tecnicamente.

A tutela dos direitos difusos, como a do meio ambiente, é exercida, com frequência, sem análise do direito de propriedade, ou até mesmo contra ele. Isto porque tanto o funcionamento da ordem econômica quanto o exercício do direito de propriedade devem estar de acordo com as normas ambientais catalogadas na Constituição e na legislação infraconstitucional¹⁸⁰. Todos são princípios da ordem econômica (art. 170 da CF) que pautam a ação do Estado no âmbito econômico¹⁸¹, cujo fim é a promoção da dignidade humana. A leitura dessas normas, portanto, deve ser conjugada, fruto de uma interpretação sistemática¹⁸².

179 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 37

180 A propósito, confira-se o escólio de Paulo de Bessa Antunes: “O Direito Econômico, como se viu, é fundamentalmente um instrumento de intervenção estatal na ordem econômica e financeira. O Direito Ambiental, em um de seus diversos aspectos, é Direito Econômico e, portanto, não poderia ser diferente. Na qualidade de Direito Econômico, o Direito do Meio Ambiente é dotado de instrumentos específicos que o capacitam a atuar na ordem econômica, de molde a configurar um determinado padrão de desenvolvimento. Tais instrumentos estão previstos tanto na Constituição Federal quanto na legislação ordinária, merecendo destaque aqueles que estão previstos na Lei nº 6.938/81.”

“Em minha opinião, um dos mais importantes instrumentos de planejamento ambiental e de intervenção de que é dotado o Direito Ambiental é o Estudo de Impacto Ambiental, cuja finalidade é realizar um diagnóstico antecipado das consequências ambientais decorrentes de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, p. 20).

181 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 88.

182 Paula Forgioni tece valiosas considerações a respeito da necessidade de uma interpretação sistemática dos princípios da ordem econômica, estatuídos na CF/1988 (art. 170), com outras normas constitucionais: “ Os princípios veiculados pelo art. 170 da Constituição do Brasil e todas as regras

Nos termos do texto constitucional em vigor, a propriedade só atende a sua função social (inciso XXI do art. 5º da CF)¹⁸³, quando, além de ser utilizada economicamente, respeita normas trabalhistas e ambientais (inciso II do art. 186 da CF). A propriedade que não atender a esses requisitos será suscetível de desapropriação (art. 184 da CF). Isso ocorre porque o legislador constituinte originário entendeu, de maneira acertada, privilegiar, em situações de confronto, o meio ambiente, um valor concernente a todos os brasileiros, em detrimento da propriedade, em geral pertencente a somente um titular.

É importante aproveitar o ensejo, para explicar algumas questões relacionadas ao exemplo, extremamente úteis para a compreensão do conceito de direito difuso. Isso porque, à luz do caso concreto, não é tão fácil classificar um direito como difuso. Em determinadas situações, e, a depender dos pedidos formulados, certos direitos podem ser classificados como difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

De ordinário, são formulados vários pedidos em uma ACP, como pleitos para a imposição de obrigações fazer, de não fazer, de condenação em quantia certa ou provimentos constitutivos. Certos pedidos vão beneficiar titulares indefinidos, outros um determinado grupo de pessoas. Figure-se a hipótese de uma ação proposta para se declarar nula determinada cláusula de um plano de saúde. Eventual procedência do pedido beneficiará os segurados atuais, facilmente identificáveis, bem como os futuros segurados, que não podem ser identificados. Portanto, em uma única ACP tem-se a defesa de direitos coletivos em sentido estrito e de direitos difusos¹⁸⁴.

Feitas essas considerações, retomamos a abordagem das características dos direitos difusos.

que a partir deles se desdobram estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição e, portanto, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 192).

183 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 574.

184 Em hipóteses como essa, Hugo Nigro Mazzilli sugere a elaboração de um roteiro de perguntas, a fim de identificar as espécies de direitos metaindividuais em litígio: “Para identificar corretamente a natureza de interesses transindividuais ou de grupos, devemos, pois, responder a estas questões: a) o dano provocou lesões divisíveis, individualmente variáveis e quantificáveis? Se sim, estaremos diante de interesses individuais homogêneos; b) o grupo lesado é indeterminável e o proveito reparatório, em decorrência das lesões, é indivisível? Se sim, estaremos diante de interesses difusos; c) O proveito pretendido em decorrência das lesões é indivisível, mas o grupo é determinável, e o que une o grupo é apenas uma relação jurídica básica comum, que deve ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo? Se sim, então estaremos diante de interesses coletivos” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 59).

10.3 Indivisibilidade

Outra importante característica dos direitos difusos é que eles são indivisíveis¹⁸⁵, abrangendo o conjunto das pessoas que sofrem os resultados de um acontecimento. As lesões, na hipótese, são difusas, desse modo esses direitos não podem ser lesados nem satisfeitos senão em forma que afete a todos os possíveis titulares¹⁸⁶.

O tratamento processual, portanto, não abrange apenas um titular. É necessário que a lide abarque todo o fato, de maneira que o julgamento e a respectiva coisa julgada produzam sua eficácia sobre todos os titulares, à semelhança do que ocorre com o litisconsórcio necessário uniforme.

Assim, a contaminação de um rio afeta toda a população ribeirinha e consumidora de sua água. Portanto, em uma só lide deve ser julgado pedido relativo à imposição de fazer ao réu, consistente em despoluir o rio e instalar novos equipamentos de controle de poluição e de emissão de resíduos sólidos e líquidos. Do mesmo modo, a sua limpeza não poderá ser feita de maneira fracionada, beneficiando um ou outro morador das margens do rio; a sua limpeza afetará toda a população ribeirinha. Também se diz que é indivisível em relação ao seu objeto, pois, faticamente, é impossível dividi-lo. Com efeito, não há como dividir as águas de um rio ou a sua nascente, assim como não é possível dividir um meio ambiente urbano sem poluição sonora.

10.4 Indisponibilidade

A indisponibilidade é a terceira característica dos direitos difusos. Por pertencerem a toda a coletividade, não podem ser objeto de disposição por nenhum dos seus titulares isoladamente, tampouco por eventuais substitutos processuais.

Essa característica, porém, não tem caráter absoluto. Desde a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (art. 211) e, posteriormente, com a entrada em vigor do art. 113 do CDC, que acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei nº

185 CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 342.

186 ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 36.

7.347/1985, os órgãos públicos legitimados podem celebrar termo de ajustamento de conduta com os interessados, a fim de bem tutelar os direitos metaindividuais. Houve, portanto, uma mitigação à proibição da indisponibilidade.

Os exemplos da celebração desse ajuste são inúmeros. Cite-se, com esse propósito, o acordo celebrado entre o Ministério Público e o chefe do Poder Executivo Municipal, para a construção de abrigo de menores; ou o acordo celebrado entre o Ministério Público e o chefe do Poder Executivo Municipal para a sinalização horizontal e vertical de uma determinada cidade; ou ainda o termo de ajuste firmado entre o Ministério Público e uma empresa, para que não veicule determinada publicidade, considerada enganosa.

10.5 Circunstâncias de fato

A quarta característica, da qual decorrem as três primeiras (indeterminação do sujeito, indivisibilidade e indisponibilidade), é que os titulares desses direitos (pessoas) estão ligados por circunstâncias de fato. Em geral, são pessoas afetadas por ações de grande repercussão social, violadoras de valores ou de princípios constitucionais.

O vínculo entre os titulares do direito difuso se estabelece, apenas, em razão de uma situação contingencial. Não são tomadas em consideração, para a caracterização desse direito, especiais qualidades do ser humano, como, eventualmente, seu vínculo a uma corporação ou a qualidade de consumidor. Esses direitos pertencem ao indivíduo pelo simples fato de ser humano¹⁸⁷.

Referem-se a pessoas que residem em uma mesma cidade, mesma região ou Estado; que estão expostas aos mesmos riscos; que necessitam de idêntica proteção jurídica. Apesar da identidade geográfica, tais pessoas não são ligadas entre si ou com o agente do ilícito por nenhuma relação jurídica base.

A título de ilustração, cite-se o elenco de pessoas atingidas pela contaminação da água de um rio, perpetrada por uma indústria química de produção de tintas.

Também o exemplo da ACP proposta para proteger as vítimas de uma propaganda enganosa, veiculada pela televisão¹⁸⁸, consistente em compelir o réu a

187 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 86.

188 “À evidência, os direitos difusos são afetados por uma mensagem subliminar ou por qualquer

retirar do ar a aludida propaganda.

Pode ser citado ainda o exemplo do direito difuso da coletividade ao transporte coletivo urbano, com qualidade. Isso significa que os passageiros, que não guardam entre si nenhum vínculo jurídico, fazem jus à tarifa módica, sistema de bilhetagem eletrônica, veículos novos e adaptados a portadores de necessidades especiais. É certo que a titularidade desse serviço somente pode ser transferida ao concessionário ou permissionário, após a realização da competente licitação.

10.6 Litigiosidade interna

Uma quinta característica pode ser arrolada. Trata-se da intensa litigiosidade interna¹⁸⁹. A estrutura do direito difuso é substancialmente diversa daquela ínsita ao direito subjetivo individual. Enquanto no direito subjetivo individual existe um titular definido, que guarda um vínculo jurídico com a(s) outra(s) parte(s), podendo exigir-lhe(s) a entrega de coisa, o pagamento de quantia certa, um fazer ou não fazer, o mesmo não ocorre no direito difuso. Como já verificado, pode ser de extrema dificuldade a identificação dos titulares do direito difuso, especialmente levando em consideração que o seu número alcança milhares ou milhões de pessoas, a depender do caso. É natural, em tal contexto, que não se alcance consenso entre os seus titulares¹⁹⁰.

Diante da expressiva quantidade de titulares, assiste-se, em virtude da própria

propaganda ou publicidade antijurídica. Afeta-se um número indeterminado de pessoas. Se o objeto de minha demanda estiver balizado por um pedido que busque tão somente uma obrigação de fazer (retirar a publicidade ou propaganda do ar), acrescido de uma obrigação de não-fazer (não voltar a veicular a hipotética mensagem), por óbvio teremos apenas um direito difuso a ser tutelado” (FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 217).

189 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: p. 54.

190 “O que se deduz desse” entrechoque de massas de interesses é que os conflitos daí resultantes não guardam as características dos conflitos intersubjetivos tradicionalmente concebidos na fórmula “Trício versus Caio”, nem tampouco se reduzem aos conflitos que contrapõem interesses coletivos já organizados e bem delineados, com os dissídios trabalhistas, mas, ao contrário, apresentam contornos diversos: não se trata de controvérsias envolvendo situações jurídicas definidas (por exemplo, A se julga credor de B, que resiste àquela pretensão), mas de litígios que têm por causa remota verdadeiras escolhas políticas. Ora, neste campo, as alternativas são ilimitadas, porque o favorecimento da posição “A” irá contrariar os interesses dos integrantes da posição “B” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. sete. ed. rev. atual. e ampla. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101).

natureza humana, ao conflito de interesses entre determinados grupos de titulares¹⁹¹. Figure-se a hipótese da construção de um *shopping* às margens de um rio. Haverá o grupo favorável à construção, cioso das vantagens econômicas que advirão à cidade; outro grupo opõe-se radicalmente ao empreendimento preocupado com a preservação do meio ambiente, sobretudo, com a possibilidade de contaminação do rio com os resíduos líquidos e sólidos a serem nele despejados, assim como com o risco de assoreamento do curso d'água em razão da construção de um empreendimento de significativo impacto ambiental. Nessa situação, todos são titulares de direitos difusos relativos à situação fática, mas estão em situação de confronto.

Outro exemplo bem ilustra a questão. Certo município não dispõe de cadeia pública. Todos os seus presos, após a lavratura do termo de flagrante delito, são encaminhados a municípios vizinhos, que, por sua vez, não dispõem de celas em número suficiente para recebê-los. Encontra-se em voga, então, acesa discussão quanto à conveniência de o chefe do Poder Executivo municipal deflagrar o processo administrativo voltado à construção do prédio. Muitos são favoráveis, tendo em vista que a obra contribuirá para a segurança pública do município; os familiares dos presos são todos favoráveis, tendo em vista que a existência de uma cadeia no município lhes permitirá visitar os parentes com mais frequência, fornecendo-lhes melhor assistência material e moral; outros são contra, pois afirmam que a construção da cadeia atrairá as famílias de criminosos para a cidade. No caso de fuga dos delinquentes da prisão, o pânico tomará conta da comunidade. Como se verifica, no âmbito de um direito difuso, pertencente a milhares de pessoas, encontram-se vários grupos de titulares com conflito de opiniões. Essa conflituosidade interna é, portanto, uma importante nota característica dos direitos difusos.

Questão de extrema importância que emerge desses exemplos é a forma de

191 Hugo Nigro Mazzilli assim se manifesta a respeito da conflituosidade interna dos direitos difusos: “Partindo, porém, da constatação de que a sociedade atual é cada vez mais complexa e fragmentária – pois os interesses de grupos se contrapõem de forma acentuada (característica da conflituosidade, em regra presente nas questões que envolvam interesses difusos e coletivos) –, alguns doutrinadores, mais recentemente, têm sustentado o esvaziamento do conceito de interesse público, ou, na mesma linha de raciocínio, têm negado que exista um único bem comum. Assim, por exemplo, instalar uma fábrica numa cidade pode ser um grande benefício social no que diz respeito à geração de empregos diretos e indiretos, à arrecadação de tributos e à vida econômica do lugar, mas, ao mesmo tempo, pode trazer sérios danos ao meio ambiente na região, dependendo da atividade a ser desenvolvida. Noutra exemplo, melhorar os serviços sociais à disposição das classes mais pobres pode exigir arrecadação de mais impostos das classes economicamente mais favorecidas, o que será contrapor os interesses dos grupos mais diretamente envolvidos no problema” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juiz: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 47-48).

solucionar o conflito entre os titulares dos direitos difusos. Diante da litigiosidade interna, é de se indagar qual opinião deve prevalecer. Se a mediação for bem conduzida, é possível que o conflito seja resolvido extrajudicialmente, mediante a celebração de um termo, a partir da iniciativa de algum órgão legitimado para tanto. Frustrando-se essa tentativa, a solução será dada pelo Poder Judiciário, analisando o mérito da pretensão, depois de deflagrado o processo judicial por um ou alguns dos legitimados à propositura da ACP, levando sempre em conta o bem comum¹⁹², a partir das técnicas de hermenêutica constitucional e legal.

Importante destacar, por oportuno, que o anteprojeto que trata do Código de Processo Coletivo, embora não tenha sido aprovado, contém excelente referencial teórico para a definição dos direitos difusos, porque se trata de um projeto elaborado por grandes juristas, que condensaram nele a melhor doutrina sobre o tema.

O direito difuso está definido no art. 4º, I, do aludido anteprojeto, nos seguintes termos: “(...) assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato”¹⁹³. A redação é idêntica à do art. 81, parágrafo único, I, do CDC. Sinal de que a doutrina ainda abaliza o trabalho científico dos autores do CDC.

Como se verifica, o conceito de direito difuso expresso no anteprojeto é formado por conceitos jurídicos de alto índice de indeterminação, permitindo que o aplicador da norma possa reconhecer os direitos difusos em espécie, como o meio ambiente e o patrimônio histórico, à luz do caso concreto. Essa cláusula aberta do projeto, à semelhança do CDC, permite que novos direitos difusos sejam reconhecidos e incorporados ao catálogo legal, em função da evolução cultural, técnica e econômica da sociedade.

11 Direitos coletivos

11.1 Histórico

192 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 48.

193 GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 453. .

No auge do Império Romano somente se conhecia no direito a sua clássica divisão¹⁹⁴ em dois ramos: o direito público e o direito privado¹⁹⁵. Isto porque durante esse período a humanidade não conhecia a figura dos “corpos intermediários”, agremiações privadas representativas de categorias ou grupos. Havia apenas o Estado, onipresente¹⁹⁶, e os particulares, que ainda não conheciam a figura da pessoa jurídica de direito privado.

A ruína do Império Romano do Ocidente fez surgir o feudalismo¹⁹⁷ e novas categorias sociais. Assim é que o senhor feudal, titular de grande extensão territorial privada, senhor de seus servos, passou a rivalizar em poder com o rei. É que, além de terras, era proprietário de um exército particular, cujo serviço colocava à disposição do governante no período de guerra. Em troca, ganhava títulos nobiliárquicos e vantagens tributárias.

No período feudal, surgiram as corporações de ofício, agremiações que abrigavam os interesses de artesãos e de comerciantes. Representavam os interesses da burguesia, que, na oportunidade, ainda se apresentava em estágio incipiente¹⁹⁸. Não

194 André Franco Matoro, em obra *Introdução à Ciência do Direito*, faz interessante abordagem histórica sobre essa divisão: 'Desde o direito romano é conhecida a divisão do Direito em Público e Privado. No Digesto, encontramos o célebre fragmento, em que Ulpiano ensina: Público diz respeito às coisas do Estado, o Privado, à utilidade dos Particulares'. Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem' (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 457).

195 IGLESIAS, Ruan. *Direito romano*; atualização por Juan Iglesias Redondo. Tradução de Cláudia Mrianda Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 157.

196 A esse respeito, Fustel de Coulange tem brilhante passagem: “A cidade havia sido fundada como uma religião e constituída como uma igreja. Daí sua força; daí também a sua onipotência e império absoluto que exercia sobre seus membros. Em sociedade estabelecida sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava, em tudo, submetido à cidade, sem reserva alguma; pertencia-lhe inteiramente. A religião, que dera origem ao Estado, e o Estado, que sustentava a religião, apoiavam-se mutuamente e formavam um só corpo; esses dois poderes associados e vinculados constituíam um poder quase sobre-humano, ao qual a alma e o corpo se achavam igualmente submetidos.”

“Nada no homem havia de independência. Seu corpo pertencia ao Estado e destinava-se à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até os quarenta e seis anos, e em Atenas e Esparta por toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade precisasse de dinheiro, podia ordenar às mulheres que lhe entregassem suas joias, aos credores que se privassem de seus créditos, aos proprietários de olivais que lhe cedessem gratuitamente o óleo que tinham fabricado.”

“A vida privada não fugia dessa onipotência do Estado.” (FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*: tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. - São Paulo: Hemus, 1998, p. 182).

197 BECKER, Idel. *Pequena história da civilização ocidental*. 8. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977, p. 226.

198 Eis o panorama histórico traçado por Rubens Requião: “Em um ambiente jurídico e social tão avesso às regras do jogo mercantil, foram os comerciantes levados a um forte movimento de união, através das organizações de classe que os romanos já conheciam em fase embrionária – os *colégios*.”

detinham personalidade jurídica, porque essa categoria jurídica só viria a surgir séculos mais tarde. No entanto, editavam regras para os seus associados e até tinham tribunal próprio, com atribuição de julgamento dos casos relativos à agremiação com base em regras costumeiras.

O fortalecimento da burguesia, o advento do iluminismo, a Revolução Francesa, foram causas e consequências do fim do feudalismo e da transição para a era moderna, sobretudo as declarações de direitos emitidas no final do século XIX, por EUA e França¹⁹⁹.

Os Estados nacionais consolidaram-se, mas também a burguesia ascendeu a um patamar de importância social. Isto lhe rendeu a oportunidade de se impor na sociedade e colher os frutos de um período em que o Estado ganhou um aspecto absenteísta (“*laissez faire, laissez passer*”).

Diante do recolhimento do Estado ao exercício de funções consideradas essenciais – legislação e administração do orçamento destinado a áreas primárias, como guerra, pagamento de funcionalismo, obras públicas, administração da justiça – houve graves injustiças na seara privada.

Assim é que os representantes das indústrias e os grandes comerciantes permitiram-se abusar de determinadas posições de vantagem, impondo a maiores e menores de idade cargas de trabalho superiores a 14 (quatorze) horas diárias, locais de trabalho insalubres, exposição demasiada a riscos de acidente e salário insuficiente para a subsistência.

Esse contexto gerou uma grande revolta entre os trabalhadores, que, capitaneados por líderes instruídos em teoria marxista²⁰⁰, passaram a reivindicar melhores salários e melhores condições de trabalho.

Entretanto, na Idade Média, essas corporações de vão criando no mesmo passo em que se delineiam os contornos da cidade medieval. Como principal e organizada classe, enriquecida de recursos, as *corporações de mercadores* obtêm grande sucesso e poderes políticos, a ponto de conquistarem autonomia para alguns centros comerciais, de que se citam como exemplos as poderosas cidades italianas de Veneza, Florença, Gênova, Amalfi e outras.”

“Esse fenômeno repetiu-se em toda a Europa Ocidental, sobretudo nas áreas onde o poder político dos soberanos era mais tênue devido à divisão territorial mais fragmentária. Por isso, verificamos o evento com maior insistência na Itália e na Alemanha, as costas do Mar do Norte, onde foi constituída a famosa *Hansa*. Essa liga de cidades comerciais alemãs, lideradas por Hamburgo e Lübeck, chegou ao apogeu no século XIV, quando congregava perto de oitenta cidades mercantis, desde Bergen até os Países Baixos, tendo por cerca de três séculos monopolizado totalmente o comércio exterior da Inglaterra.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27. ed. rev. e atual. vol.1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 09-10).

199 HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 127.

200 STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph. *History of political philosophy*. 3. ed. Chicago (EUA): The University of Chicago Press, 1987, p. 806.

Esses movimentos sociais, em determinado momento, passaram a se organizar em torno de associações e de sindicatos. No entanto, essas entidades sofreram repressão estatal²⁰¹. Na França, a Lei Chapelier (1791) impedia a aglomerações humanas. No Brasil, nos termos do Código Penal de 1890 (art. 206), constituía crime a greve pacífica. A Constituição de 1937 (art. 139) declarou como recursos antissociais e nocivos ao trabalho a greve e o *lockout*.

Vencido, portanto, o primeiro momento de repulsa estatal, essas pessoas jurídicas passaram, posteriormente, a ter o reconhecimento do Estado. Este se viu premido pela pressão popular e com isso criou órgãos públicos voltados para atender as demandas de classe.

Essas pessoas jurídicas passaram a representar os movimentos de classe, de modo permanente. Com isso, foram capazes de aglutinar os titulares desses direitos, tornando-se importante veículo de defesa dos direitos coletivos e de interlocução com o Estado. A partir desse momento, passa a ter relevância o estudo do direito processual coletivo, sobretudo o estudo da configuração dos direitos coletivos em sentido estrito.

11.2 Considerações gerais

O direito coletivo, em sentido estrito, decorre da juridicização do interesse coletivo. O interesse coletivo, por sua vez, não tem definição precisa. Cuida-se de expressão polissêmica, com significados variados. Assim, pode eventualmente ser

201 Diogo Campos Medina Maia faz um apanhado histórico desse fato: “A idéia de *conscientização de classe* foi o divisor de águas da história passada e recente do direito processual metaindividual, a partir da qual a tutela coletiva de direito passou a ter relevância especial a justificar o estudo e a elaboração de um sistema procesual próprio.”

“Este movimento social de *conscientização de classe* só emergiu na Europa Ocidental no início do Século XIX, como reflexo da *Revolução Industrial*. Foi a migração e a concentração de pessoas em centros econômicos que permitiu a aglomeração de trabalhadores em unidades de produção e proporcionou a transição da ideia de *classe objetiva* para a ideia de consciência de classe, não existente nas economias campesinas.”

“A classe trabalhadora foi a primeira a se reconhecer como tal. A aflição coletiva das precárias condições de trabalho na primeira fase da *revolução industrial* foi determinante para que a insatisfação individual rapidamente se transformasse em um movimento de classe organizado. A organização coletiva de trabalhadores gozava de força inédita, valorizando o seu poder de barganha e negociação, com movimentos coesos e de difícil contenção, que despertaram rapidamente a necessidade de limitação estatal.”

“Neste período, em face da inexistência de instrumentos eficazes de controle da coletividade, a sua contenção dava-se basicamente pela repressão legal ou autoritária. A posição ativa dos grupos gerava uma situação nova, uma lide instigada pela classe, um conflito de interesses que não estava previsto nos ordenamentos jurídicos materiais ou processuais de sua época.” (MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 19).

entendido como o interesse social da pessoa jurídica²⁰². É o caso do interesse de uma empresa no aumento do seu capital social. Essa acepção, no entanto, não guarda pertinência com o conteúdo dos direitos coletivos, porquanto diz respeito a um interesse patrimonial de uma pessoa jurídica. Está restrito, portanto, ao círculo de interesses individuais, que não têm expressão no meio social.

Também pode ser entendido como a soma de interesses individuais. Essa acepção, contudo, não corresponde ao conteúdo dos direitos coletivos, por isso não pode ser aceita²⁰³. É que a simples soma de interesses individuais não equivale a interesses pertinentes a um grupo. O interesse individual tem cunho egoístico, enquanto o coletivo corresponde aos interesses comuns a uma categoria. Assim é que o interesse de várias pessoas em adquirir um veículo recém-lançado no mercado, não corresponde ao interesse da categoria de lixeiros em reduzir a jornada de trabalho.

A melhor acepção, portanto, para interesse coletivo é aquela que corresponde à pretensão de vantagem de determinada categoria ou grupo. Com efeito, o direito coletivo corresponde à juridicização da síntese dos interesses de um determinado grupo ou categoria²⁰⁴.

Essa pretensão, em geral, é esposada pela pessoa jurídica responsável por agregar os titulares dos direitos coletivos. É o que se verifica da atuação de sindicatos e de associações.

202 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 54-55.

203 Ricardo de Barros apresenta substanciosos argumentos para não aceitar o direito coletivo como o resultado da soma de direitos individuais: “Não se pode, entretanto, confundi-los com os interesses da pessoa jurídica, ou com o somatório simples dos interesses individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe. Em ambas as hipóteses, estaríamos diante de simples interesses individuais, ainda que eventualmente formulados em juízo em litisconsórcio.”

“A peculiaridade dos coletivos consiste na indivisibilidade decorrente da existência, como reflexo da situação da vida onde auferem sua gênese, de uma relação jurídica de direito material comum, inerente a todos os envolvidos na categoria considerada” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 106).

204 Rodolfo de Camargo faz precisa observação da diferença entre direito individual e direito coletivo: “Essa 'realidade nova' é justamente o interesse coletivo no seu sentido próprio, porque, conquanto originário dos interesses individuais, representa a síntese, um amálgama daqueles; a partir desse momento, se desvanecem os interesses individuais originários, surgindo uma nova realidade: a dos interesses (verdadeiramente) coletivos. É preciso, então, que haja um ideal coletivo, uma alma coletiva; é isso que conduz à característica específica.”

“Pensar e sentir coletivamente é relegar a um plano secundário o interesse imediato, egoísta, para, com os olhos postos num ideal amplo e generoso, empenhar os esforços comuns com vistas à consecução desse desiderato. É possível e até provável que os frutos desse esforço recaiam, reflexamente, sobre os que dele participaram; e, dada a amplitude do fim perseguido, é mesmo possível que terceiros venham a ser beneficiados. Quando um grupo luta por melhores condições de segurança no trabalho, são todos os trabalhadores, como categoria, que disso poderão beneficiar-se, independentemente de sua precedente adesão à entidade representativa” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 57).

O direito coletivo, por sua vez, pode receber duas definições: em sentido lato e em sentido restrito. O conceito lato de direito coletivo corresponde ao sinônimo do gênero direitos metaindividuais. Esse é o sentido do inciso III do art. 129 da CF. Por outro lado, a definição do direito coletivo, em sentido estrito, encontra-se descrita no inciso II do parágrafo único do art. 81 do CDC, que enuncia que esses direitos são “*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*”. Nesta obra, o direito coletivo será tratado em sua acepção estrita.

11.3 Determinabilidade

Esse conceito revela elementos distintos daqueles ínsitos aos direitos difusos, quais sejam, a determinabilidade dos sujeitos e a relação jurídica base que os une entre si ou com a parte contrária.

Enquanto nos direitos difusos, em geral, é difícil a determinação dos titulares, nos direitos coletivos essa tarefa é mais fácil. Isto porque uma das características dos direitos difusos é a indeterminação dos titulares. Uma vez que estes se encontram naturalmente dispersos, a reunião é feita apenas de modo contingencial em razão de uma situação de fato. Nos direitos coletivos em sentido estrito, porém, os titulares já se encontram unidos por uma relação jurídica-base, que os une entre si ou com a parte contrária, antes da ocorrência do fato.

Essa relação jurídica nasce em virtude da aglutinação de interesses dos seus titulares²⁰⁵. Tal aglutinação é realizada por uma organização, que pode ou não ter personalidade jurídica. Com efeito, essa “organização”, que pode ser a família, um sindicato, uma associação ou até mesmo um partido político, atua como uma força centrípeta em relação a esses interesses.

Identificada, portanto, a “organização” responsável por agregar os interessados, torna-se fácil identificar os titulares dos interesses e direitos coletivos.

205 Vicente de Paula Maciel Júnior destaca a “organização” como o elemento distintivo dos direitos coletivos em sentido estrito: “O traço característico e distintivo dessa modalidade de interesses é a ‘organização’, uma vez que, se não organizados, inócorre a coletivização e a aglutinação em torno de interesses comuns. À organização se somaria a afetação desses interesses a grupos determináveis (enti esponenziali), além do vínculo jurídico básico que os une. A forma de expressão desses interesses se daria através de grupos intermediários como a família, sociedades civis, sindicatos, associações, partidos políticos, etc.” (MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas...* p. 31-32).

Esse aspecto relacionado à titularidade dos direitos coletivos será importante para distingui-los dos direitos difusos e dos direitos individuais homogêneos, por ocasião do julgamento de uma lide. É que o direito será considerado coletivo quando o bem jurídico pretendido favorecer apenas os integrantes da categoria ou grupo²⁰⁶. Se o benefício da tutela jurisdicional alcançar outras pessoas além dos integrantes da categoria ou grupo, estar-se-á discutindo em juízo direito difuso, cujo regime de coisa julgada é diferente daquele reservado pela lei aos direitos coletivos.

Há uma diferença de extensão da coisa julgada entre os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos difusos. Nos direitos coletivos em sentido estrito, a coisa julgada beneficia todos os integrantes da categoria ou grupo. Esse é o motivo pelo qual a lei estipula que a coisa julgada terá eficácia *ultra partes* (art. 103, II, do CDC²⁰⁷). Isto é, coisa julgada beneficia apenas aquele determinado segmento da sociedade²⁰⁸: o grupo ou a categoria. É o que ocorre com a sentença que reconhece o direito dos integrantes de certa categoria de empregados, como os vigias noturnos ou os garçons, a receber determinada rubrica. Nos direitos difusos, não existe esta limitação. A coisa julgada tem eficácia *erga omnes* (art. 103, I, do CDC), beneficiando qualquer ser humano.

Nesse contexto, infere-se a relevância de a petição inicial da ACP, que veicule a defesa de direito coletivo, descrever os titulares dos interesses ou direitos defendidos em juízo ou, se isso não for possível no momento da propositura da ação, ao menos a descrição da categoria a ser beneficiada pelo acolhimento da pretensão e, por conseguinte, dos efeitos da coisa julgada.

206 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. Apresentação à 1. ed. por Luiz Guilherme Marinoni. Prefácio à 1. ed. por José Carlos Barbosa Moreira. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 219.

207 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:
I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

208 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 588.

11.4 Relação jurídica básica

Os direitos coletivos apresentam algumas diferenças em relação aos direitos difusos. Uma delas é a origem da lesão. Enquanto os direitos difusos são fruto de uma idêntica circunstância fática, os direitos coletivos dizem respeito a uma relação jurídica comum a várias pessoas. Embora exista a circunstância fática pertinente aos titulares, o que de verdade os agrega é o vínculo jurídico básico.

A nota mais característica desse direito reside na circunstância de que a relação jurídica básica que agrega os elementos do grupo encontra-se em risco ou ofendida por algum ato administrativo, em virtude da conduta de alguma pessoa de direito privado ou eventualmente por alguma norma.

No âmbito desses direitos, as pessoas que fazem parte do grupo ou da classe estão ligadas entre si por alguma relação jurídica base e essa circunstância os faz identificáveis. A relação jurídica básica dos titulares do direito coletivo decorre da vinculação a alguma pessoa jurídica de direito privado (associação, sindicato, federação, etc.).

Os direitos coletivos nascem inicialmente da identidade de direitos individuais que, somados, transformam-se, deixando o seu caráter egoístico, para transcender à esfera dos interesses coletivos. Os interesses individuais dos membros de uma categoria, enquanto tais, transformam-se em “interesses da categoria”, passando ao *status* de coletivos. Posteriormente, se reconhecidos pelo Poder Público (Legislativo ou Judiciário), são alçados, por via da juridicização, à categoria de direito coletivo. Assim, os interesses de membros da categoria de trabalhadores da indústria do cigarro por melhores condições de trabalho transformam-se em interesses da categoria e, posteriormente, em direito coletivo, se assim forem reconhecidos pela lei ou por decisões dos Tribunais. Cuida-se da transformação por coalizão ou aglutinação²⁰⁹.

209 Rodolfo de Camargo Mancuso assim explica a aglutinação dos interesses coletivos: “Pode-se, assim, visualizar um pirâmide, em modo de uma 'escala crescente de coletivização', em cuja base estão os interesses individuais; alguns desses interesses pertinem a pessoas que, por diversas razões, encontram-se em posições sociais homogêneas, tais as classes, as categorias, facilitando a *aglutinação* daqueles interesses nos grupos representativos dessas classes e categorias. Esses interesses tomam-se então 'coletivos', e esses grupos vão representá-los, defendê-los e fomentá-los, como o fazem os sindicatos, as associações, as ordens e outras entidades do gênero. Num momento subsequente, verifica-se que alguns desses interesses coletivos deparam até mesmo a esfera de atuação do grupo e alcançam já a própria sociedade civil como um todo: passam a integrar o interesse geral. Por exemplo, o interesse ao pleno emprego depara a órbita dos sindicatos; o interesse à proteção da natureza como um todo depara a órbita das associações de proteção à ecologia; o interesse no desempenho

A origem dos direitos coletivos reside na atuação dos particulares, que, em determinado momento, passam a ter interesses comuns. Resolvem, portanto, unir-se, para somar forças, muitas vezes criando uma pessoa jurídica para tal intento.

Essa pessoa jurídica passa a representar esses interesses comuns do grupo, não o interesse individual de cada integrante da categoria. Até porque a pessoa jurídica representa apenas uma faceta ou um momento dos seus associados. Natural que os associados ou integrantes de determinada classe tenham na sua vida privada outros interesses, outras atividades, alheias aos interesses do grupo. É o que ocorre, por exemplo, com o sindicato dos professores, cuja missão é defender a sua categoria, lutando por melhores salários e melhores condições de trabalho. Não é missão do sindicato dos professores tutelar a educação dos filhos dos sindicalizados ou então agendar viagens de férias de seus associados; ou ainda preocupar-se com os índices de juros aplicados aos contratos bancários firmados por alguns de seus membros. Esses são aspectos da vida privada dos integrantes da categoria, que não são comuns aos demais membros e que não justificaram a formação do grupo (relação jurídica básica).

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, o traço distintivo do direito coletivo é a organização que o representa²¹⁰. Isto porque a aglutinação dos direitos requer um mínimo de estrutura funcional, sem o que não há como existir a coesão de um grupo. Tanto assim que, conforme observa, considera-se o “carente organizacional” (morador de rua) como hipossuficiente, apto de ser assistido pela Defensoria Pública (inciso LXXIV do art. 5º da CF).

Os direitos coletivos também podem decorrer do vínculo de seus titulares com uma parte contrária²¹¹, não entre si. É que a proteção jurídica abrange não apenas os filiados à associação ou sindicato, mas também os que pertençam à respectiva categoria, porque ninguém é obrigado a filiar-se a sindicato ou associação (alínea “d”, inciso XX, do art. 5º da CF). Cuida-se de liberdade pública, que não pode sofrer restrição ou ser indevidamente subtraída por norma infraconstitucional. É o que ocorre, por exemplo, com os candidatos de um concurso público. Eles não guardam vínculo jurídico entre si, contudo, mantêm vínculo com a instituição para o qual estão concorrendo a um dos cargos. A título de ilustração, figure-se a ACP ajuizada com o escopo de reservar vagas

equilibrado das relações de consumo é mais amplo do que o objetivado por um órgão de defesa de consumidores.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 60).

210 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 62.

211 ABELHA, Marcelo, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 47.

a portadores de deficiência, em concurso público²¹². Do mesmo modo, pode ser citado o caso da ACP proposta pelo Ministério Público contra determinada pessoa jurídica, em razão do aumento abusivo de mensalidades escolares²¹³. Como se percebe, em todos esses casos, há uma relação jurídica básica entre os titulares do direito, que, em juízo, foram substituídos por um legitimado extraordinário, qual seja, o Ministério Público.

No entanto, nem sempre é fácil formular um juízo seguro sobre a exata espécie de direito metaindividual que se postula em juízo. A depender do pedido formulado, estar-se-á a tratar de direito individual homogêneo ou eventualmente de direito difusos. É por isso que a classificação adotada pela doutrina e pelo CDC não deve ser observada de maneira excludente; ou seja, diante de um caso concreto, escolhe-se apenas um dos tipos relacionados (difuso, coletivo ou individual homogêneo). Diferentes pretensões podem ser deduzidas na ACP (obrigação de fazer, não fazer, pagar quantia etc.), em razão do direito material controvertido. Essas diferentes pretensões podem envolver as três espécies de direitos metaindividuais em uma mesma lide. O magistrado, ao julgar esses pedidos, poderá, eventualmente, em um mesmo comando sentencial, dispor sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como acima demonstrado.

A extensão dos beneficiários da tutela judicial é critério que auxiliará sobremaneira o jurista nesta matéria. Um caso, relativo a ACP ajuizada com o fim de se obter o reconhecimento judicial da ilegalidade de aumento de mensalidade escolar, ajudará a ilustrar a assertiva: a revisão do valor da mensalidade escolar, com efeitos retroativos, corresponde a um direito coletivo em sentido estrito, pois beneficiará tão só os alunos matriculados na instituição de ensino até aquele momento²¹⁴; porém, a produção dos efeitos da sentença para o futuro, em virtude da decretação da revisão contratual, implica direito difuso, porque alcançará não apenas os alunos atuais, mas também os que ainda se matricularão na escola, logo, beneficiários indetermináveis²¹⁵.

212 BRASIL. STJ - CC 109435 / PR. CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2009/0240560-8. Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Julgamento: 22.09.2010.

213 BRASIL. RESP 89646/PR.

214 BRASIL. STF, RE 163231/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 29.06.2001.

215 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 53.

11.5 Representação dos interesses e direitos coletivos no âmbito judicial e extrajudicial

Os direitos coletivos, como já consignado, correspondem aos interesses coletivos juridicizados. Esses interesses, se reconhecidos pelo Judiciário, são considerados interesses jurídicos; reconhecidos pelo Legislativo, por meio de lei, são considerados direito. Não obstante a diferença terminológica, os termos “direito” e “interesse juridicizado”, sob o ponto de vista ontológico, têm a mesma estrutura, como demonstrado ao longo desta exposição. Decorrem do fenômeno da aglutinação²¹⁶ de interesses comuns a pessoas de uma mesma categoria.

Esses interesses aglutinados orbitam ao redor de uma “organização” (pessoa jurídica ou não) que pode representá-los no âmbito judicial ou extrajudicial. Essa “organização” funciona como o centro diretivo e catalizador desses interesses²¹⁷, porque propicia a melhor organização das mobilizações da categoria. É como se fosse o centro de uma constelação, atuando com força centrípeta.

Na doutrina italiana, essas organizações que representam os direitos coletivos são chamadas de *ente esponenziale*²¹⁸. Porém, tanto na Itália como aqui se defere certa relativização a esse requisito, a fim de que os direitos coletivos não sejam privados de defesa judicial por não estarem vinculados a uma pessoa jurídica de direito privado. Desse modo, a legitimidade para a tutela destes interesses e direitos coletivos, no Brasil,

216 Rodolfo de Camargo Mancuso assevera o seguinte a respeito da aglutinação: “Os interesses coletivos valem-se dos grupos como veículo para sua exteriorização; um grupo pressupõe um mínimo de coesão, de organização, de estrutura. Os interesses, para serem 'coletivos', necessitam, pois, estar aglutinados, coalizados. E a coesão será tão mais evidente quanto *menor* for o grupo; o que significa que é justamente a *proximidade* efetiva entre os membros o fator que fortalece o grupo.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 61).

217 Miguel Reale teceu valiosos comentários sobre o papel exercida pela pessoa jurídica relativamente a interesses coletivos: “Há, pois, homologia e sintonia entre o fato social dos 'centros de interesse socialmente estruturados em razão de múltiplos 'fins' e o 'modelo jurídico da personalidade' que lhe é atribuído como projeção normativa da subjetividade individual de cada um de seus participantes, mas transcendendo cada fulcro de imputabilidade, tomando em si mesmo, para expressar a correlação delimitadora e superadora que resulta da unidade de interesses comuns. É inegável que, nessa modelagem jurídica unificada dos centros coletivos de múltiplos interesses, irredutível aos interesses singularmente considerados, há um *ato criativo ou nomotético* (o que explica que, de início, tenha surgido a ideia de mera *ficção*, pois, como vimos, *fingere* quer dizer também formar ou modelar), mas não se trata de modelagem ou de criação *ab nihilo*, como pensaram os ficcionistas, e, sim, de uma 'conjetura inevitável' que corre paralelamente com o desenvolvimento da experiência” (REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157).

218 GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle "class actions"*. Volume 80. Pavia (Itália): Università Di Pavia, Facoltà di Giurisprudenza, 1996, p. 322.

é disjuntiva²¹⁹. Logo, não só o sindicato da categoria tem legitimidade para a defesa dos respectivos interesses e direitos, mas também o Ministério Público poderá agir em juízo ou fora dele em favor da categoria. Rodolfo de Camargo Mancuso, apoiando a doutrina de Kazuo Watanabe, assevera que a pessoa jurídica existirá apenas em alguns casos, pois, de acordo com o conceito legal, a relação jurídica poderá estabelecer-se com a parte contrária. Tal sistemática deriva da indivisibilidade dos direitos coletivos, de modo que, independentemente da reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, formam uma unidade. Assim, conclui que é recomendável, nos dois casos (existência ou não de entidade representativa), o seu tratamento molecular²²⁰.

As pessoas jurídicas incumbidas da defesa dos direitos coletivos hoje têm importante papel de interlocução com o Estado. No seu natural desempenho de defesa das pretensões de suas respectivas categorias, acabam por estabelecer permanente contanto com agentes públicos. Essa aproximação enseja, em vários casos, a nomeação de representantes de classe para compor órgãos públicos colegiados, a fim de expressar, de maneira permanente, em um fórum adequado, as pretensões da respectiva categoria. É o que se verifica no conselho da Previdência (INSS), no conselho do Ministério do Trabalho, no Ministério da Fazenda e nos conselhos de estatais, como a Petrobrás.

De igual modo, esses representantes de classe desempenham relevante papel de colaboração com o Estado, na consecução de finalidades públicas e na construção da ordem jurídica. Uma boa interlocução de sindicatos e de associações com o Estado é capaz de evitar a ocorrência de greves, assim como é capaz de orientar os esforços de uma ou mais categorias em prol do interesse público.

Essa colaboração ocorre não só em relação ao Poder Executivo, mas também com o Poder Judiciário, conforme se verifica do papel desempenhado pelas associações e também pelos sindicatos na qualidade de *amicus curiae* (§2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999²²¹), em matéria de controle de constitucionalidade. Atuam como uma espécie de assistente processual, contribuindo para o convencimento judicial com

219 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p. 218.

220 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 61.

221 Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§1º (vetado)

§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013).

informações de ordem técnica e jurídica²²². Também podem atuar na qualidade de *amicus curiae* perante os tribunais²²³, quando houver o julgamento sobre a constitucionalidade de uma norma pelo plenário dos tribunais, nos termos do §2º do art. 482 do CPC²²⁴.

Por serem os seus titulares mais facilmente identificáveis que os dos direitos difusos, os interesses e direitos do grupo podem ser mais bem defendidos em juízo por intermédio da entidade que os congrega.

A presença em juízo da entidade representativa da categoria também colabora para a efetiva isonomia material das partes. Na maior parte dos litígios envolvendo interesses ou direitos coletivos, há uma associação ou sindicato no polo ativo da lide e uma ou mais empresas, bem como o Estado, no polo passivo. Ora, as pessoas que integram o polo passivo das lides coletivas, em geral, são litigantes habituais e por isso detêm excelentes condições técnicas para atuar em juízo. Possuem um excelente quadro de advogados e um bom acervo de petições relacionadas a esse tipo de causa. Além disso, essas pessoas jurídicas possuem considerável capital financeiro, capaz de suportar, sem desgaste, o tempo do processo e as custas e os demais emolumentos processuais, como perícias e pareceres técnicos. Sem a presença da pessoa jurídica em favor dos titulares dos interesses ou direitos coletivos, haveria de um lado da relação processual, litisconsortes com poucos recursos financeiros e técnicos, e do outro uma potência processual. Estar-se-ia diante de um flagrante caso de vulnerabilidade

222 Gilmar Ferreira Mendes assim descreve a atuação do *amicus curiae*: “A Lei n. 9.882/99 faculta ao relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (art. 6º, 1º). Outorga-se, assim, às partes nos processos subjetivos um limitado direito de participação no processo objetivo submetido à apreciação do STF. É que, talvez em decorrência do universo demasiado amplo dos possíveis interessados, tenha pretendido o legislador ordinário outorgar ao relator alguma forma de controle quanto ao direito de participação dos milhares de interessados no processo.”

“Em face do caráter objetivo do processo, é fundamental que possam exercer direito de manifestação não só os representantes de potenciais interessados nos processos que deram origem à ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também os legitimados para propor a ação. Independentemente das cautelas que não de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assumam, igualmente, uma feição pluralista, com a participação de *amicus curiae*.”

“Tal como na ADI e na ADC, os *amici curiae* tanto podem apresentar manifestação escrita como fazer sustentação oral (art. 6º, §§1º e 2º da Lei n. 9.882/99).” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. - Curso de direito constitucional. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, ps. 1174-1175).

223 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, p. 1.076-1.077.

224 Art. 482. (...)

§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013).

processual, resultado de uma carência organizacional²²⁵. Não por acaso, além das pessoas jurídicas privadas, também órgãos estatais, como o Ministério Público, estão autorizados a defender direitos coletivos em juízo (art. 129, III, da CF), como será demonstrado mais à frente, em capítulo próprio.

11.6 Indivisibilidade

Um traço característico dos direitos coletivos é a sua indivisibilidade²²⁶, indicando que esses direitos não são passíveis de fracionamento²²⁷. Isto quer dizer que a lesão ou a satisfação dos titulares dos interesses ou dos direitos coletivos só pode ocorrer de modo unitário, para todo o grupo.

Essa característica tem importante reflexo no seara processual. Tendo em conta a configuração da relação jurídica de direito material, se os titulares desses direitos resolvessem ajuizar ações em pequenos grupos, o caso seria de litisconsórcio necessário unitário. A solução jurídica deve significar tratamento uniforme para todos os titulares do interesse ou do direito difuso²²⁸. Isso porque o julgamento afetará não apenas aqueles que foram parte do processo, mas todas as pessoas integrantes da classe ou categoria.

Esse contexto revela que a indivisibilidade produz importantes efeitos quanto à legitimidade, à litispendência e à coisa julgada na ação coletiva (art. 103 do CDC), conforme será visto nos capítulos 3 e 4 desta dissertação.

Com referência ao projeto relativo ao Código de Processo Coletivo, no seu art. 4º, II, há a definição de direito coletivo em sentido estrito nos seguintes termos: “assim entendidos 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

225 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 62.

226 O significado desse termo é bem exposto por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes: “No Brasil, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação esta que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p. 212).

227 A respeito da indivisibilidade nos direitos coletivos em sentido estrito, Arnaldo Rizzardo tece as seguintes considerações: “Os interesses coletivos não se fracionam, ou não se destacam em um número específico de pessoas, mas atingem um conjunto não determinado de interessados. Busca-se a proteção de um valor, de um instituto, de um patrimônio, não se especificando individualmente as pessoas beneficiadas” (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*, p. 80).

228 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p.213.

jurídica base²²⁹.

Esse conceito repete o disposto no art. 81, parágrafo único, II, do CDC, distinguindo os elementos do direito coletivo em sentido estrito em relação aos dos direitos difusos. Assim é que esse conceito de direito coletivo em sentido estrito traz as seguintes diferenças: a titularidade pertencente aos integrantes de uma categoria e a relação jurídica básica que os une entre si ou com a parte contrária. Desse modo, deixa-se de comentar esse dispositivo, tendo em vista análise do tema já realizada.

12 Direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos estão definidos no inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC. De acordo com essa norma, essa espécie de direito metaindividual corresponde aos direitos decorrentes de origem comum.

Cuida-se, porém, de um conceito incompleto. O legislador não incluiu na aludida definição a titularidade dos direitos individuais homogêneos, tampouco o seu objeto. Não houve, como deveria, uma perfeita distinção dos direitos individuais homogêneos em relação aos difusos. É que, na linha do disposto no inciso I do parágrafo único do art. 81 do CDC, os direitos difusos também são fruto de circunstâncias de fato comuns.

Graças à ação da doutrina²³⁰ e da jurisprudência pátria, essa lacuna foi preenchida. Assim é que se distingue, atualmente, o direito individual homogêneo do direito difuso pela determinabilidade do seu sujeito e em virtude da divisibilidade do seu objeto.

A titularidade dos direitos individuais homogêneos pertence a grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas ou determináveis, que tenham sofrido danos ou prejuízos provenientes de origem comum.

Em geral, são atribuídas as seguintes características aos direitos individuais homogêneos: a) seus titulares são determinados ou determináveis; b) o seu objeto é

229 GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 454. Não consta da bibliografia final.

230 Idem, ibidem, p. 55.

divisível; c) têm natureza individual; d) surgem em virtude de um fato comum, que lesa todos os interessados individualmente²³¹.

A Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (art. 21, parágrafo único, II, da Lei nº 12.016/2009²³²) também conceituou direito individual homogêneo. Além das características acima enumeradas, incorporou outras ao texto. Assim é que enunciou que direitos homogêneos são “os de origem comum, e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

O anteprojeto de Código de Processo Coletivo - CPCo, art. 4º, III, conceitua interesses individuais homogêneos nos seguintes termos: “assim decorrentes os de origem comum” .

Como se percebe, trata-se de conceito em tudo semelhante ao disposto no CDC. Daí a abstenção de comentar esse dispositivo, tendo em conta as abordagens já realizadas nesta dissertação a propósito do tema.

A seguir, de maneira particularizada, apresentam-se os elementos desses conceitos.

12.1 Divisibilidade

A divisibilidade revela que os direitos individuais homogêneos podem ser satisfeitos ou lesados de maneira individualizada²³³. Desse modo, a responsabilidade pela prática do ilícito pode ser dividida em razão da quantidade de lesados²³⁴.

A título de ilustração dessa característica, pode ser citado como exemplo de direito individual homogêneo o caso que envolve compradores de televisores com o mesmo defeito de série. Também pode ser citada a hipótese na qual se discute a suposta invalidade da limitação do número de concessões de isenção de taxas para vestibular de

231 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 98.

232 Art. 21 (...)

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

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. (Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2012).

233 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, p. 36.

234 RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 840.

universidades federais em determinada unidade da Federação²³⁵. Do mesmo modo, identifica-se a presença de direito individual homogêneo na ação proposta pelo Ministério Público em desfavor de instituição financeira, a fim de que apresente em juízo a listagem de correntistas e os respectivos contratos, para a verificação de prática abusiva com relação à aquisição de produtos bancários²³⁶.

12.2 Determinabilidade dos titulares

Os direitos individuais correspondem ao modelo clássico de direito subjetivo, em que o titular é perfeitamente indicado. Cuida-se do direito que o seu titular tem de exigir de outrem uma obrigação de fazer ou não fazer, a entrega de coisa ou o pagamento de determinada quantia²³⁷. Tanto assim que o titular do direito individual pode optar por agir em juízo isoladamente ou em grupo, se existem outras pessoas com o mesmo direito subjetivo, oriundo do mesmo fato.

Essa configuração do direito individual permite que o titular seja facilmente identificado. No entanto, em termos de ACP, essa identificação, como se verá em item destacado, ocorrerá apenas na fase de execução de sentença, em que ocorrerá a execução individualizada do julgado (art. 97 do CDC). Na primeira, essa determinação dos titulares não é necessária, porque a sentença que encerra a fase de conhecimento tem natureza genérica.

12.3 Origem em um fato comum

Cuida-se de característica presente tanto na definição do art. 81, parágrafo único, III, da Lei nº 8.078/1990, quanto no conceito estatuído no art. 21, parágrafo único, II, da

235 BRASIL. STJ. REsp 1225010/PE, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 15.03.2011.

236 BRASIL. STJ. REsp 986272/RS, DJe 01.02.2012.

237 André Franco Montoro aponta os seguintes elementos do direito subjetivo: “O direito subjetivo é sempre: a) uma relação de 'dependência' de um objeto (bem ou atividade) a uma pessoa (o bem ou a atividade lhe pertencem), 'são seus'; b) essa relação é reconhecida pela ordem jurídica; c) que confere ao titular ou seus representantes prerrogativas de agir em relação a esse objeto” (MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito, p. 505-506).

Lei nº 12.016/2009.

Essa característica indica que a ocorrência desse interesse ou direito pressupõe uma lesão comum a todos os titulares (origem comum). É o que ocorre com os consumidores de um mesmo lote de televisores produzidos por uma determinada indústria, com o mesmo defeito de série.

O art. 81, parágrafo único, III, da Lei nº 8.078/1990 e o art. 21, parágrafo único, II, da Lei nº 12.016/2009 também enunciam, de maneira cumulativa ao requisito “origem comum”, a homogeneidade.

A distinção entre esses termos, embora sutil, existe e deve ser abordada. A origem comum dos direitos individuais homogêneos refere-se à lesão que deu origem aos inúmeros direitos subjetivos. A homogeneidade, por outro lado, refere-se ao conteúdo desse direito. A homogeneidade diz respeito, portanto, à prevalência das questões comuns entre os direitos das vítimas, não na sua integralidade, mas no seu núcleo de homogeneidade²³⁸.

Desse modo, haverá homogeneidade quando as vítimas pleiteiam em juízo a substituição de uma peça de um determinado veículo vendido em série, que apresentou defeito insanável. Contudo, não haverá homogeneidade, se uns pedem a substituição da peça, mas outros reclamam indenização por acidente de veículo sofrido em razão da aludida peça defeituosa. Como se percebe, no primeiro exemplo há homogeneidade de pretensões, no entanto, no segundo caso, a disparidade entre as pretensões é flagrante.

Se as pretensões não forem homogêneas, não obstante a origem comum, não podem ser tratadas na mesma ACP. Isto porque, como será visto com mais detenção à frente, a sentença que resolve a fase de conhecimento da ACP que tutele direitos individuais homogêneos é genérica, não identificando os titulares do direito reconhecido, apenas fixando a responsabilidade e a obrigação do réu. Não há, desse modo, a possibilidade de na fase de execução a pessoa habilitar-se, apresentando um direito subjetivo diverso, sob pena de flagrante violação do devido processo legal.

Não há necessidade de concomitância de tempo e lugar. As lesões devem ter origem comum, mas os efeitos podem ser produzidos em local diverso. Essa circunstância não tem o condão de afetar a possibilidade de tratamento processual coletivo de direitos individuais. É o que acontece com as vítimas de um medicamento posto à venda em desrespeito às normas da ANVISA e do Ministério da Saúde, por uma

238 DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. - São Paulo: Atlas, 2010, p. 52. .

rede de farmácias, com postos de venda em todas as capitais do país.

Apesar dessa característica própria, não é tão fácil, no caso concreto, distinguir os direitos individuais homogêneos dos direitos coletivos ou, eventualmente, dos direitos difusos, na linha do quanto exposto alhures. Assim é que voltamos a afirmar que um dos melhores parâmetros para identificação desse direito é a análise do pedido formulado pela parte, aliados aos demais critérios acima mencionados²³⁹, como, p. ex., o interesse predominante.

12.4 Tratamento processual coletivo de direitos individuais

Os direitos individuais homogêneos representam uma categoria jurídica própria da modernidade. Cuida-se de direitos típicos de uma sociedade de cidadãos consumidores. São direitos em sua essência pertencentes a um titular definido. Esse titular, por sua vez, ostenta a posição de vítima da mesma lesão perpetrada em desfavor de centenas ou quiçá milhares de outras pessoas, também titulares do mesmo direito. Daí a sua homogeneidade. Decorrem, o mais das vezes, de lesões provocadas por fornecedores de produtos ou de serviços, de grande porte econômico e tecnológico. Portanto, são direitos emergentes das entranhas da sociedade de massa.

É natural, nesse contexto, que contenham uma nota de coletividade, em virtude da circunstância de um expressivo número de titulares desses direitos ostentarem a posição de vítimas de idêntica lesão. Justifica-se, desse modo, o tratamento processual coletivo²⁴⁰.

Por serem, em sua essência, direitos individuais, não há empecilho para a atomização dos conflitos entre consumidores-vítimas e fornecedor-ofensor, com cada um dos titulares propondo individualmente a sua ação perante o Poder Judiciário. O que, de fato, ocorre frequentemente. Talvez essa seja uma das grandes causas de

239 LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 101.

240 Gregório Assagra de Almeida fundamenta bem a questão: “São considerados direitos ou interesses acidentalmente coletivos e recebem o tratamento processual coletivo – daí serem designados como sendo apenas acidentalmente coletivos -, pois se constituem de vários interesses ou direitos individuais homogeneamente considerados, que estão ligados pela origem comum.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 492.

congestionamento do Poder Judiciário. A racionalidade processual recomenda, porém, que todas essas pretensões sejam veiculadas em uma só demanda.

Sob o ponto de vista processual, o tratamento coletivo dos direitos individuais homogêneos enseja diversas vantagens. Há a economia processual, pois em lugar da prática de milhares de atos processuais em centenas ou milhares de demandas com idênticos pedidos e causa de pedir, em desfavor do mesmo réu, haverá a necessidade apenas de poucas dezenas de atos processuais em uma mesma lide. Desse modo, o custo do processo se torna substancialmente menor.

Além disso, à medida que apenas um juiz e os respectivos auxiliares cartorários ficarão ocupados com esta demanda, todos os outros juízes daquela comarca ou subseção ficarão livres para presidir outras causas, o que enseja maior produtividade do Poder Judiciário.

O tratamento processual coletivo dos direitos individuais homogêneos também colabora para a efetividade do processo. O cumprimento de uma decisão de antecipação de tutela ou cautelar, ou ainda da própria sentença de mérito, em um processo, é mais fácil e mais rápido do que o de milhares de decisões ou sentenças em processos distintos e em juízos diversos. O número de ofícios e de atos a serem praticamente para o cumprimento de uma decisão ou de uma sentença é consideravelmente menor do que os atos necessários ao cumprimento de milhares de decisões ou sentenças.

Não obstante, é importante registrar que essa observação diz respeito aos casos em que após a expedição dos atos de comunicação da decisão ou da sentença ocorre o normal cumprimento da ordem judicial. Havendo resistência por parte do réu, a fase recursal será inaugurada, com todos os seus consectários.

Há também um detalhe importante na ACP que veicule direitos individuais homogêneos. É que esta lide se divide em duas partes. Há a fase de conhecimento e a fase executiva. Em geral, na primeira fase, se o pedido for julgado procedente, fixa-se a responsabilidade genérica do réu, cabendo aos titulares dos direitos individuais a liquidação do *quantum debeatur*²⁴¹. A segunda fase, a executiva, poderá ser inaugurada

241 Há quem defenda que se o juiz tiver condições probatórias suficientes, deve fixar o conteúdo mínimo das indenizações individuais, garantindo alguma liquidez à sentença: “No entanto, mesmo no sistema atual entendemos que, se possível o conteúdo probatório contido nos autos permitir, deve o juiz, tendo em vista a máxima efetividade, fixar indenizações individuais líquidas, sem prejuízo da responsabilidade do condenado pelo total dos danos causados.”

“Aliás, a sentença coletiva líquida para os danos individuais, além de um benefício ao indivíduo prejudicado, representa um estímulo ao seu cumprimento espontâneo pelo devedor, livrando-o dos ônus de mora, como os juros e a correção monetária.” (RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. *O processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 288).

por algum substituto processual, mas também poderá ser realizada individualmente pelos respectivos titulares.

É na fase executiva que a tramitação desta ACP pode perder velocidade, em razão da necessidade de apresentação de minuciosa documentação dos titulares dos direitos individuais, para que se seja aferido o cumprimento da sentença. O magistrado presidente do feito também precisará de razoável prazo para verificar a resposta do réu e a documentação que a acompanha, de sorte a aquilatar o efetivo cumprimento da ordem judicial. De todo modo, acredita-se que esse tempo não é superior à soma do tempo gasto nas execuções individuais com o mesmo desiderato.

O próprio sistema processual favorece a utilização da ACP para a defesa de direitos individuais homogêneos. O art. 46, parágrafo único, do CPC determina ao juiz que reduza o número de litisconsortes, na hipótese de litisconsórcio multitudinário.

A ACP, portanto, que objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos, em nosso sentir, é um instrumento processual importantíssimo para assegurar economia, efetividade e celeridade processuais, encontrando amplo respaldo legal.

Além disso, o julgamento desta ação evita a existência de decisões judiciais divergentes a respeito a de idênticas situações²⁴². A independência funcional é uma das garantias reservadas à magistratura, que permite a cada magistrado decidir a causa com inteira liberdade, desde que de maneira fundamentada.

Essa garantia é extremamente importante para o bom funcionamento do Poder Judiciário, de sorte que a magistratura seja exercida sem pressões políticas ou indevidas interferências. No entanto, a independência funcional também propicia a existência de julgamentos díspares em causas sobre o mesmo tema, porque cada magistrado tem liberdade para proferir o seu julgamento. Tal sistemática conspira contra a segurança jurídica.

As decisões proferidas pelos membros do Poder Judiciário devem ser previsíveis²⁴³ e harmônicas entre si. A permitir-se o julgamento em separado das ações individuais que persigam o reconhecimento de direitos individuais homogêneos, haverá a possibilidade de sentenças díspares, que envolvam as mesmas questões. Assim, um juiz poderá entender que a consumidora que pensou ter adquirido um anticoncepcional,

242 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. p. 51.

243 Jorge Amaury Maia Nunes tem faz excelente abordagem a segurança jurídica: “Ora, a segurança jurídica tem pertinência (a) com a qualidade da coisa julgada que deu ou deixou de dar ao jurisdicionado certo bem da vida e (b) com o fato de que os fundamentos legais dessa solução devem ser os mesmo aplicáveis a outra solução, desde que se trate de *factum simile*” (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. p. 98).

mas que, em verdade, por um defeito de fábrica, comprou um placebo, e por isso teve uma gravidez indesejada, deverá ser indenizada por danos morais²⁴⁴; outro, utilizando uma fundamentação diversa, sem acatar a inversão do ônus da prova, poderá decidir de maneira contrária²⁴⁵. Casos como esses geram perplexidade na população e conspiram

244 CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ANTICONCEPCIONAL MICROVLAR. PLACEBOS UTILIZADOS POR CONSUMIDORAS. ANÁLISE DO MATERIAL PROBATÓRIO QUE APONTA PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE. CORRETA VALORAÇÃO DA PROVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DESNECESSIDADE.

1. Acontecimento que se notabilizou como o 'caso das pílulas de farinha': cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada.

2. A alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras não é suficiente para afastar o dever de indenizar do laboratório. O panorama fático evidencia que essa demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo.

3. Além de outros elementos importantes de convicção, dos autos consta prova de que a consumidora fazia uso do anticoncepcional, muito embora não se tenha juntado uma das cartelas de produto defeituoso. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível.

4. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país.

5. Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor.

6. A conclusão quanto à presença dos requisitos indispensáveis à caracterização do dever de indenizar não exige a inversão do ônus da prova. Decorre apenas da contraposição dos dados existentes nos autos, especificamente sob a ótica da proteção ao consumidor e levando em consideração, sobretudo, a existência de elementos cuja prova se mostra impossível - ou ao menos inexigível - para ambas as partes.

7. Recurso especial a que se nega provimento (Processo REsp 1120746 / SC, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 17/02/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 24/02/2011).

245 CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. ANTICONCEPCIONAL SEM PRINCÍPIO ATIVO. PLACEBO. GRAVIDEZ NÃO PROGRAMADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356 DO STF). COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA. PRECEDENTE.

I. A discussão acerca do momento da aplicação do instituto da inversão do ônus da prova não foi objeto de manifestação específica pelo tribunal de origem, pelo que restou ausente o prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF).

II. Consoante jurisprudência desta Corte Superior "ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar -, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido" (REsp 720930/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 09/11/2009).

contra a harmonia do ordenamento jurídico.

Não por acaso encontra-se em andamento um amplo processo de reformas institucionais, a fim de que haja uniformização das decisões judiciais proferidas pelos órgãos de primeira e segunda instância do país, com os julgamentos proferidos pelas cortes superiores, quanto aos mesmos temas. Cuida-se de um alinhamento vertical de orientação jurisprudencial, a fim de garantir a isonomia aos jurisdicionais, assim como assegurar a previsibilidade e, por conseguinte, a segurança jurídica. É o que se verifica nos novos institutos em vigor na seara processual, como a súmula vinculante (art. 103-A da CRFB) e a repercussão geral (§3º do art. 102 da CF, introduzido pela Emenda Constituição nº 45/2004), que se acrescentam à tendência de objetivação do controle difuso de constitucionalidade e à já consolidada vinculação dos órgãos judiciais *a quo* aos precedentes do controle concentrado de constitucionalidade (§2º do art. 102 da CF).

12.5 ACP no Juizado Especial

Com essa preocupação de promover a economia processual e a uniformidade das decisões judiciais, relativamente aos direitos individuais homogêneos, existem doutrinadores que defendem a possibilidade de tutela de direitos individuais homogêneos em matéria de ACP proposta perante o Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/1995)²⁴⁶.

III. Indemonstrado o nexo de causalidade, com a comprovação da utilização de pílulas oriundas dos lotes de placebo indevidamente enviados ao mercado, incabível a indenização.

IV. Recurso especial conhecido e provido para se restabelecer o acórdão que julgou improcedente o pedido inicial (Processo REsp 844969 / MG Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 19/10/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 11/11/2010).

246 É substancial a contribuição de José Marcelo Menezes Vigliar a respeito do tema: “Não houve, é o que se percebe na atualidade, a existência de um motivo (em 1995) realmente convincente para, *a priori*, sem outras considerações essenciais, retirar as ações coletivas do âmbito da competência desses Juizados Especiais Cíveis. Ao contrário: a prática desses juizados revelou, com casos paradigmáticos (envolvendo simples interpretação de cláusulas contratuais de planos de saúde; legalidade de cobrança de assinatura, realizadas pelas empresas que operam a telefonia no Brasil etc.), que a repetitividade de ações individuais naqueles juizados sempre ocorreu, para não dizer que é uma constante. Repetitivas e voltadas apenas à interpretação do ordenamento jurídico, considerando que, não raro, se voltavam à solução de 'crises de incerteza'.”

“Demais, imaginar que todas as demandas coletivas sempre venham a clamar por um alto grau de complexidade, exigindo dilações probatórias e incidentes próprios e cabíveis no procedimento comum ordinário, constitui um ingênuo equívoco ou um fundamento que não é jurídico” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Interesses individuais homogêneos nos Juizados Especiais Cíveis: a necessária ampliação da competência. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 447).

Várias são as causas que envolvem direitos individuais homogêneos que não necessitam de extensa dilação probatória. Em outras tantas, a produção da prova não apresenta complexidade. É o que se verifica nas ações por danos morais propostas por inúmeras pessoas em razão de indevida inserção dos respectivos nomes em cadastros restritivos de crédito; ou na indevida emissão de cartão de crédito, com cobranças ilegais de tarifas por parte de instituições financeiras etc. Nessas causas, portanto, dada a simplicidade da questão a ser revolvada, muitas vezes envolvendo apenas matéria de direito, é possível a utilização do rito do Juizado Especial.

A necessidade de um rito mais complexo varia de acordo com a necessidade de dilação probatória e com a profundidade da cognição. Trata-se do princípio da adaptabilidade do processo às exigências da causa²⁴⁷. É o que se verifica na ACP que em que se pleiteia a recomposição do meio ambiente; na ACP que veicule pedido de implementação de determinada política pública (fornecimento de medicamentos em postos de saúde) etc.

Nestas ações, ao contrário daquelas citadas no parágrafo anterior, a fase de instrução probatória é indispensável, devendo observar-se, por conseguinte, todo o rito preconizado na LACP, com a realização de audiência de instrução, a produção de prova pericial e outras provas que se fizerem necessárias, conforme disciplina a lei o processo de convencimento do juiz²⁴⁸.

Apresentando-se a matéria a ser julgada como questão exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, se não houver necessidade de prova complexa, é possível transigir com a integralidade do rito, tendo em vista o princípio da instrumentalidade, assim como os princípios da economia processual, da celeridade e da isonomia material. Com efeito, nos casos mais simples, em que a prova é eminentemente documental, é possível o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC) logo após a contestação, se restar infrutífera a tentativa de conciliação. Logo, é possível perceber que a tramitação de uma ACP no Juizado Especial, em matérias de pequena complexidade fática, é perfeitamente possível sob o ponto de vista do rito.

Quanto à competência, também se entende que não há óbice para a admissão da ACP no Juizado Especial. Como já consignado, na primeira fase da ACP que objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos é proferida uma sentença genérica, que fixa

247 CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery, vol. I, Campinas (SP): Bookseller, 1999, p. 300.

248 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova*. Tradução e notas Amilcare Carletti. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, p. 50.

apenas a responsabilidade pelo ilícito, a natureza da prestação devida e a identificação do obrigado. Desse modo, não há necessidade de declinar na petição inicial o valor devido a cada titular, de sorte que não haverá violação à alçada do Juizado Especial Cível (40 s.m). O valor de alçada será aferido apenas na fase de execução, individualmente, posteriormente à decisão de liquidação do *quantum debeatur*.

Com relação à legitimidade, a proposta da doutrina é a de que haja a conversão de uma das ações individuais em coletiva, mediante decisão fundamentada do juiz, determinando a reunião dos feitos que tramitam em separado²⁴⁹. Ato contínuo, franquear-se-ia aos demais autores das ações individuais o direito de autoexcluir-se da ACP, mediante comunicação ao juízo (*opt out*), a fim de que sua ação tramite em separado. A apreciação, com mais profundidade, do tema da legitimidade ativa, será feita no terceiro capítulo, ocasião em que será exposta nossa opinião sobre essa proposta da doutrina.

13 Uso indistinto da ACP para a tutela de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos

Impõe-se registrar, por oportuno, que ainda vigora na doutrina discussão sobre a possibilidade de utilização indistinta da ACP para a tutela de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Há os que sustentam a existência de dois subsistemas no processo coletivo: um destinado a tutelar os direitos coletivos²⁵⁰ e outro voltado para a proteção dos direitos

249 A propósito, José Marcelo Menezes Vigliar sugere o seguinte procedimento: “Desde que se conclua pela presença de legitimidade para a dedução da pretensão coletiva pelos próprios interessados, cada um desses mesmos interessados poderia realizar, sem quaisquer ônus extras, a defesa coletiva, após a conversão da demanda (de individual em coletiva) sugerida. Defender os seus interesses (desde que se esteja, de fato, no caso concretamente analisado, a considerar a categoria dos ‘interesses individuais homogêneos’, com todos os seus elementos identificadores) significa, na realidade, defender todos os interesses oriundos daquela mesma origem (comum), que foram igualmente lesados ou ameaçados de lesão. Perfeitamente indicada, assim, a conversão da tutela individual (na realidade, aparentemente individual) em coletiva.”

“Nesse sentido, agiria o autor como se estivesse a defender unicamente os seus interesses. Aos demais lesados, obviamente, abrir-se-ia a possibilidade de realização do *opt out*. Pretendendo realizar a defesa individual de seus próprios interesses, haveria a manifestação dessa vontade, cabendo ao juiz verificar se, efetivamente, aspectos individuais, daqueles que optaram pela tutela individual, ou seja, realizaram o *opt out*, superariam os aspectos coletivos” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos nos Juizados Especiais Cíveis*: a necessária ampliação da competência, 2010, p. 446).

250 João Batista de Almeida, malgrado sustentar a necessidade dos dois subsistemas, reconhece que a jurisprudência não lhe acompanha: “Tenho sustentado que a via própria para o pleito de direitos individuais homogêneos é a ação civil coletiva, disciplinada nos arts. 91 a 100 do CDC, reservando-se

subjetivos individuais²⁵¹. Outros, no entanto, sustentam que é despicienda essa divisão, tendo em vista que o CDC e a LACP são normas complementares, integrantes do sistema processual coletivo.

Em nosso entender, é possível a utilização da ACP para a defesa de todas as espécies de direito metaindividuais. O entendimento de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, também nosso, é de que a tutela de direitos individuais homogêneos no âmbito da ACP representa economia processual, bem como evita a formação de julgamento díspares em relação a demandas com a mesma causa de pedir.

De fato, essa sistemática evita a proliferação de milhares de demandas individuais com o mesmo conteúdo, permitindo que o Judiciário resolva o conflito de modo uniforme e mais célere e com custo substancialmente menor para as partes. Além disso, a solução do conflito no âmbito de uma só demanda colabora para a redução do acervo processual²⁵², resgatando a credibilidade do Poder Judiciário.

O tratamento molecular de causas repetitivas é uma das melhores ferramentas contra a crise quantitativa do Poder Judiciário. Afora todas as razões, a tutela de direitos individuais homogêneos no âmbito da ACP também favorece o acesso ao Poder Judiciário das camadas mais pobres da população, além de favorecer a análise das pretensões relativas a ínfimo valor. Se não fosse a utilização desse meio processual, dificilmente os titulares dessas pretensões teriam estímulo para demandar em Juízo.

O rito da ACP não é incompatível²⁵³ com o disposto no art. art. 94 do CDC²⁵⁴. É

a ação civil pública para os interesses difusos e coletivos. Mas a jurisprudência vem entendendo que tais direitos, quando socialmente relevantes, merecem tratamento coletivo e podem ser pleiteado em sede ação civil pública” (ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. Prefácio à 1. edição J. P. Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38). Não consta da bibliografia final.

251 Teori Albino Zavascki defende a existência dos dois subsistemas: “Na verdade, ressalvadas as aplicações subsidiárias admitidas por lei ou impostas pelo princípio da analogia, pode-se identificar, em nosso sistema processual, um subsistema que delinea claramente os modos e os instrumentos de tutela dos direitos coletivos (que são as ações civis públicas e a ação popular) e os modos e os instrumentos para tutela coletivamente os direitos subjetivos individuais (que são as ações civis coletivas, nelas incluído o mandado de segurança coletivo).” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 49).

252 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p. 220-221.

253 Adriano Perácio de Paula assevera o seguinte a respeito da controvérsia: “Tal distinção somente se presta a impor embaraços à defesa coletiva do consumidor em juízo, como estamos a assistir nos tribunais. Muitas vezes se entende que não assistiria legitimidade de agir a um substituto processual – o Ministério Público, por exemplo, em alguns casos – para se promover à tutela dos interesses individuais homogêneos, isso porque pertinente seria a defesa tão somente dos interesses difusos e dos direitos coletivos, a despeito daquilo que dispõe expressamente o art. 91, a permitir o uso da ação civil pública para a tutela coletiva e também para a defesa em *nome próprio*.”

“Mas não pode haver tergiversações neste ponto, porque a ação civil pública – de maneira indistinta – se presta a tutela tanto dos interesses difusos, direitos coletivos ou interesses individuais homogêneos,

que o CDC, ao contrário do possa parecer, não impõe diferença de rito quando se tutela direito individual homogêneo. Há apenas um pequeno requisito a ser atendido, mas que não interfere na configuração do rito.

Deveras, o art. 94 do CDC determina que se publique um edital, logo após proposta a ACP, para que interessados se habilitem à causa na qualidade de litisconsortes. Entende-se que tal dispositivo processual não cria empecilho à tutela do direito individual homogêneo no âmbito da ACP. Isto porque, na prática, dificilmente algum interessado se habilita como litisconsorte na ACP, especialmente se particular e pessoa física. O alto custo de tal iniciativa é fator inibitório. Por outro lado, se, por algum acaso, vários forem os habilitados à condição de litisconsorte, o art. 46, parágrafo único, do CPC, aplicável ao CDC como norma subsidiária, permite que o juiz reduza o número de litisconsortes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou comprometer o resultado da causa.

14 Sentença genérica

Infere-se dos artigos 91 a 100 do CDC que a ACP destinada à tutela de direitos individuais homogêneos é composta, em geral, de duas fases bem distintas: uma de conhecimento e outra executiva. Muitos afirmam que, excepcionalmente, pode haver casos em que a petição inicial esteja instruída com os elementos necessários à prolação de uma sentença condenatória líquida; no entanto, esta não é a regra. De ordinário, a petição inicial é instruída somente com alguns elementos necessários à identificação do réu e de sua responsabilidade pelo fato.

Com efeito, na primeira fase da ACP o magistrado realizará cognição exauriente apenas em relação a alguns aspectos, porque outros serão objeto de análise por ocasião da liquidação e posteriormente da execução. Assim é que na primeira fase serão objeto de apreciação, somente, por ocasião da sentença (art. 95 da LACP) a responsabilidade pelo cometimento do ilícito (*an debeat*), a natureza da prestação devida (*quid*

não sendo de se conceber qualquer interpretação restritiva. Não importando o objeto da ação, tem-se que a indivisibilidade está no *bem da vida* em questão, e não na causa de pedir, embora na tutela dos interesses individuais homogêneos, a finalidade última da pretensão guarde cunho indenizatório” (PAULA, Adriano Perácio de. *Direito processual do consumo*: do processo civil nas relações de consumo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 282).

254 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.

debeatur) e a identificação do obrigado (*quis debeat*)²⁵⁵.

É que, em geral, mostra-se de extrema dificuldade indicar, já na petição inicial, a exata qualificação dos favorecidos pela tutela processual, assim como a especificação dos danos individualmente experimentados²⁵⁶.

Nesta primeira fase da ACP, em que se exerce atividade cognitiva, se o pedido for julgado procedente, a condenação será apenas genérica. Isto é, a sentença disporá sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais²⁵⁷. Como se verifica, é uma sentença com acentuado grau de fluidez. Tanto assim que na visão de Teori Albino Zavascki, a sentença genérica não pode ser considerada de provimento condenatório, tampouco de provimento constitutivo, apenas declaratório²⁵⁸.

Haverá, portanto, necessidade liquidação da sentença (art. 475-A do CPC), que poderá seguir dois ritos: a) a liquidação por arbitramento (art. 475-C do CPC); e b) a liquidação por artigos (art. 475-E do CPC).

A liquidação é um procedimento complementar à fase de conhecimento, sendo resolvida por uma decisão interlocutória (art. 475-H), contra a qual é possível a interposição de agravo de instrumento.

255 ZAVASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 175.

256 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 427.

257 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 153.

258 Teori Albino Zavascki assim fundamenta a sua percepção na natureza declaratório da sentença genérica: “É equívoco, portanto, afirmar que a sentença condenatória, ou outra sentença qualquer, é *constitutiva* da sanção ou do estado de sujeição aos atos de execução forçada. Não é esta, conseqüentemente, a justificação para a força executiva dessa espécie de sentença. Sua executividade decorre, isso sim, da circunstância de se tratar de sentença que traz identificação *completa* de uma norma jurídica individualizada, que, por sua vez, tem em si, conforme se viu, a força de autorizar a pretensão à tutela jurisdicional. Se há 'identificação completa' da norma individualizada é porque a fase cognitiva está integralmente atendida, de modo que a tutela jurisdicional autorizada para a situação é executiva.”

“Qualquer que seja a linha doutrinária que se adota, não há como ver preenchidos, na sentença genérica proferida em ação civil coletiva, os requisitos configuradores de uma típica sentença condenatória. Ela, por si só, não é título executivo, não declara nem constitui sanção pelo descumprimento da norma nem desencadeia as forças coativas da execução forçada.”

“Com mais razão há que afastar a hipótese de se tratar de sentença constitutiva. A constitutividade (= a constituição, a desconstituição ou a modificação de relação jurídica) é incompatível com sentenças genéricas, ainda mais quando dessa generalidade está excluído qualquer juízo sobre a identidade do titular do direito e a especificidade das relações jurídicas concretamente estabelecidas. Seria absurdo imaginar sentença com força constitutiva ou desconstitutiva das relações jurídicas nem sequer enunciadas especificamente nas demandas e das quais não se conhece o conteúdo particular nem mesmo o nome de um dos seus figurantes.”

“Assim, adotando-se a classificação doutrinária tripartida (sentenças condenatórias, constitutivas e declaratórias), a alternativa restante, por exclusão, é a de considerar como de natureza declaratória a sentença genérica da ação coletiva. Milita em favor desse entendimento, sobretudo, a circunstância de se tratar de sentença restrita ao reconhecimento da responsabilidade do demandado, o que deixa evidente a supremacia da sua força declarativa em relação à de condenação.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 156-157).

A decisão que resolve a liquidação não pode alterar o sentido do julgado proferido na fase de conhecimento. Pode apenas aperfeiçoar o julgado, em razão do disposto nos artigos 463, I, e 468 do CPC, integrando-o com os elementos relativos à identificação do credor (*cui debeat*) e à quantidade da prestação devida (*quantum debeat*).

Na segunda fase (executiva), a execução poderá ser iniciada individualmente, oportunidade em que deverá ser demonstrado o *quantum debeat* e a prova de que o exequente integra o grupo beneficiado pela sentença exequenda²⁵⁹.

A execução do julgado proferido na ACP também poderá ser capitaneada por algum legitimado extraordinário, como um sindicato ou associação, em virtude da legitimidade extraordinária concorrente²⁶⁰ (art. 100, *caput*, da Lei nº 8.78/1990). Essa possibilidade de substituição processual na execução da sentença que resolva ACP será analisada com mais vagar e profundidade no terceiro capítulo.

15. Juridicização dos interesses e direitos metaindividuais

O processo coletivo reclama do seu operador nova atitude em relação a categorias jurídicas sedimentadas²⁶¹. Isto porque o padrão clássico de subsunção do fato à norma previamente editada não resolve em muitos casos os conflitos que envolvem interesses metaindividuais.

É que vários desses interesses ainda não passaram pelo crivo do Poder Legislativo. Não obstante, gozam, em geral, de extrema relevância na sociedade, bem assim no meio científico.

Assim, caberá ao magistrado o importante papel de juridicização desses interesses, a partir da Constituição e eventualmente com apoio na legislação infraconstitucional²⁶², mediante o uso de analogia ou interpretação extensiva, se ao caso

259 DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de processo coletivo. - São Paulo: Atlas, 2010, p. 51.

260 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 394.

261 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 32.

262 Kazuo Watanabe é árduo defensor dessa competência em favor do Poder Judiciário, se relativa a direitos fundamentais sociais atinentes ao mínimo existencial, assim como no que tange aos direitos

puderem ser aplicados conceitos jurídicos indeterminados²⁶³. Há, ainda, a possibilidade de utilização, para essa finalidade, dos princípios gerais de direito e dos princípios constitucionais²⁶⁴, normas de conteúdo jurídico indeterminado, de extrema utilidade na juridicização de novos interesses.

Esse papel criativo decorre do disposto no art. 4º da LICC e no inciso XXXV do art. 5º da CF, que colocam o juiz no centro do ordenamento jurídico, à medida que cabe a ele manifestar-se em todas as causas. Não há, no Brasil, o contencioso administrativo, tampouco limitações de acesso ao Poder Judiciário. No âmbito do controle de constitucionalidade, esse papel ganha maior realce²⁶⁵.

fundamentais sociais previstos em normas constitucionais de densidade suficiente: “A tese da justificabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, sem a prévia ponderação do Legislativo e do Executivo, limitada ao *mínimo existencial*, pode parecer, à primeira vista, muito restritiva. Não o será, porém, se se adotar, na conformidade da posição acima explicitada, o entendimento prestigiado pela jurisprudência da Suprema Corte e do STJ, de que em relação ao *mínimo existencial* não é invocável pelo Estado a cláusula da *reserva do possível*. O *mínimo existencial* diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância. Para a implementação de todos esses direitos, ainda que limitada à efetivação do *mínimo existencial*, são necessárias prestações positivas que exigem recursos públicos bastante consideráveis. (...)”

10. Além do mínimo existencial, há outros direitos fundamentais sociais que, apesar de sua relevância, não são dotados do mesmo grau de essencialidade para a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns desses direitos, porém, estão definidos em normas constitucionais com *densidade suficiente* para poderem ser havidas como explicitadoras de política pública de implementação obrigatória pelos órgãos do Estado, independentemente de prévia ponderação complementar, seja do Legislativo, seja do Executivo. Ao descumprimento deles, em consequência, será perfeitamente cabível a postulação de tutela jurisdicional (um bom exemplo de norma dessa espécie é a inscrita no art. 230, §2º, da CF/1988, que assegura aos maiores de 65 anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos; também podem ser mencionados alguns direitos dos trabalhadores urbanos e rurais enumerados no art. 7º da CF/1988 (excluindo-se evidentemente, aqueles que, essenciais à dignidade humana dos trabalhadores, integram o conceito de mínimo existencial).” (WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – *Mínimo existencial* e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. Revista de processo, ano 36, vol. 193, mar./2011, Editora Revista dos Tribunais, p. 19 e p. 20-21).

263 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 68.

264 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

265 Essa atividade foi bem percebida por Inocêncio Mártires Coelho: “No campo da experiência judicial – onde a criatividade do intérprete encontra soluções muito mais rápidas para os conflitos de interesses do que as respostas formuladas pelo legislador -, nesse terreno as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de *novas leituras* dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos.”

“São os modelos jurisdicionais ou modelos *autônomos* – como os denomina Miguel Reale – porque o aplicador do direito tem competência para criá-los correlacionando dois princípios jurídicos fundamentais: o de que o juiz não pode se eximir de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei; e o de que, na omissão da lei, deve proceder como se fora legislador.”

“No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, a rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve quase que exclusivamente em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, como o são as

Na percepção de Vicente de Paula Maciel Júnior, um interesse metaindividual que é objeto de dissenso entre os seus titulares, só poderá transformar-se em direito no âmbito de um processo judicial de validação²⁶⁶.

A finalidade última da jurisdição, que é a de garantir o acesso à ordem jurídica justa, deve ser um importante vetor para o magistrado que preside um processo em que se veicule tutela coletiva. Por isso, ele deve uma resposta satisfatória a todas as pretensões que lhe são apresentadas, mesmo que não tenham sido batizadas previamente pela lei como direitos²⁶⁷.

O reconhecimento de novos interesses e direitos difusos se tornou uma realidade no judiciário brasileiro. Em razão de sua configuração fluida, mercê de seu conceito jurídico indeterminado (art. 81, parágrafo único, I, do CDC), é possível o reconhecimento dos novos interesses da sociedade. A esse título, podem ser citados inúmeros exemplos, como o reconhecimento dos direitos difusos da família²⁶⁸ e da criança e do adolescente²⁶⁹; o reconhecimento do dano moral coletivo, por alguns

normas que integram a parte *dogmática* das constituições.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 57-58).

266 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 39.

267 Ricardo de Barros Leonel tem uma boa percepção desse fenômeno: “Cumprido ao estudioso do processo, para conferir efetividade à sua ciência, modificar os termos em que a operação lógica foi tradicionalmente concebida, pois, tomando à ideia clássica decorrente do imanentismo, o direito reconhecia 'direitos' para só posteriormente conferir-lhes tutela. Necessário seria, de forma inversa, compreender que o direito deve reconhecer a possibilidade de tutela a situações da vida que devam merecer sua atenção, dentro das exigências do contexto social, e independentemente da delimitação em trilhos rígidos e em modalidades pré-concebidas, que são insuficientes para fazer frente à dinâmica da existência humana e social. Pouco importa o nome que se dê ao remédio, mas sim o efeito que ele venha a produzir, servindo ao seu fim de curar os males para os quais foi criado” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 81).

268 “Outrossim, deixando a família de ser compreendido como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão sócio-afetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entre-ajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 6).

269 “Finalmente, a Lei nº 8.069/90, no art. 208, trata da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, relativos à ofensa dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referente ao não-oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório; de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; de ensino noturno regular adequado às condições do educando; de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental; de serviço de assistência social visando a proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem; de acesso às ações e serviços de saúde; de escolarização e profissionalização de adolescentes privados de liberdade” (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195).

tribunais, a exemplo do TRT-12^a Região²⁷⁰, do TRT-8^{aa} Região²⁷¹, do TJDFT²⁷² e, mais recentemente, o próprio STJ²⁷³²⁷⁴ e, ainda, do dano moral coletivo por violação dos direitos da criança e do adolescente²⁷⁵, cuja defesa ganha apoio de doutrinadores de escol²⁷⁶, assim como os direitos coletivos relativos à família²⁷⁷, cujo segmento tem experimentado uma surpreendente evolução nos últimos anos²⁷⁸.

270 BRASIL. TRT-12^a Região. RO n° 931/98-SC.

271 BRASIL. TRT-8^a Região RO 5.309/2002-PA.

272 AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. PROPAGANDA ILÍCITA. INDENIZAÇÃO.

I – O Ministério Público tem legitimidade e interesse processual para ajuizar ação civil pública na qual postula indenização por dano moral coletivo em face da exibição de propaganda pela mídia televisiva.

II - A apelante é parte legítima para compor o pólo passivo, pois pertence ao mesmo grupo empresarial e sucedeu a empresa que emitiu a nota fiscal relativa à propaganda.

III - A petição inicial é apta, pois o inquérito civil não é documento obrigatório para instruí-la e a causa de pedir está devidamente declinada.

IV - A inversão do ônus da prova foi impugnada por meio do recurso próprio e julgado, portanto operada a preclusão.

V - Inexiste violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, se o fato que se pretendia provar é irrelevante para a resolução do mérito, a teor do disposto no art. 130 do CPC.

VI - A condenação em valor pecuniário a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos observou, estritamente, os limites da demanda proposta, portanto não há julgamento extra petita, tampouco violação ao art. 460 do CPC.

VII - Constatada a ilicitude da propaganda, impõe-se às rés a responsabilidade solidária de indenizar os danos morais coletivos dela decorrentes.

VIII - A condenação à veiculação da contrapropaganda improcede, tendo em vista o tempo decorrido e o advento da Lei 10.167/00. Nessa parte, providas as apelações.

IX - O dano moral coletivo ocorre quando a violação a direito metaindividual causa lesão extrapatrimonial, como a que decorre da propaganda ilícita, que lesiona a sociedade em seus valores coletivos.

X - A valoração da compensação à lesão coletiva deve observar as finalidades punitiva e preventiva, consideradas a repercussão lesiva da propaganda, o grau de culpa na sua produção e veiculação e os malefícios causados à população. Valor reduzido.

XI - Agravos retidos improvidos. Preliminares rejeitadas. Apelações parcialmente providas. Unânime.(Acórdão n. 270851, 20040111020280APC, Relator VERA ANDRIGHI, 4^a Turma Cível, julgado em 14/03/2007, DJ 10/05/2007 p. 125).

273 BRASIL. STJ. RESP 636.021.

274 “Assim, pode-se afirmar que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção de fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial” (CAHALI, Youssef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 388).

275 SILVA, Tânia Pereira da. *Direito da criança e do adolescente* – Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Renovar, p. 192.

276 SILVA, Tânia Pereira da. *Direito da criança e do adolescente* – Uma proposta interdisciplinar, p. 204.

277 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

278 “Fator relevante para a sobrevivência da família, entre nós, tem sido a capacidade do constituinte e do legislador ordinário de se revelarem sensíveis e receptivos às novas exigências e realidades sociais, assim normatizando conceitos inovadores que, de certo modo, alteram os padrões

15.1 Da existência do ato ou fato jurídico

Conceituadas, portanto, as espécies de direitos metaindividuais, analisadas suas características, assim como o seu tratamento processual coletivo, é mister, neste momento, o estudo particularizado da sua juridicização, a fim de que, no próximos capítulos possam ser estudados os pressupostos processuais e as condições da ACP, especialmente a legitimidade para a causa.

A distinção dos planos da existência, validade e eficácia é fundamental para a correta definição do tipo de provimento jurisdicional invocado (tutela constituição, declaratória ou condenatória), assim como de seus efeitos²⁷⁹.

A existência do fato jurídico depende do preenchimento de requisitos mínimos. Embora o Código Civil não veicule norma expressa a esse respeito²⁸⁰, cuidou bem a

tradicionais do direito de família. Assim é que se admite a '*união estável* entre o homem e a mulher como *entidade familiar*', conceito que se estende à '*comunidade* formada por qualquer dos pais e seus descendentes' (CF, art. 226, §§ 2º e 3º). Secundando o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), após assegurar que 'toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em *família substituta*' (art. 19), denominada *família natural* a '*comunidade* formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes' (art. 25)(g.n.). Importante salientar que, para a proteção judicial dos interesses difusos e coletivos previstos nesse Estatuto, legitimam-se em modo concorrente-disjuntivo, o Ministério Público, os entes políticos e as associações (art. 210 e incisos)." (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 67).

279 Vale destacar, a propósito, a advertência de Donaldo Armelin: "É necessário escandir bem as esferas da validade, da eficácia e da existência, tão bem trabalhadas por Pontes de Miranda, para que se faça uma distinção precisa a esse respeito, até porque, no plano processual, isso se torna fundamental. Deveras, a existência ou inexistência permitem a admissibilidade de um tipo de ação, que é a ação declaratória, para o seu questionamento, enquanto os pressupostos de validade, se ausentes, autorizam apenas uma ação constitutiva, consoante posicionamento doutrinário majoritário. As consequências práticas que disse defluem são consideráveis. Mas o plano da eficácia ainda não apresenta uma definição concreta e incontroversa a respeito das suas repercussões na adequação da ação judicial direcionada ao reconhecimento da sua inexistência, embora a ausência de legitimidade *ad causam* seja reconhecida no plano processual como fator de declaração de inadmissibilidade da pretensão de tutela jurisdicional."

"É perfeitamente admissível o reconhecimento da possibilidade das esferas da existência, validade e eficácia não coincidirem. Entretanto, a existência é pressuposto inarredável da eficácia ou da validade. Mas há atos existentes válidos mas ineficazes e atos que são eficazes embora inválidos. O ato tarjado de fraude de execução é um caso concreto de ato válido, mas ineficaz a demonstrar essa possibilidade de coincidência de tais esferas." (ARMELIN, Donaldo. *Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política*. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 115).

280 DUARTE, Nestor. Comentário ao art. 104 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência: lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o código civil de*

doutrina de dissecar o assunto, trazendo à tona os elementos necessários à existência do fato jurídico. Os mais apontados pela doutrina são os seguintes: agente, objeto, vínculo ou manifestação de vontade, e, em relação ao negócio, costumam ser citados os seguintes: sujeito de direito²⁸¹, declaração de vontade, a finalidade negocial e a idoneidade do objeto²⁸². Diz-se que o seu conceito está na base do sistema dos fatos jurídicos²⁸³. Com efeito, a partir dos requisitos listados no CC para a validade do negócio jurídico, é possível construir os requisitos mínimos para a existência do fato jurídico. De fato, se há necessidade de agente capaz para a validade do negócio jurídico, é porque para a sua existência deve haver um agente.

Além disso, a validade do fato jurídico requer objeto lícito. Por conseguinte, a sua existência pressupõe ao menos a existência de um objeto. Como se verifica, o plano da existência é um antecedente lógico do plano da validade, com requisitos mais simples, sem se perquirir a sua qualificação. Para o reconhecimento da existência do ato ou fato jurídico, não importa a sua licitude ou ilicitude.

Se o fato jurídico não apresentar os requisitos mínimos acima mencionados, os chamados elementos estruturais, ele não chega a ingressar no mundo jurídico, sendo o mesmo que nada. A propósito, cite-se a realização de um júri simulado, a sentença assinada por um estudante de direito. No ponto, acentua Bernardo Pimentel que o ato é inexistente, porque não produz efeitos jurídicos, não precisando ser atacado judicialmente.

Com o devido respeito ao ilustre professor, há de se entender que, em determinadas situações, pode ser necessária a manifestação judicial, a depender da aparência do ato. É o que ocorre em algumas questões tributárias (declaração de inexistência de relação jurídica com o fisco, declaração de inexistência de débito), bem como processuais (art. 47, parágrafo único, do CPC) ou de família (declaração de inexistência de união estável). Essa declaração de inexistência por sentença judicial terá efeito *ex tunc*, por isso que seus efeitos retroagem à prática do fato.

Foi visto acima o processo de juridicização do fato. Mas é preciso saber do processo que dá ensejo à norma que sustenta a juridicização do fato. Sim, porque a análise da existência, da validade e da eficácia do fato jurídico é realizada com

1916. 2.ed. rev. atual. Barueri, SP: Manole, 2008.

281 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*.— 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1, p. 326.

282 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. 10. ed. vol. 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 350.

283 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*, p. 349.

fundamento em uma norma. Quem produz essa norma e o seu processo de formação presta informações imprescindíveis à compreensão do fenômeno jurídico no Brasil.

De há muito, no Brasil, essa atividade é realizada, primordialmente, pelo Poder Legislativo, nas diversas esferas: federal, estadual e municipal. O Poder Legislativo funciona, portanto, como uma caixa de ressonância da sociedade, de modo que aos seus representantes caberá a proposição e a análise de projetos de lei que veiculem a regulação dos fatos considerados relevantes pela sociedade. Milhares são os exemplos dessa assertiva, como se verifica na apresentação, discussão e aprovação do projeto de lei, posteriormente sancionado, que tratava da defesa do consumidor: o CDC. Tal decorreu da verificação de que o incremento do comércio e das vendas no Brasil, diante do fenômeno da massificação e da globalização, também ensejou lesões em massa. Porém, a legislação então vigente era inadequada para o trato dessas questões.

Com efeito, a legislação então utilizada para a solução das lides que envolviam consumidores não regulava a inversão do ônus da prova, não determinava a aplicação do princípio da igualdade material - até porque não permitia o tratamento desigual das partes, nada obstante a hipossuficiência econômica e técnica do consumidor em relação ao fornecedor - e não previa a responsabilidade objetiva do fornecedor. Foi necessária a ação do legislativo, para que o fato relação consumidor X fornecedor recebesse o tratamento legal adequado, diante da sua relevância no meio social.

Outro exemplo paradigmático da juridicização de fato considerado relevante pela sociedade é encontrado na aprovação da chamada “Lei da Ficha Limpa”. Em virtude do clamor da sociedade pela moralização no recrutamento de candidatos para as eleições, o legislador aprovou a referida lei, que foi fruto de um projeto de iniciativa popular.

Isto acontece no direito ambiental²⁸⁴, bem assim em relação à tutela dos consumidores, à implementação de políticas públicas e outras área socialmente relevantes²⁸⁵.

284 A propósito do tema, vale conferir a lição de Paulo de Bessa Antunes: “Em muitas oportunidades, os Tribunais têm servido de obstáculo às tentativas dos governos e das grandes empresas na implantação de projetos industriais sem as devidas cautelas para com o meio ambiente. Não raras vezes, as decisões judiciais antecipam-se às regras jurídicas legisladas e asseguram proteção legal ao meio ambiente. Este é um processo que se tem revelado semelhante em diversos países do mundo. De fato, a complexidade da matéria ambiental faz com que a legislação seja uma reposta ineficiente e, quase sempre, tardia e distante das situações de fato. Por tais razões é que se tem visto ampliada a importância do Poder Judiciário nesta área específica do Direito.” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, p. 21-22).

285 Rodolfo de Camargo Mancuso anotou o fenômeno com precisão: “Finalmente, há um caráter ‘fluido’, efêmero, decorrente do fato de que esses interesses exsurgem de situações fáticas variáveis no

É imperioso que o direito se aproxime da realidade, sobretudo em países em desenvolvimento. Isto porque o direito é uma importante ferramenta na engenharia social. O direito, ao tempo em que regula os fatos e os valores já consolidados socialmente, também tem uma função prospectiva, de transformação da realidade²⁸⁶. É que as normas, por veicularem comandos peremptórios, têm o condão de impor mudanças. Isto pode ocorrer, por exemplo, no comportamento da administração pública e nas relações familiares (ex.: guarda compartilhada e Lei Maria da Penha).

Sob a ótica dos direitos metaindividuais, poder-se-á afirmar que a sua existência tem início com a aprovação da lei de regência, após o devido trâmite do processo legislativo (art. 59 a 69 da CF), à semelhança do que se passa com o ato administrativo²⁸⁷. Isto porque os direitos difusos decorrem de um reconhecimento estatal. Não é delegada aos particulares a sua criação e a regulação de direitos difusos.

Essa tarefa, contudo, não é somente atribuição do Poder Legislativo, atualmente. A própria Constituição, em algumas normas, permite ao Judiciário a integração analógica, como já demonstrado. Desse modo, é lícito ao Estado-juiz a tutela de fatos que não constem expressamente do catálogo legal, mas que sejam relevantes, sobretudo, porque a natural evolução da sociedade e a natureza gregária do homem, provocam, recorrentemente, o seu surgimento²⁸⁸.

15.2 Do plano da validade

tempo e no espaço, sem um vínculo jurídico que lhes pudesse conferir maior permanência e estabilidade.”

“Assim, temos interesses difusos disseminados em áreas e temas de largo espectro social tais como ecologia, qualidade de vida, tutela dos consumidores, gestão da coisa pública, direitos humanos, defesa de etnias, de minorias sociais etc.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 109-110).

286 COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. In: *Direito Público*. - v. 1, n. 3(jan./mar. 2004). - Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 8, 2003.

287 Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a existência do ato administrativo, momento em que é considerado perfeito, ocorre quando encerrado o ciclo necessário à sua produção: “O ato administrativo é perfeito quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo está concluído” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 380).

288 Rodolfo de Camargo Mancuso descreve com precisão esse fenômeno: “Dado que o homem é gregário, os interesses individuais tendem, naturalmente, a aproximar-se de outros interesses individuais compatíveis, com vistas à proteção mútua e melhoria das possibilidades de sucesso para os integrantes do mesmo segmento. Quer dizer o processo de formação de interesses coletivos é constante e inevitável. Seria, mesmo, um instinto ou tendência do homem” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 44).

Preenchidos esses requisitos, então o ato ou o fato passará a ser analisado sob o ponto de vista do plano da validade.

Nesse estágio, outros requisitos deverão se fazer presentes, como a capacidade do agente, a licitude do objeto, a determinabilidade do objeto; se for o caso, a forma prescrita em lei também deverá ser observada (art. 104 do Código Civil). Também é imprescindível a manifestação de vontade do agente, nada obstante o silêncio da lei quanto a esse requisito. Caso o fato jurídico não preencha esses requisitos, será declarada a sua nulidade ou anulabilidade. Nessas hipóteses, o fato jurídico não produz os efeitos pretendidos pelos agentes, porque impedidos pela norma.

Ao que parece, esse sistema também é o adotado em vários países da América do Sul, conforme se verifica do Código Civil do Equador²⁸⁹, bem assim do Código Civil da Colômbia, do Peru e da Argentina.

Ainda no plano da validade, é importante destacar que deverá ser aferida a constitucionalidade da norma²⁹⁰.

A sanção de invalidade do fato jurídico comporta gradações, de sorte que será fixada em função do vício mencionado na lei. Isto porque a nulidade ocorre quando há ofensa a interesse público, não estando sujeita, em regra, a convalidação. Qualquer um pode argui-la. Haverá a nulidade do fato jurídico quando for celebrado por pessoa absolutamente incapaz; for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (art. 166 do CC).

Outro importante aspecto é que o negócio jurídico nulo não está sujeito à convalidação (art. 169 do CC), nem o decurso do tempo tem o condão de torná-lo válido. A sentença que o declara tem efeitos *ex tunc*. Por outro lado, a anulabilidade

289 Art. 1461.- Para que una persona se obligue a outra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta em dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

(Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.ec>. Acesso em: 30.01.2013).

290 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

implica ofensa a interesse particular, e somente será declaração se as partes suscitá-la (art. 177 do CC). Se não for arguida a tempo e modo, haverá a convalidação do negócio jurídico, em virtude da decadência ou da prescrição. Há também a possibilidade de ser sanada pelas partes, mediante confirmação (art. 172 do CC). Outra hipótese: autorização de terceiro conferida posteriormente tem aptidão para convalidar o negócio jurídico (art. 176 do CC). Desse modo, o reconhecimento da anulabilidade dependerá de iniciativa das partes. É certo que a sentença que a declara produz efeitos *ex nunc*, porque a sentença tem natureza constitutivo-negativa. É o que ocorre quando o ato foi praticado mediante erro, dolo, coação, estado de perigo, em fraude contra credores ou com o vício congênito da lesão (arts. 138 a 160 do Código Civil).

15.3 Do plano da eficácia

Em uma terceira etapa, o fato jurídico será submetido ao plano da eficácia, para se verificar o momento em que os seus efeitos poderão repercutir no mundo jurídico. Como bem destaca Celso Antônio Bandeira de Melo, a respeito do ato administrativo – que é um ato jurídico praticado pelos representantes do Estado – o ato é eficaz quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios²⁹¹.

A norma, ao incidir sobre o fato, pode provocar efeitos no mundo jurídico de maneira instantânea, ou pode sujeitar a produção desses efeitos ao transcurso de certo lapso temporal ou então à ocorrência de determinada situação. É o que ocorre, por exemplo, com o negócio jurídico que está sujeito a condição suspensiva (art. 121 do CC) ou a termo inicial (art. 131 do CC).

No plano processual, a legitimidade para a prática do ato jurídico é um dos requisitos para a sua eficácia²⁹².

291 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 381.

292 No ponto, confira-se a doutrina de Donald Armelino: “Mas com esse poder de agir eficazmente, a legitimidade é, de certa forma, uma novidade no plano doutrinário e dogmático. Com a autonomia que a reveste, praticamente surgiu há uns 70 ou 80 anos através da investigação científica principalmente dos processualistas, embora estivesse encoberta sob o manto de outros fenômenos. Verifica-se essa realidade quando se examinam os projectos Código Comercial e Código Civil e não se encontra neles nenhuma referência expressa à legitimidade. São muitas as referências às esferas da validade e nulidade e da anulabilidade, mas nenhuma específica já quando da promulgação deste último Código, a respeito de eficácia e não eficácia ou ineficácia de um determinado ato, como sucede

Desse modo, proferida a sentença, sem que contra ela tenha sido interposto recurso, ou, nessa eventualidade, se ao recurso não se tiver atribuído efeito suspensivo, como é a regra, a sentença produzirá todos os seus efeitos.

Ainda quanto ao plano da eficácia processual no âmbito da ACP, é valioso destacar que eventual transferência de imóveis ou bens pelos réus, depois de proposta a ação, sobretudo depois de proferida a sentença, não será eficaz perante as partes do processo, ou seus substituídos. A fraude à execução, embora possa constituir negócio jurídico válido e eficaz perante terceiro, não produz efeitos em relação às partes do processo. Basta um simples despacho do juiz, reconhecendo a fraude à execução, para se afastar a eficácia do negócio jurídico vergastado. Por isso, é de bom alvitre, logo após a propositura de ACP, se a tutela requerida for a condenatória, que se averbe a propositura da lide junto à matrícula de imóveis eventualmente pertencentes aos réus.

No próximo capítulo, serão estudados os sistemas de direito comparado, realizando-se o devido confronto com as regras de direito pátrio, em algumas oportunidades que reputamos mais adequadas. Assim é que se divide a análise em duas partes: uma reservada ao sistema romano-germânico, com o estudo da legislação de alguns países, outra para o sistema anglo-saxão.

com a presença ou ausência da legitimidade. Isso não obstante, na Lei de Falência de 1908, segundo afirma Lopes da Costa, já existisse menção à ineficácia quando se cuidava da então ação revocatória. Isso é importante notar porque a legitimidade prende-se em relação ao ato jurídico como seu pressuposto de eficácia e, como tal, ela se adita a um outro requisito que se impõe para a higidez do ato jurídico, que é o requisito da capacidade, atuante no plano da validade. Não se pode pensar em legitimidade apenas em termos de Direito Processual Civil, vez que encontramos nesse mesmo fenômeno jurídico, ainda que sob diversa denominação, em outras áreas do direito. Assim, por exemplo, a outorga de competência no plano administrativo é uma forma de atribuição de legitimidade, porque quem é competente pode agir eficazmente.”(ARMELIN, Donaldo. Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto. (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 114-115).

CAPÍTULO II – DIREITO COMPARADO

1. Introdução

Como consignado no primeiro capítulo, entende-se que é preciso dotar o juiz do *civil law* de mais poderes na condução do processo e na resolução de lides, para garantir a solução ótima de lides que envolvam os “novos direitos”, quais sejam, os direitos metaindividuais. Destaca-se que essa sistemática vigora de há muito no *common law*. Por isso que nos países integrantes desse sistema os tribunais, de modo concorrente ao Poder Legislativo, criam o direito.

É chegado o momento, portanto, de um estudo comparado da legislação de alguns dos países integrantes dos dois sistemas, no que pertine ao direito processual coletivo. Essa atividade ensejará subsídios adicionais aos que haurimos na doutrina pátria, para uma análise crítica dos pressupostos processuais e das condições da ACP, a ser feita no terceiro, quarto e quinto capítulos desta dissertação.

Antes da análise dos pressupostos processuais e das condições da ACP, à luz do direito pátrio, faz-se necessário perscrutar a legislação estrangeira sobre o tema, porque tal atividade também se constitui em excelente contributo para o desenvolvimento do presente estudo. De fato, alguns países, à semelhança do Brasil, contam com um sistema de processos coletivos, como EUA, Inglaterra, Portugal e Colômbia. Outros apresentam leis setoriais em matéria de processos coletivos, como Itália e França. Algumas dessas disposições legais não encontram paralelo na legislação brasileira e podem servir de excelente norte para o aprimoramento do tratamento dos pressupostos e das condições

da ACP, especialmente a legitimidade ativa.

Desse modo, resolve-se destacar um capítulo desta dissertação com essa finalidade. Para fins didáticos, divide-se este capítulo em duas partes. Uma reservada à análise da legislação de alguns dos países do *commom law*, e outra destinada ao estudo de leis que regem o processo coletivo em alguns países integrantes do *civil law*. Assim, inicialmente, serão analisadas as leis americanas e inglesas a respeito do processo coletivo, e, posteriormente, aquelas que vigoram em Portugal, em Colômbia e na Itália.

Ao fazer essa análise, resolve-se trazer a lume alguns excertos legais, constantes em nota de rodapé, a fim de melhor ilustrar a exposição. Aproveita-se também o ensejo para criticar e comparar essa legislação estrangeira, com a legislação pátria, sopesando as vantagens e desvantagens proporcionadas pela adoção de cada modelo.

2 Histórico remoto da tutela dos interesses metaindividuais

O objeto de estudo do presente capítulo é a configuração do processo coletivo em outros países. Com esse afã, deve-se também estudar a história das respectivas construções jurídicas, a fim de extrair a real essência dos institutos mais importantes.

Muitos autores sustentam que as ações coletivas tiveram origem durante a Idade Média. Outros, que essas ações só surgiram no direito inglês do século XVII, com o *bill of peace*.

No entanto, é interessante notar que em Roma já havia previsão normativa de ações voltadas à tutela de interesses públicos e interesses difusos, embora essas espécies de interesses não fossem conhecidas à época. Era a ação popular (*actio popularis*), cujo desiderato era a proteção dos bens e dos valores mais valiosos da sociedade.²⁹³ O exercício desta ação estava vinculado à condição de cidadão romano (*status civitatis*), e significava a participação popular na gestão da coisa pública.²⁹⁴

Embora a regra no direito romano, quanto à legitimidade, fosse a tutela pessoal de interesses diretos, havia a exceção da ação popular, para a defesa de interesses da

293 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRE NERY, Rosa Maria de. *Ações coletivas no direito processual civil brasileiro: exame de alguns casos julgados pelos tribunais brasileiros*. In: *A ação civil pública após 25 anos*/coordenador Édis Milaré. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 608.

294 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*, p. 168.

coletividade²⁹⁵. Essa exceção encontrava-se prevista no livro Livro 47, TÍTULO XXIII do Digesto de Justiniano. Existem várias disposições interessantíssimas nessa legislação, que, ao que parece, influenciaram, ao longo dos séculos, os juristas de várias nações. A título de ilustração dessa assertiva, registra-se que uma vez julgada a ação popular, não se afigurava possível, posteriormente, a rediscussão da causa (DIGESTO 47.23.3), disposição que se aproxima ao instituto da coisa julgada.

Havia também no Digesto instituto semelhante ao da representatividade adequada, hoje presente no *common law*. Se mais de uma pessoa se habilitasse à propositura de uma ação popular, deveria figurar no polo ativo aquele que aparentasse ser mais idônea (DIGESTO 47.23.2). Ora, a representatividade adequada é um dos institutos mais importantes da *class action* norte-americana e objeto de estudos em vários países. Não obstante, não há registro histórico de que a representatividade adequada do direito norte-americano tenha derivado da regra romana.

Essas ações sofreram solução de continuidade durante a idade média, sendo resgatadas muitos séculos mais tarde nos regimes jurídicos dos países ocidentais.

Tal se deve, em nosso sentir, ao fato de que a utilização das ações populares pressupõe uma possibilidade de livre acesso aos tribunais, assim como uma atividade jurisdicional eficiente, que seja capaz de impor o cumprimento de seus comandos. Essa

295 No ponto, Rodolfo de Camargo Mancuso tece importantes considerações: “A perplexidade, porém, se desvanece quando se considera que, justamente pelo fato de a noção de ‘Estado’ não estar bem definida, o que havia era um *forte vínculo natural* entre o cidadão e a *gens*. Por outras palavras, a falta de um ‘Estado’ bem definido e estruturado, era ‘compensada’ com uma noção atávica e envolvente do que fosse o ‘povo’ e a ‘nação’, irmanados sob símbolo da emblemática loba romana. Ou seja, a relação entre o cidadão e a *res publica* era calcada no sentimento de que esta última ‘pertencia’ em algum modo a cada um dos cidadãos romanos; e só assim se compreende que o cives se sentisse *legitimado* a pleitear em juízo em nome dessa *universitas pro indiviso*, constituída pela coletividade romana. E assim se explica que a própria sociedade gentílica da época fosse bastante receptiva à iniciativa dos cidadãos que se dispusessem a tutelar os interesses daquela *res communes omnium*.”

(...)

“Nessa visão, fica mais fácil entender que embora a *actio romana* exigisse um interesse pessoal e direto exercido pelo titular do direito (*nemo alieno nomine lege agere potest; actio nihil aliud est quam jus perseguendi iudicio quod sibi debetur*), as ações populares eram aceitas como uma exceção àquele princípio, justamente porque através delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais altos ao interno da *gens*. E assim, a primeira daquelas parênticas antes citadas acabou por merecer um apêndice, segundo Gaio, resultando desta dicção: *alterius nomine agere non licebat, nisi pro populo*. Isto é, a regra continuava sendo a da legitimação ordinária (tutela de interesse próprio em nome próprio, como ainda entre nós – art. 6.º do CPC tomado *contrario sensu*), mas se abria exceção quando se tratasse ação popular: *nisi pro populo* (Gaio, IV, 82).”

(...)

“Bem vistas as coisas, o móvel da *actio popularis* não residia nem no interesse privado, manejado pelo *cives*, nem propriamente no interesse público, a cargo do Estado, mas situava-se num campo intermediário, que hoje se diria ocupado pelos chamados *interesses difusos*, que, a rigor, não são públicos nem privados, mas concernentes a sujeitos indeterminados, incidindo sobre um objeto indivisível (CDC – Lei 8.078/90, art. 81, parágrafo único, I).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*, p. 47-49).

ferramenta, parece-nos, é mais própria de regimes republicanos, em que o cidadão pode exercer direitos políticos. No âmbito do regime feudal, e, posteriormente, durante vigência dos Estados absolutistas, não havia espaço institucional para o gozo dessas prerrogativas. Daí se entender que a ausência de um regime republicano durante alguns séculos nas nações ocidentais, em virtude da queda do Império Romano e do advento do feudalismo, impediu o registro histórico de precedentes relativos a esta ação.

3 Legitimidade nas *class actions* dos EUA e em outros países

3.1 Histórico da Inglaterra

O direito inglês destaca-se com precedentes na seara processual coletiva. Conforme informação veiculada por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, os tribunais ingleses são confrontados com causas dessa espécie desde o século XII, podendo-se até dividir os litígios de grupo, na história jurisprudencial daquele país, em três períodos: medieval (séculos XII a XV), primitivo-moderno (séculos XVI a XVII) e moderno (século XVIII aos dias atuais).

Era natural que isso acontecesse. É que a sociedade inglesa desenvolveu, precocemente, uma engenharia institucional, que outras nações, mesmo as desenvolvidas, só experimentariam séculos depois. Trata-se do acesso aos tribunais. A partir do momento em que se identifica na sociedade inglesa a possibilidade de acesso aos tribunais, e também o prestígio destas cortes, há uma natural tendência de os conflitos deixarem de ser resolvidos pela autotutela, ou informalmente na comuna, e passarem a ser apresentados aos tribunais²⁹⁶.

Mesmo nos séculos XIII e XIV, que se seguiram à invasão normanda, a sociedade inglesa já era formada, em sua esmagadora maioria, por homens livres²⁹⁷, embora vinculados, em sua maior parte, até o século XV, ao senhor feudal, por laços de servidão. Com efeito, a sociedade desse período tinha acentuado matiz rural, composta por vilarejos (*villages*), paróquias (*parish*), corporações (*guilds*) e burgos (*boroughs*).

296 MILLAR, John. *An historical view of the english government. From the settlement of the Saxons in Britain do Revolution in 1688.* - vol. I - Introduction by Mark Salber Phillips. - Indianapolis, Indiana (EUA): Liberty Fund, 2006, p. 100-101.

297 MILLAR, John. *An historical view of the english government. From the settlement of the Saxons in Britain do Revolution in 1688.* - vol. I - Introduction by Mark Salber Phillips. - Indianapolis, Indiana (EUA): Liberty Fund, 2006. p. 72.

Os vilarejos eram pequenos agrupamentos sociais, compostos de servos, que ficavam incrustados na propriedade do senhor feudal. Contavam com representantes, que estabeleciam interlocução com o senhor feudal. As paróquias eram a área de atuação das igrejas, subordinadas ao Vaticano. As pessoas residentes nas Paróquias deviam pagar o dízimo, sob pena de serem excomungadas. Esses recursos eram arrecadados por representantes da comunidade, que deveriam arcar com o total do montante, na hipótese de a comunidade restar inadimplente. As corporações eram agremiações de comerciantes, que em troca de monopólios comerciais, ficavam incumbidas do recolhimento dos tributos reais dos integrantes de um determinado burgo, sob pena de os seus membros arcarem com o pagamento integral da exação²⁹⁸.

Logo após a conquista da Inglaterra pelos barões da Normandia, adotou-se ali um sistema de cortes feudais, paralelamente à existência de cortes eclesiásticas²⁹⁹. Eram essas as cortes judiciais a que as pessoas tinham acesso.

Esse o contexto, infere-se que inicialmente as causas tinham uma configuração individual, à medida que na demanda havia apenas uma pessoa litigando contra outra. As soluções desses litígios forjaram a base dos primeiros precedentes jurisprudenciais. Mas, dada a complexidade da vida, e o ínsito movimento de transformação dos laços humanos e da configuração social, causas com outro desenho foram submetidas ao crivo dos tribunais.

Em todas as sociedades, inúmeros são os novos problemas que surgem no entrechoque de interesses. Assim, conflitos de grupo também chegaram ao conhecimento dos tribunais ingleses, como ações que envolviam disputas possessórias entre camponeses, de um lado, e nobre do outro; também causas relativas a cobrança de dízimos, em face de toda uma comunidade. Foi nesse contexto que ganharam destaque as ações de grupo, identificada no *bill of peace*³⁰⁰. Há também outro fator, de ordem

298 ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 34). Não consta da bibliografia final.

299 MILLAR, John. *An historical view of the english government. From the settlement of the Saxons in Britain do Revolution in 1688*. - vol. II - Introduction by Mark Salber Phillips. - Indianapolis, Indiana (EUA): Liberty Fund, 2006, p. 180-181.

300 Recorremos, no ponto, à definição dessa ação feito por Ricardo de Barros Leonel: “A origem da *class action* remonta ao denominado *bill of peace* do direito inglês do século XVII, procedimento no qual era possível propor uma ação ou sofrer uma ação por intermédio de partes representativas (*representative parties*). Eram admitidas nos juízos de equidade, perante a *Court of Chancery*. Posteriormente, com a fusão entre os sistemas da *law* e da *equity*, decorrente do *Court of Judicature Act*, de 1873, a *class action* acabou sendo estruturada de forma mais aproximada a suas características modernas, nos moldes em que vigora nos países de *common law*. A Regra 10 do referido diploma determinava que, havendo multiplicidade de partes comungando do mesmo interesse em uma

social, consistente no fato de que, nesse período, era necessário o ajuizamento de ações de grupo em defesa de direitos de comunidades do interior, que por isso viviam isoladas dos centros urbanos, em razão da deficiência de estradas, de meios de transporte, e não contar, satisfatoriamente, com representantes do Estado na comuna, para a solução extrajudicial dos problemas.

É importante destacar que essas ações de grupo não tinham a mesma configuração das ações hoje previstas no sistema anglo-saxão. Até o século XVIII não havia uma sistematização dos institutos da representação e da substituição. Os casos eram resolvidos, a partir de critérios ligados à regra da equidade, com base nos precedentes então vigentes e, sobretudo, com respeito ao costume³⁰¹.

O período em que houve incremento do acesso às cortes judiciais corresponde aos séculos XIV e XV³⁰², quando as jurisdições locais e senhoriais, dirigidas pelos

controvérsia, uma ou mais das partes poderiam acionar ou ser acionadas, ou ainda autorizadas pela Corte para litigar em benefício das demais.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 61).

301 Mais uma vez, por sua didática, necessário trazer à colação o escólio de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes: “Registre-se, ainda, que o papel do costume no direito inglês, no período medieval, era ainda mais acentuado e fundamental para o sistema jurídico. Portanto, a possibilidade de um povoado ter os seus interesses defendidos por três ou quatro pessoas, independentemente da existência de procurações ou autorizações específicas para tanto, era vista como permitida pelo direito e costumes da época, na medida em que passou a representar uma prática constante e reiterada. A ideia incutida era a de que certo número de homens distintos e dotados de prudência (*de ditioribus et discretioribus*) poderia responder pelos interesses da comunidade, seja quando esta demandasse em uma das Cortes do Rei, seja quando figurasse no polo passivo.”

“A *Court of Star Chamber* cumpriu, durante cerca de duzentos e cinquenta anos, até a sua extinção definitiva em 1640, por Carlos I, em virtude do *Habeas Corpus Act*, um importante papel diante de litígios coletivos, principalmente quando relacionados com os senhores feudais (*manors*). A Corte era composta de lordes religiosos e leigos, que exerciam principalmente a atividade conciliadores, e de dois juízes das *Courts of Common Law*, sem a intervenção de qualquer júri, mas, no período derradeiro, foi-se tornando cada vez mais uma corte voltada para a matéria criminal.

“A partir do século XV, as ações de grupo começam a trilhar o caminho de transição da common law e da manorial law para a *equity*. Esse processo iniciou-se com a proteção dada pelo Chancellor aos enfiteutas (*copyholders*), cujos direitos anteriormente dependiam exclusivamente dos senhores feudais, na medida em que não eram protegidos pelo direito costumeiro. O Chancellor autorizou, no caso, a extensão da competência da *Court of Chancery*, que, até então, julgava apenas os processos que haviam sido levados, na aplicação da *common law*, a resultados tidos como insatisfatórios para os litígios relacionados com a enfiteuse e que, muitas vezes, envolviam vários enfiteutas.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p. 48-49).

302 Confira-se a narrativa histórica de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes: “Na época medieval, três acontecimentos podem ser indicados como a origem remota das demandas coletivas.”

“O primeiro caso teria ocorrido em torno do ano de 1199, quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim considerados como um grupo, chamando, no entnato, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responderem por todos.”

“No século XIII, três aldeões provocaram a prestação jurisdicional, em benefício deles próprios e de toda a comunidade do povoado de Helpingham, em face da cidade de Donigton, bem como da de Bykere, para que os demandados tivessem de assistir aos moradores de Helpingham na reparação local dos diques. Note-se que, tanto no lado ativo como no passivo da relação processual, não

senhores feudais, deixaram de ter importância. A partir do século XV, as Cortes Reais, por obra de evolução jurisprudencial, ampliaram sua competência, julgando causas outrora restritas à jurisdição local³⁰³. Em razão desse fato, houve uma maior procura das Cortes Reais, especialmente por disporem de um processo mais célere, mais confiável e também por causa da eficiência no cumprimento dos julgados que proferiam. Era natural, portanto, que se assistisse, a partir do século XV, a um maior afluxo de ações de grupo, gerando, por conseguinte, maior de número de precedentes³⁰⁴.

As Cortes Reais, em que pese a um início auspicioso quanto à qualidade dos serviços prestados, criaram, paulatinamente, requisitos formais para o ingresso em juízo, o que transformou o seu perfil. Assim, já no início do século XVI contavam com uma jurisprudência extremamente formalista, relevante óbice à análise do mérito de novos casos, ou, mesmo transposta a barreira de admissibilidade da lide, que a causa chegasse a bom termo. Somente no século XIX realizou-se uma ampla reforma, abolindo e simplificando os diversos ritos processuais (*forms of action*).

Em virtude desse contexto, as pessoas, especialmente a partir do século XVI,

figuraram como parte, por um lado, pessoas jurídicas, como a municipalidade, ou, por outro, os moradores, individualmente considerados, das localidades supramencionadas. Assim sendo, estavam presentes, como parte, apenas alguns moradores, defendendo, no entanto, os interesses de toda a comunidade, enquanto grupo e não como indivíduos.”

“O terceiro caso ocorreu nos tempos de Edward II (1307-26), quando Emery Gegge e Robert Wawayn ajuizaram ação, em benefício deles e de todo o resto dos pobres e médios burgueses (*middling and poor burgueses*) de Scarborough e em detrimento de Roger Cross, Johan Hughes's son, Warin Draper e dos demais ricos burgueses da cidade.”

“As ações de grupo tomaram-se frequentes nos séculos XIV e XV, especialmente nos povoados (*villages*) e paróquias (*parishes*), refletindo, por certo, a estrutura e organização social daquela época, em que as instituições intermediárias, como a família, as vilas, a Igreja, concentravam importância econômica e política, formando a base do sistema de produção. A defesa dessas células sociais no processo, pelos seus respectivos líderes, foi se desenvolvendo a multiplicando, naturalmente.” (MENDES, Aluísio Gonçalves Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p. 47-48).

303 POCOCK, J. G A. *The ancient constitution and the feudal law. A study of english historial thought in the seventeenth century.* - Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press, 1990, p. 30.

304 Trazemos a lume a comparação feita entre a história do direito francês e a história do direito inglês, feita por René David: “Já na Inglaterra, as jurisdições tradicionais foram despojadas por novas Cortes Reais. Mas a competência destas ficou restrita, originalmente, aos litígios em que o interesse da Coroa estava em pauta. O direito aplicado pelas Cortes Reais apresentou-se, nessas condições, de início, um direito público, distinto dos costumes locais que as jurisdições tradicionais aplicavam. Ao contrário destes, aquele valia para todo o reino; por isso foi chamado *comune ley* ou *common law*. Aconteceu, porém, que os particulares, por diversas razões, abandonaram as jurisdições locais, que julgavam seus processos de acordo com os costumes locais, e dirigiram-se em todos os casos, para julgamento, às Cortes Reais, porque estas julgavam de acordo com regras processuais mais modernas e porque a execução de suas decisões era garantida de maneira mais eficiente. As Cortes Reais desejavam ampliar sua competência, por isso acolheram de bom grado as solicitações que lhe eram feitas e vieram, assim, a abranger todos os litígios, recorrendo a uma ficção que lhe permitia, em todos os casos, pretender que o litígio a elas submetido concernia à Coroa. Nessas condições, a *common law* deixou de ser o direito público que fora; ela se tornou um sistema geral comportando regras para todas as situações, tanto de direito público como de direito privado.” (DAVID, René. *O direito inglês*, p. 4-5).

passaram a apresentar requerimentos diretamente ao rei, na esperança de que a causa fosse analisada, sem atenção às questões procedimentais. Essa estratégia obteve êxito, de sorte que, em virtude do incremento de requerimentos formulados com esse escopo, o rei, em meados do século XVI, designou um representante, para exercer essa função, cujo cargo foi denominado Chanceler³⁰⁵. Surgia, assim, em adição às Cortes Reais, a Corte da Chancelaria³⁰⁶, regida por um direito diferente daquele reservado ao *common law*. No âmbito da Chancelaria as causas foram decididas, inicialmente, com base na equidade, e, posteriormente, com fundamento nas “regras de equidade” (*rules of equity*).

No século XVII, identifica-se um avanço no tratamento processual das ações de grupo. Houve, portanto, a evolução para um critério seguro de *standing*³⁰⁷. No século XVII, conforme registra Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, assiste-se ao desenvolvimento das ações declaratórias (*declaratory*) e mandamentais (*mandatory*)³⁰⁸.

305 MILLAR, John. *An historical view of the english government. From the settlement of the Saxons in Britain do Revolution in 1688*. - vol. II - Introduction by Mark Salber Phillips. - Indianapolis, Indiana (EUA): Liberty Fund, 2006, p. 361-362.

306 Eis a síntese histórica do surgimento da Corte da Chancelaria: “Entravadas pelo formalismo do processo, as Cortes Reais não puderam desenvolver a *common law* como teria sido necessário para mantê-la em harmonia com uma concepção da justiça que evoluía com o tempo. As partes numa disputa que não tivessem acesso às Cortes Reais, ou que não pudessem obter justiça dessas Cortes, tinham, porém uma possibilidade: dirigir-se, por uma petição, ao rei, fonte de justiça, pois este não podia tolerar um mau funcionamento desta em seu reino. Ao rei era permitido, nos casos excepcionais, intervir em nome da consciência e da equidade, para proibir que uma pessoa abusasse da situação que existia em termos de direito estrito (*at law*), para exortá-la a comportar-se de acordo com a moral, para a salvação da sua alma, em suas relações com o peticionário. O sujeito assim admoestado, se não obedecesse de boa vontade, iria meditar na prisão, ou seus bens seriam objeto de sequestro, até que voltasse a ter melhores sentimentos.”

“Raramente apresentadas e julgadas pelo próprio rei em seu Conselho até a guerra das Duas Rosas, essas petições tornaram-se, no século XVI, numerosíssimas e passaram a ser julgadas fora do Conselho, por um alto funcionário da Coroa, o Chanceler. Com a multiplicação dos recursos, o Chanceler, por outro lado, em vez de procurar em cada caso o que a equidade exigia, acabou definindo 'regras de equidade' (*rules of equity*) de acordo com as quais examinaria as petições que lhe eram dirigidas e julgaria os diferentes casos-tipo a ele submetidos. O método processual da Chancelaria, elaborado com base no modelo do processo canônico, era muito diferente do das Cortes do *common law*. Ao contrário desta, era inquisitório, escrito e nunca comportava um júri.” (DAVID, René. *O direito inglês*, p. 7-8).

307 Rodolfo de Camargo Mancuso explica essa questão do seguinte modo: “De fato, a busca por um critério seguro para a *standing* (legitimação para agir) passou a ser a pedra de toque no processo coletivo, justamente porque nesse plano cuida-se de interesses que se diriam *dessubstantivados* (=indivisíveis e concernentes a juízos indeterminados), donde não se revelar viável a técnica que busca estabelecer uma *ponte* entre uma posição de vantagem adrede definida no ordenamento positivo e um dado sujeito que se afirma titular do valor ou interesse judicializado. Ante essa dificuldade, duas possibilidades então se apresentavam: ou bem se admitia a representação por um *ideological plaintiff* (o autor ideológico), assim credenciado por consentimento dos representados, ou bem esse poder de agir se extrairia a partir da *identificação* entre os interesses da classe e os do portador judicial.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, p. 39).

308 O relato é elucidador: “Os litígios do século XVII são característicos, também, sob o ponto de vista da tutela pretendida. Começam a predominar, assim, de modo exclusivo, as ações declaratórias (*declaratory*) e mandamentais (*mandatory*), ao argumento de que estas possuíam caráter preventivo, o que seria de grande valia, sob a ótica processual, porque a resolução imediata do conflito, em torna

Em razão do crescimento e da evolução das cidades, consequência direta da ascensão da burguesia, no período correspondente ao Iluminismo assiste-se a um processo de deslocamento da população rural para as aglomerações urbanas, onde há maior presença do Estado e, por conseguinte, prestação de serviços públicos. Por outro lado, assiste-se neste período uma valorização da autonomia privada, que no campo processual consistia na prerrogativa do titular do interesse em defendê-lo em juízo. As ações coletivas, portanto, perdem a sua expressão numérica, reduzindo-se a causas que envolviam litígios possessórios.

De todo modo, no século XVIII verifica-se a evolução jurisprudencial a respeito da representação processual em ações de grupo, assim como dos efeitos do julgamento, como no caso LEIGH v. THOMAS. Cuida-se de uma lide cuja causa de pedir era a distribuição dos prêmios decorrentes do abate de naves inimigas dos ingleses (*Leigh v. Thomas*). Assim é que no século XVIII a marinha inglesa foi assistida por embarcações particulares (*privatees*), estipulando-se um percentual para cada embarcação inimiga abatida. Ocorre que, em razão de divergências quanto aos cálculos desses valores, duas pessoas, representando 64(sessenta e quatro) membros de um total de 80 (oitenta), resolveram ingressar em juízo. A defesa arguiu que os representantes não abarcavam toda a tripulação. A *Chancery* refutou as alegações da defesa, concedendo o *bill* para toda a tripulação³⁰⁹, ao argumento de que toda a tripulação gozava do mesmo interesse (interesse comum).

As ações voltam a ganhar atenção na segunda metade do século XIX e início do século XX, com o fortalecimento do movimento sindicalista.

De todo o exposto, infere-se que as ações de grupo sempre foram voltadas para a tutela de interesses privados.

O grande mérito da construção jurisprudencial do direito inglês no tocante às

da existência da obrigação, impediria o desdobramento da lide, evitando-se, conseqüentemente, o ajuizamento de demandas indenizatórias e, em geral, de pretensões condenatórias para o pagamento de quantias certas.

Ressalte-se, ainda, que, durante o século XVII, o desenvolvimento do bill of peace, como possibilidade de demanda coletiva, estava condicionado à existência de interesses comuns (*shared interests*), envolvendo um número elevado de pessoas, que ficariam vinculadas aos efeitos da coisa julgada. A presença dos interesses comuns substituía, assim, a base sobre a qual as ações de grupo haviam se pautado durante a fase medieval e a primeira estapa da moderna, em que o denominador comum era apenas a existência de um agrupamento coeso. A exigência do interesse comum, no entanto, só aos poucos foi se mostrando mais rigorosa, coincidindo, na verdade, o incremento da severidade com outros fatores históricos, como, por exemplo, o fortalecimento do individualismo e o surgimento das pessoas jurídicas.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p. 51).

309 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, p. 39.

ações coletivas diz respeito à elaboração de categorias jurídicas, ora presentes nos dois sistemas objeto do presente estudo (*civil law* e *common law*), que serão explorados nos tópicos a seguir, quais sejam: *ideological plaintiff* (o autor coletivo), *adequacy of representation* (a idoneidade do portador judicial); a *certification order* (o reconhecimento da idoneidade do *class suitor*); a *class certification* (o credenciamento da classe como uma efetiva coletividade); a *defining function* (a atribuição judicial de deliberar quanto ao trato processual coletivo do conflito); a *fair notice* (acarreta notificação aos sujeitos concernentes aos conflitos coletivos); a o regime *opt in* e *opt out* (a intromissão ou extromissão dos sujeitos na lide coletiva, em ordem à fixação dos limites subjetivos da coisa julgada); o *fluid recovery* (indenização difusa, resíduo pecuniário que, no regime do art. 13 da Lei nº 7.347/1985, é destinado a um fundo); a *former adjudication*, gênero que inclui as espécies *claim preclusion*, próxima à coisa julgada do sistema continental europeu) e o *collateral estoppel* ou *issue preclusion*, pelo qual se consideram incluídos no julgado os *necessary steps*, ou seja, as premissas necessárias à conclusão, para efeito de imunizar tais pontos em face de futura rediscussão do *thema decidendum*, sendo que, em alguns casos, até mesmo quem não foi parte pode se valer do instituto.

3.2 Regramento atual

Existem, na Inglaterra, três ações coletivas: a) as “ações de grupo” (*group litigation orders – GLO*); b) a “representação” (*representative rule*); c) procedimentos especiais (*specific provisions*)³¹⁰.

Lá, a legislação que rege o processo civil, inclusive o coletivo, é uma compilação de normas a respeito do assunto, denominada *Civil Procedure Rules* (Regras de Direito Processual Civil). Além dessa legislação, há um manual de prática de processo civil, expedido pelo Ministério da Justiça inglês, que corresponde aos procedimentos consolidados no âmbito dos tribunais, em razão dos precedentes

310 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e comon law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 260-261. .

judiciais. Cuida-se da *Practice Direction*, cujo último manual foi expedido em abril de 2010.

Quanto às ações que tutelam os interesses e os direitos metaindividuais, a norma que será objeto de análise neste tópico é a *Rule 19.10 da Civil Procedure Rules*³¹¹, que estabelece várias disposições a respeito das ações coletivas, já denominados *group litigations* (ações de grupo). Essas regras são complementadas pelos dispositivos constantes do n. 19B da *Practice Direction*.³¹²

A ação de grupo é formada a partir de uma ordem judicial, denominada *group litigation order* - GLO, que consiste em uma ordem emitida pelo Poder Judiciário, determinando que ações individuais conexas (questões comuns de fato ou de direito – GLO *issues*) sejam reunidas, para que possam ser manejadas coletivamente ou então, verificando-se a potencial multiplicação de lides envolvendo o assunto, determina-se a criação de um cadastro relativo à causa (*group register*), para que os interessados se habilitem e formulem os respectivos pedidos.

Qualquer parte de uma lide, autor ou réu, pode solicitar um GLO, antes ou depois de formular o pedido. Não há uma data limite (*cut off date*) para se requerer a instauração de uma GLO. Porém, é necessário que as partes preencham vários requisitos. Assim, é necessário descrever com exatidão todos os pormenores da causa, como o número de litigantes, os pedidos formulados, as teses debatidas, os interesses comuns aos grupos envolvidos, e se existem interesses de grupos, que deparam a órbita de interesses de outros grupos presentes no litígio.

Um único tribunal será designado para gerenciar a GLO (*management court*). Esse tribunal criará um cadastro, abrangente de todas as ações e os respectivos interessados. Todos os requerimentos das partes do GLO serão reunidos e submetidos à análise do tribunal.

No entanto, há uma questionável condição para a criação do GLO. Trata-se do assentimento do *Lord Chief Justice*, se o requerimento for endereçado à *Queen's Bench Division*; do *Vice-Chancellor*, se formulado perante a *Chancery Division*; ou do *Head of Civil Justice*, se protocolado na *Country Court*.

Ao deferir a criação do cadastro (*group register*), o tribunal deve fixar que espécie de pedidos podem ser formulados pelos interessados, tendo em conta a natureza da causa de pedir. Além disso, será fixado, neste despacho inicial, o tribunal competente

311 (Disponível em (<http://www.justice.gov.uk>). Acesso em: 30.01.2013).

312 (Disponível em (<http://www.justice.gov.uk>). Acesso em: 30.01.2013).

para a análise dos pedidos. Ainda, deve o órgão judicial dar ampla publicidade à formação do grupo, e o respectivo prazo que os interessados peçam para a respectiva inclusão. Se várias pessoas se habilitarem, após expirado esse prazo, é possível a criação de outro GLO, versando sobre o mesmo assunto.

Importante destacar que o judiciário dispõe de uma grande discricionariedade para gerenciar o trâmite da lide. Por isso que pode expedir instruções, para adaptar o rito às necessidades específicas de um determinado conjunto de reivindicações. Até mesmo é possível alterar dos assuntos em pauta no GLO (*GLO issues*). Em último caso, pode determinar a extinção do GLO, quando verificar que a questão não pode ser adequadamente resolvida coletivamente.

A corte responsável pelo manejo da GLO, com o objetivo de imprimir maior celeridade ao trâmite processual, pode determinar a divisão de tarefas. Desse modo, o julgamento de mérito fica a cargo da corte (*managing judge*), ao passo que a atividade instrutória e a decisão sobre o valor das custas processuais são delegadas a outro juiz (*strick judge ou Master*). O assunto ganha certa relevância, porque o valor das custas na Inglaterra é elevado. Por isso, pode o juiz fixar o seu proporcionalmente ao interesse e ao poder aquisitivo de cada uma das partes.

Qualquer pessoa detém legitimidade para requerer a sua exclusão do grupo. Para tanto, endereçar requerimento ao órgão competente do tribunal. Além disso, o tribunal deve fixar os efeitos da exclusão.

Essas regras, como se disse, são complementadas pelos dispositivos constantes do Manual de Práticas Processuais, cujo n. 19B cuida do GLO.

Cabe destacar, por oportuno, que a GLO é um instrumento de gerenciamento de lides, cujo julgamento de mérito alcança apenas as pessoas cadastradas. É um sistema de *opt-in*. Não há possibilidade de se alegar a má gestão da causa (*male gesti processus*) pelo líder do grupo. A sentença alcança todos os integrantes do grupo, inexoravelmente.

Quanto aos efeitos da sentença proferido no GLO, é relevante tecer algumas considerações. Isto porque a decisão final não alcança os pedidos formulados pelas partes, apenas as questões de fato e de direito comuns. Desse modo, depois de lavrado o acórdão relativo ao GLO, deverão ser julgadas as ações individuais, tomando por parâmetro as balizadas fixadas pela corte responsável pelo GLO.

3.3 GLO e o incidente de resolução de demandas repetitivas

Esse instituto influenciou a lei alemã, e, em última instância, o projeto de CPC brasileiro, tendo em conta que o “incidente de resolução de demandas repetitivas” - IRDR é baseado no projeto alemão³¹³.

O IRDR é admissível quando se identificar, no âmbito da primeira instância, lide com potencial de gerar significativa multiplicação de processos e, por conseguinte, risco da coexistência de decisões antagônicas. Sua instauração ocorre por instância do tribunal local, do juiz, do MP, da Defensoria Pública, das partes ou do próprio relator. O juízo de admissibilidade desse incidente e o julgamento de mérito caberão ao tribunal ou ao órgão especial, se houver (art. 895 do projeto do novo CPC). Importante destacar que a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica circunscreve-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, com exceção dos efeitos que se relacionem a réu preso ou pedido de *habeas corpus*. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão proferida no aludido incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Caso não se respeite a tese firmada no incidente, caberá reclamação ao tribunal competente.

Com efeito, nos termos do art. 12 do projeto de lei – PL do novo CPC todos os processos devem ser julgados de acordo com uma ordem de conclusão, salvo aqueles relativos ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

À semelhança do que ocorre na Inglaterra, o projeto reservou a competência para o julgamento desse incidente a órgão judicial de superior instância.

Há, no entanto, diferenças. Na Inglaterra, o julgamento do GLO não tem efeito vinculante, apenas repercute sobre tema debatido pelas partes integrantes do grupo. De acordo com o projeto brasileiro, o precedente no IRDR vinculará não só quem é parte

313 Na exposição de motivos do novo CPC consignou-se expressamente a influência do modelo alemão: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.” (www.senado.gov.br/, em 26.01.2013).

atualmente, mas quem no futuro for ingressar em juízo, deduzindo a mesma causa de pedir.

É em razão desse efeito vinculante, não só *erga omnes*, que no art. 278 do PL do novo CPC autoriza o deferimento da tutela de evidência, sem necessidade de demonstração da existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Do mesmo modo, é lícito ao juiz julgar improcedente o pedido, liminarmente, independente da citação do réu, se a pretensão da parte contrariar entendimento firmado em IRDR. Também não se aplica o reexame necessário, de acordo com o projeto, se a sentença que condenar o réu, estiver fundada em precedente firmado no âmbito de IRDR (art. 483 do projeto do novo CPC). Não se exigirá caução, por ocasião de execução provisória de sentença fundada em precedente oriundo IRDR. O recurso interposto contra sentença ou acórdão, cuja fundamentação adotou precedente oriundo de IRDF não será admitido.

3.4 EUA

A origem próxima da ACP voltada à defesa dos direitos individuais homogêneos reside nas *class actions for damages* do direito norte-americano³¹⁴.

A lei federal que trata do tema nos EUA é a regra 23 (RULE 23315). No entanto,

314 Linda Mullenix, no ponto, destacou o seguinte: “Finally, in Brazil, an additional sep was taken to extend the scope of law to reach collective protection for the rights of group members who had to resort exclusively to individual actions. This was accomplished through the Brazilian Consumer Code in the 1990s. Provisions in the Consumer Code created a procedural mechanism that permitted the collective protection of individual rights that may be aggregated when the rights are homogeneous and had a common source (in fact and of right). It created a mechanism similar to the American class action for damages.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*, p. 266).

315 (a) Prerequisites.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is só numerous that joinder of all members is impracticable,
- (2) there are questions of law or fact common to the class,
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Types of Class Actions.

A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

- (1) prosecuting separate actions by or against individual classe members would create a risk of:
 - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
 - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would

é importante destacar que nos EUA existem várias leis estaduais que tratam das ações coletivas. Por ser um país que adota forma federativa de Estado, não só o ente político federal detém competência legislativa em matéria de direito processual, mas também os Estados-membros. A federação americana é composta por 50 (cinquenta) estados, um distrito (Washington D.C) e alguns territórios.

É natural, portanto, que nos EUA existam várias leis que cuidem das *class actions*: dezenas de leis estaduais e uma federal (*Rule 23*). Em razão do disposto na Constituição dos EUA, tanto a União quanto os Estados-membros podem legislar sobre direito processual. Ocorre ali, portanto, uma repartição de competências.

Não é pretensão deste trabalho o exame de toda a legislação americana sobre o tema. Desse modo, opta-se por fazer uma análise da lei federal que cuida do assunto, qual seja, a *Rule 23*. Note-se que sua estrutura básica foi reproduzida em diversas leis estaduais.

A *Rule 23* permite que uma ou mais pessoas atuem em juízo em favor de uma classe, de que o Estado-juiz reconhece a sua representatividade adequada. Para o prosseguimento da *class action* é necessário o preenchimento de alguns requisitos³¹⁶,

substantially impair or impede their ability to protect their interests;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to the findings include:

(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and

(D) the likely difficulties in managing a class action.

(Disponível em (<http://www.law.cornell.edu>). Acesso em: 30.01.2013).

316 Linda Mullenix bem esclarece a sistemática do direito norte-americano para o andamento da ação coletiva: “FEDERAL RULE OF CIVIL PROCEDURE 23: THE CLASS ACTION RULE – Rule 23 actually is not textually lengthy. In order to pursue a class action in federal court, proponents of the class action must first seek certification of the proposed class. Rule 23(a) sets forth four pre-requisites for certification: numerosity, commonality, typicality, and adequacy of representation. Adequacy of representation embraces both the proposed class counsel as well as the individual representatives. If these threshold requirements are satisfied, the proponents must then establish that the classe may be categorized pursuant to three categories in Rule 23(b). Rule 23(b) contains functional categories; two are mandatory non-opt-out classes, and the (b)(3) class is the so-called 'opt-out' class. This class is suitable for class actions for damages. Notice must be provided to opt-out classes. The remainder of the American class action rule provides guidance for judicial management of class actions, provisions governing notice, requirements for class action settlements including a fairness hearing; provisions for appointment of class counsel and attorney fees, and provision for the interlocutory appeal of class certification orders.

que se encontram relacionados no art. 23(a). Esses requisitos devem ser certificados pelo juiz no limiar da lide. A propósito, convém esclarecer que os itens *c*, *e*, *g* e *h* foram alterados em 27.03.2003, pela Suprema Corte em razão da *Judicial Conference of The United States*. Os requisitos são os seguintes: (1) número de pessoas envolvidas: a classe deve ser numerosa, tornando impraticável a reunião de todos os seus membros; (2) questões comuns: a existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe; (3) teses jurídicas típicas: os argumentos deduzidos pelos representantes da classe devem corresponder ('devem ser típicos'³¹⁷) aos interesses de toda classe; (4) representatividade adequada: os representantes da classe deverão proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe. Ausente qualquer desses requisitos, a ação de classe será extinta³¹⁸.

Existem, no plano federal, três tipos de ações de classe. Cada um desses tipos, afora os requisitos gerais acima mencionados, também requer a presença de requisitos específicos. A primeira espécie de ação de classe, prevista na Regra 23(b)(1), é reservada para as hipóteses em que as ações individuais podem criar o risco de: a) decisões contraditórias; ou (b) afetar/prejudicar os interesses de outros membros classe. Luís Roberto Barroso observa, com acerto, que essa espécie se aproxima do litisconsórcio unitário do direito brasileiro³¹⁹.

Verificou-se nos EUA a necessidade de uma proteção processual aos consumidores, classe emergente, que encontrou guarida legal no *Consumer Bill of Rights*. Havia necessidade de propiciar o acesso à justiça³²⁰.

Although class certification is largely governed by explicit requirements in Rule 23, class action jurisprudence also has developed certain implicit requirements for certification that are not articulated in the rule but have developed as a matter of common law. Among these requirements area that there be an objectively ascertainable class definition; that the class representatives have standing; and the class not suffer from justiciability problems, such as ripeness, mootness etc.” (GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*, p. 263-264).

317 BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. *Revista de Processo*, n° 130, ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 148, 2005.

318 GRINOVER, Ada; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*, p. 280.

319 BARROSO, Luís Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana*, p. 149.

320 José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo fazem um histórico da questão: “Especificamente no campo do direito processual, os fatos jurídicos ligados ao consumo de massa exigiram transformações orientadas a propiciar o acesso à justiça. O sistema norte-americano detectou três principais fatores que seriam causa para a utilização de uma ação de classe: 1) os litigantes podem ignorar o direito à tutela jurisdicional porque não conhecem seus direitos, ou que são vítimas de alguma lesão; 2) os custos do litígio podem desanimar o litigante individual; 3) a corte pode estabelecer um valor de alçada para o ingresso da ação” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO,

A ACP que tutela os direitos individuais homogêneos se aproxima em sua configuração das *class actions for damages*³²¹. A sua configuração, bem como os aspectos relacionados à legitimidade ativa e passiva serão estudados, com mais detença, nos capítulos 3 e 4.

O CDC brasileiro se inspirou nas *class actions for damages do direito* norte-americano, mas com uma concepção própria. Isto em virtude de algumas diferenças: inexistência do *opt out*, pelo tratamento diverso à *fluid recovery*, pela adoção de uma coisa julgada *erga omnes*, mas só para beneficiar os titulares dos direitos individuais, que ainda podem mover suas ações pessoais, após a improcedência da demanda coletiva. Inicialmente, com a Lei nº 7.913 (tutela dos investidores do mercado) o Brasil tinha adotado uma modelo parecido com a da *class action*, contudo, emprestando a legitimação somente ao Ministério Público, o que, atualmente, afigura-se inconstitucional³²².

4 Países de *civil law*

4.1 Portugal

O direito de ação em Portugal encontra-se inscrito no art. 20 da Constituição da República Portuguesa – CRP. O direito de ação popular, porém, somente encontra

Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 212).

321 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 150.

322 Tanto assim que na década de 1990 Hely Lopes Meirelles sustentava a aplicação subsidiária da Lei nº 7.347/85, como forma de estender a legitimidade ativa para outras pessoas: “A legitimidade ativa é atribuída, de acordo com a Constituição, ao Ministério Público, que pode agir *ex officio*, em virtude ou não de inquérito civil, ou mediante solicitação da CVM, que é a entidade incumbida da fiscalização do mercado de capitais, nos termos da Lei n. 6.385/76, ou, ainda, em virtude de provocação de qualquer pessoa.”

“Aplicando-se, todavia, a Lei n. 7.347/85 como fonte subsidiária, 'no que couber' (art. 3º da Lei n. 7.913/89), admite-se que tenham legitimidade ativa concorrente as pessoas mencionadas no art. 5º da lei da ação popular (a União, o Estado, o Município e as Associações que tenham como finalidade a proteção do investidor, aplicando-se o art. 5º, II, com sua nova redação, dada pela Lei n. 8.078/90). Se a ação não for proposta pelo Ministério Público, caber-lhe-á exercer a função de *custos legis*.

“Por outro lado, *ex vi* do disposto no art. 31 da Lei n. 6.385/76, deverá ser citada a CVM para funcionar como *amicus curiae*. Evidentemente, a propositura da ação civil pública para evitar ou obter o ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado não impede que sejam intentadas as ações próprias pelos prejudicados, na defesa dos seus interesses.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 27. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 193-194).

expressa previsão no n. 3 do art. 52 dessa constituição.

Em Portugal, qualquer cidadão, no gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como as associações e as fundações, que incluam entre os seus objetivos estatutários a defesa dos interesses e direitos difusos, podem propor a chamada “ação popular” (art. 52, n. 3, da Constituição de Portugal³²³; artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 83/95³²⁴ e artigos 13 e 14 da Lei nº 24/96³²⁵ daquele país, que equivale à ACP brasileira), em caráter

323 “Art. 52.º (...)

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

a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do meio ambiente e do património cultural;

b) assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.”

(Disponível em (<http://www.dre.pt>. Acesso em: 30.01.2013).

324 Art. 1º

1 – A presente lei define os casos e termos em que são conferidos e podem ser exercidos o direito de participação popular em procedimentos administrativos e direito de acção popular para a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial infracções previstas no nº 3 do art. 52º da Constituição.

2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, são designadamente interesses protegidos pela presente lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público.

Art. 2º

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

2 – São igualmente titulares dos direitos referidos no artigo anterior as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição.

Art. 3º Constituem requisitos da legitimidade activa das associações e fundações:

a) a personalidade jurídica;

b) o incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate;

c) não exercerem qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais.

(Disponível em (<http://www.dre.pt>. Acesso em: 30.01.2013).

325 Art. 13º Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores:

a) Os consumidores directamente lesados;

b) Os consumidores e as associações de consumidores ainda que não directamente lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto;

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

Art. 14.º

1 – Incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objectivo de dirimir os conflitos de consumo.

2 – É assegurado ao consumidor o direito à isenção de preparos nos processos em que pretenda a protecção dos seus interesses ou direitos, a condenação por incumprimento do fornecedor de bens ou prestador de serviços, ou a reparação de perdas e danos emergentes de factos ilícitos ou da responsabilidade objectiva definida nos termos da lei, desde que o valor da acção não exceda a alçada do tribunal judicial de 1.ª instância.

preventivo ou repressivo. Como se verifica, optou-se naquele país por se legitimar a pessoa física, a par de pessoas jurídicas de direito privado (associações e fundações, que incluem em seus fins a defesa de direitos metaindividuais, como a saúde pública, o meio ambiente e o património cultural).

O n.º 3 do art. 52 da CRP permite, por intermédio da “acção popular”, a defesa do interesse público, de bens públicos, de interesses e direitos metaindividuais, de interesses e direitos coletivos e de interesses e direitos individuais homogêneos. Cuida-se de um amplo espectro de proteção, que reclamava concretude para a sua efetividade.

As Leis nº 83/1995 e 24/1996, desse modo, deram concretude a esse mandamento, dispondo a primeira sobre a “acção popular” para a tutela dos direitos metaindividuais, e a segunda regulamentou as ações inibitória e indenizatória para a tutela dos direitos dos consumidores.

Nos termos do art. 2º, nº 1, da Lei nº 83/1995, os titulares das ações previstas naquele diploma legal possuem legitimidade *ad causam*, independentemente de terem interesse na causa.

Interessante notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal revela que, de fato, “acções populares” têm sido propostas por pessoas físicas, para a defesa dos direitos difusos, com importantes resultados favoráveis para a tutela desses bens jurídicos³²⁶.

3 – Os tutores nos processos definidos no número anterior ficam isentos do pagamento de custas em caso de procedência parcial da respectiva acção.

4 – Em caso de decaimento total, o autor ou autores intervenientes serão condenados em montantes, a fixar pelo julgador, entre um décimo e a totalidade das custas que normalmente seriam devidas, tendo em conta a situação económica e a razão foram ou substantiva de improcedência.

(Disponível em <http://www.dre.pt>. Acesso em: 30.01.2013).

326 CASO JULGADO FORMAL Nº do Documento: SJ200812230041077, Relator Ministro Salvador da Costa, Data da Decisão Sumária: 23/12/2008 Votação: UNANIMIDADE Texto Integral: S Privacidade: 1 Meio Processual: REVISTA Decisão: NEGADA A REVISTA.

Sumário:

1. Não produz efeito de caso julgado formal o segmento do despacho saneador em que, sem pronúncia concreta sobre a questão da incompetência material do tribunal expressa ser o tribunal competente em razão da matéria.
2. Os tribunais da ordem judicial são os competentes para conhecer do objecto da acção popular intentada por um cidadão da freguesia com vista à declaração de se integrar no domínio público da freguesia uma parcela de terreno ocupada por um terceiro.
3. São públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso directo e imediato do público, uso que envolve a sua utilidade pública, enquanto a expressão tempo imemorial significa o tempo passado que já não consente a memória humana directa de factos relativos ao início daquele uso.
4. São afirmações de facto, integrantes do direito que o recorrido pretendeu fazer valer, as que expressam ser determinada parcela de terreno usada por toda a gente desde tempos imemoriais, sem oposição de ninguém quanto à sua utilização pública, em particular da população habitante no local.”

(Disponível em <http://www.stj.pt>. Acesso em: 30.01.2013).

A justificativa para a legitimidade da pessoa física, de acordo com a doutrina portuguesa, reside no objetivo de evitar que inúmeras ações sejam propostas com a mesma causa de pedir. É certo que o julgamento de uma só lide repercutirá no direito de uma pluralidade de sujeitos. Há também o argumento de que a franquia da legitimidade para todo e qualquer cidadão, desde que preencha os requisitos de adequação da representação, favorece a tutela dos interesses e dos direitos metaindividuais, à medida que a estatística oficial indica que, mesmo diante de um grande universo de legitimados, são poucos os que se interessam pela sua defesa em juízo, tendo em vista a onerosidade excessiva da causa e o temor de enfrentar uma contraparte economicamente poderosa.

O ingresso em juízo se torna mais escasso quando a lesão individual é insignificante, não obstante disseminada por um universo considerável de vítimas. Além disso, sustenta essa doutrina que a outorga de legitimidade para a propositura da “ação popular” somente a órgãos públicos, retiraria do Poder Judiciário importante competência que atualmente lhe é afeta, qual seja, a de fazer o controle da adequação da representação exercida pelo particular, pessoa física ou jurídica, tanto no sentido formal quanto material. Assim, o Tribunal deve rechaçar a legitimidade de associação, que propõe defender consumidor, quando na verdade é controlada pelos produtores ou fornecedores³²⁷.

Quanto às pessoas jurídicas de direito privado - as associações e as fundações -, alguns requisitos devem ser preenchidos para que possam demandar em juízo a tutela de direitos metaindividuais. Como esclarecido anteriormente, elas só podem agir em juízo com esse escopo desde que tal conste do seu objetivo estatutário. Há, portanto, um requisito de pertinência temática, à semelhança do que ocorre no Brasil no âmbito da ADI, em relação entidades de classe de âmbito nacional³²⁸.

Ademais, essas pessoas jurídicas não podem agir na seara econômica, concorrendo com empresas ou profissionais liberais. Cuida-se, a nosso ver, de importante óbice ao desvio de finalidade da ACP. Na verdade, vez por outra, constata-se aqui no Brasil a propositura de ACP com o objetivo, escuso, de prejudicar empresa concorrente ou de favorecer determinada empresa, com a lavratura de um termo de ajustamento de conduta, apenas aparentemente legal, mas que, em última instância,

327 SOUZA, Miguel Teixeira de. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no Direito Português. *Revista de Processo*, nº 128, Ano 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 93.

328 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 159.

procura beneficiar a ré, em detrimento da coletividade. Bem por isso se tem reconhecido a nulidade desses acordos, quando não há a prévia manifestação do Ministério Público³²⁹.

As autarquias locais não equivalem às autarquias previstas no direito administrativo brasileiro. As autarquias, em Portugal, equivalem aos territórios previstos pela CF/1998. Compreendem, pois, uma área geográfica e uma população, possuindo personalidade jurídica de direito público.

O Ministério Público em Portugal, nos termos do art. 16 da LAP portuguesa³³⁰, além de atuar na defesa de direitos metaindividuais, também representa e defende as pessoas jurídicas de direito público. Cuida-se de uma formatação nos moldes do MP no Brasil, antes da CF/1988, o que limita enormemente a autonomia do órgão.

Os titulares do direito à indenização devem requerer, no prazo de 3(três) anos, a contar do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão, o respectivo *quantum debeatur*. Não há previsão do destino da indenização, quando a sentença versar sobre direitos difusos. Questiona-se por isso a finalidade indenizatória da ação popular portuguesa. Percebe-se que, nesse ponto, a lei portuguesa ficou aquém da LACP, por isso que omissa e confusa³³¹.

No tocante às causas que implicam relações de consumo, a legislação aplicável é a Lei n.º 24/1996, que prevê as ações inibitória³³² e indenizatória³³³, para a tutela dos

329 BRASIL. STJ, Sexta Turma, DJ 06.03.2006, Relator Ministro Nilson Naves, AgRg no Ag 684471/BA.

330 “Art. 16º Ministério Público

1 – O Ministério Público fiscaliza a legalidade e representa o Estado quando este for parte na causa, os ausentes, os menores e demais incapazes, neste último caso, quer sejam autores ou réus.

2 - O Ministério público poderá ainda representar outras pessoas colectivas públicas quando for tal autorizado por lei.

3 - No âmbito da fiscalização da legalidade, o Ministério Público poderá, querendo, substituir-se ao autor, em caso de desistência da lide, bem como de transacção ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa.”

(Disponível em <http://www.dre.pt>. Acesso em: 30.01.2013).

331 SANTOS SILVA, F. Nicolau. *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa (Portugal): Quid Juris? Sociedade Editora, 2002, p. 109.

332 Artigo 11.º

Forma de processo da acção inibitória

1 —A acção inibitória tem o valor equivalente ao da alçada da Relação mais 1\$, segue os termos do processo sumário e está isenta de custas.

2 —A decisão especificará o âmbito da abstenção ou correcção, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta.

3 —Transitada em julgado, a decisão condenatória será publicitada a expensas do infractor, nos termos fixados pelo juiz, e será registada em serviço a designar nos termos da legislação regulamentar da presente lei.

4 —Quando se tratar de cláusulas contratuais gerais, aplicar-se-á ainda o disposto nos artigos 31.o e 32.o do Decreto-Lei n.o 446/85, de 25 de Outubro, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.o 220/95, de 31 de Agosto.

interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos. Também, com relação a essas ações, a legitimidade pertence, tanto a pessoas físicas (consumidores), quanto a pessoas jurídicas (associações de consumidores) e órgãos públicos (Ministério Público e Instituto do Consumidor).

O art. 13º, “b”, da Lei 24/1996 enuncia especial regra, atribuindo legitimidade *ad causam* independentemente da titularidade de um interesse na demanda. De acordo com o direito brasileiro, é como se veiculasse uma hipótese de legitimidade extraordinária não só para pessoas jurídicas, mas também para pessoas físicas, à semelhança do que se verifica no disposto do art. 1º da LAP³³⁴. A grande diferença é que na LAP se defende apenas interesses públicos e difusos, que guardam a nota da indivisibilidade, enquanto neste dispositivo da lei portuguesa autoriza-se que pessoa física atue como substituto processual de outras pessoas físicas, na defesa de direitos individuais homogêneos, cujas características são a divisibilidade e a origem comum (circunstância fática).

Na ação inibitória anteriormente destacada, o que se pretende é a imposição ao réu de uma obrigação de fazer ou não fazer, que pode ter caráter preventivo ou

(Disponível em <http://www.dre.pt>. Acesso em: 30.01.2013).

333 Artigo 12.º

Direito à reparação de danos

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

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

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

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

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

(Disponível em <http://www.dre.pt>. Acesso em: 30.01.2013).

334 “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 e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, artigo 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.

§1º Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.”

(Disponível em <http://www.dre.pt>. Acesso em: 30.01.2013).

repressivo, ao passo que na ação indenizatória é que se requer é uma compensação financeira pelo ilícito. Importante dispositivo dessa lei isenta de preparo o consumidor quando autor de qualquer das ações previstas na lei.

Quanto ao Ministério Público, é valioso destacar que a lei expressamente outorga-lhe competência para demandar em juízo a tutela de interesses individuais homogêneos, além de sua atribuição para atuar em favor dos direitos coletivos e difusos. A lei portuguesa, nesse ponto, ao que parece, seguiu a trilha do CDC brasileiro (art. 82, I).

Embora vigore essa disciplina normativa em duas leis, há quem sustente que tal legislação ainda é insuficiente para o trato das ações coletivas, especialmente no que diz respeito ao regime da coisa julgada, motivo pelo qual há necessidade de edição de um Código de Processo Coletivo³³⁵.

4.2 Colômbia

Na Colômbia, a Lei nº 472, de 1998, regula as ações coletivas, dirigidas à tutela dos metaindividuais, que são divididas em duas espécies, as “*acciones populares*”, cujo desiderato é a proteção e a efetividade dos direitos difusos e coletivos³³⁶, e as “*acciones de grupo*”³³⁷, cujo escopo é a tutela dos direitos individuais homogêneos. Cuida-se regulamentação do art. 88 da Constituição colombiana, que prevê essas duas espécies de ação, assim como autoriza a estipulação de regras de responsabilidade objetiva, para

335 FROTA, Mario. *Por um Código de Processo Coletivo em Portugal*. In: *De jure* : revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010, p. 43.

336 ARTÍCULO 2º. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.” Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013.

337 ARTÍCULO 3º. ACCIONES DE GRUPO. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

(Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013).

ações contrárias aos interesses e direitos metaindividuais³³⁸.

Essa lei estabelece importantes princípios para o trâmite das ações coletivas que regula³³⁹, como a submissão procedimental ao que dispõe o texto constitucional, especialmente ao devido processual legal e à isonomia material das partes; à prevalência do direito substancial em detrimento de regras de procedimento, à publicidade, economia processual, celeridade e eficácia (efetividade) das decisões e sentenças. Além disso, essa lei estipula o dever do juiz presidente do feito de julgar o mérito da lide. Cuida-se, a nosso ver, de importante regra, a privilegiar a instrumentalidade processual, em favor da efetividade dos direitos metaindividuais. Em verdade, trata-se de um rompimento com a cultura formalista, que por tantos anos permeou a prática jurídica nos países integrantes do *civil law*, sobretudo na América Latina.

A partir da leitura desses princípios, verifica-se que esta lei estipulou um

338 ARTÍCULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.” Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013.

339 “ARTÍCULO 5º. TRAMITE. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones.”

“El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.”

“Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución. Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda.

ARTÍCULO 6º. TRAMITE PREFERENCIAL. Las acciones populares preventivas se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, excepto el recurso de Habeas Corpus, la Acción de Tutela y la Acción de cumplimiento.

ARTÍCULO 7º. INTERPRETACION DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS. Los derechos e intereses protegidos por las Acciones Populares y de Grupo, de conformidad con el artículo 4º. de la presente ley se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia.

ARTÍCULO 8º. ESTADOS DE EXCEPCION. Las acciones populares podrán incoarse y tramitarse en todo tiempo.” Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013.

verdadeiro sistema processual coletivo, como bem salientou Ada Pellegrini Grinover³⁴⁰. Com efeito, a lei colombiana regula o direito de ação coletiva, a legitimidade para a causa, descreve os direitos metaindividuais passíveis de tutela judicial, os requisitos da petição inicial, os requisitos de admissibilidade da demanda, o procedimento, requisitos para a intervenção de terceiros, o regime de provas, a sentença, os recursos cabíveis e também o regime da coisa julgada. Ao todo, são 86 (oitenta e seis) artigos, divididos em duas partes: uma destinada às ações populares, outra reservada às ações de grupo.

O direito de ação coletivo não está condicionado a outras regras, que não as tradicionais do processo civil. Desse modo, não há necessidade de exaurimento das vias administrativas para a propositura da ação, tampouco prazo decadencial³⁴¹. Esse direito pode ser exercido tanto em razão de ameaça, como de lesão a direito metaindividual. Assemelha-se essa disposição ao disposto no art. 5º, XXXV, da CF. Há, portanto, a possibilidade de propositura de ação, com pedido de liminar, veiculando pedido de obrigação de fazer ou não fazer, em caráter preventivo ou repressivo.

Além disso, essa lei estabelece a prioridade na tramitação das “*acciones populares preventivas*”, salvo o *habeas corpus* e a “*Acción de Tutela y la Acción de cumplimiento*”, que correspondem à antecipação de tutela e às liminares no Brasil. Cuida-se de importante disposição em favor da efetividade dos direitos metaindividuais, dada a sua relevância social.

Quanto à legitimidade para as “*acciones populares*”, tanto pessoas físicas, quanto pessoas jurídicas e órgãos públicos a detêm³⁴².

340 GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABA, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*, p. 31.

341 ARTÍCULO 9º. PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES POPULARES. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

ARTÍCULO 10. AGOTAMIENTO OPCIONAL DE LA VIA GUBERNATIVA. Cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular.

ARTÍCULO 11. CADUCIDAD. La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo.” Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013.

342 ARTÍCULO 12. TITULARES DE LAS ACCIONES. Podrán ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.
2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.
3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre

Em relação aos órgãos públicos e às pessoas jurídicas de direito público, existem algumas regras especiais. Parte dessas regras são uma reprodução da legislação brasileira, enquanto outra não encontra paralelo no direito pátrio. Assim, entidades públicas (autarquias) que cumpram funções de controle, intervenção ou vigilância, estão habilitadas a propor a ação popular, sempre que a ameaça ou lesão a interesse e direitos coletivos não se tenha originado de sua ação ou omissão. De qualquer modo, o pedido formulado na ação popular pela entidade pública deve guardar correlação com a sua competência funcional. Trata-se de algo parecido, mas não idêntico ao que dispõe o art. 6º, §3º, da LAP, e bastante similar ao que enuncia art. 16 da LIA. O que é mais importante: é em tudo igual ao disposto no art. 5º da LACP. Ao que parece, a regra da legitimidade na ação popular colombiana foi haurida da LACP. Tal fato merece registro, especialmente porque revela a qualidade da legislação e o seu raio de influência. Não obstante, entende-se que é possível o aprimoramento dessas regras, como se verá mais à frente, tendo em vista o estágio político, cultural e econômico em que o Brasil se encontra.

Há, porém, como já se observou, regras na legislação colombiana que não encontram ressonância em nossa legislação pátria. É o caso da aludida lei, que atribui a chefe do Poder Executivo municipal, assim como a servidores públicos, a legitimidade para a propositura da “*acción popular*”. De fato, o procurador-geral da Nação, o Defensor do Povo e os Representantes Municipais, quando a causa de pedir da ação popular guarde pertinência com suas atribuições. Além disso, o prefeito e demais servidores públicos também podem propor ação popular, quando, em razão de suas funções, devam promover a defesa dos interesses e direitos metaindividuais. Essa

que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.

4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.

5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

ARTÍCULO 13. EJERCICIO DE LA ACCION POPULAR. Los legitimados para ejercer acciones populares pueden hacerlo por sí mismos o por quien actúe en su nombre.

Cuando se interponga una acción popular sin la intermediación de un apoderado judicial, la Defensoría del Pueblo podrá intervenir, para lo cual, el juez deberá notificarle el auto admisorio de la demanda.

ARTÍCULO 14. PERSONAS CONTRA QUIENES SE DIRIGE LA ACCION. La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos.” Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013.

permissão não encontra guarida na legislação brasileira, porque no Brasil, salvo os representantes do Ministério Público e os defensores públicos, agentes públicos não estão autorizados a propor a ACP, somente pessoas jurídicas de direito público, como a União, Estados e Municípios.

Como se percebe, a legitimação para as “*acciones populares*”, na configuração desenhada pela lei colombiana, é ampla, abarcando pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, assim como órgãos públicos de todos os matizes, desde representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, até chefes do Poder Executivo e servidores públicos.

No que tange às “*acciones de grupo*”³⁴³, os legitimados encontram-se relacionados nos artigos 48 e 49 da lei³⁴⁴. Correspondem essas ações à figura do litisconsórcio unitário no Brasil. Por isso, a sentença produz efeitos uniformes em relação aos litisconsortes. As partes, em verdade, reúnem condições uniformes a respeito de uma causa que originou prejuízos individuais para as aludidas pessoas, daí porque os efeitos da sentença devem ser iguais para todos. É indispensável que todos os litisconsortes integrem a lide, sob pena de ineficácia em relação àquele que não participou do devido processo legal³⁴⁵.

Nos termos do art. 48 da referida lei, devem apresentar-se no mínimo vinte

343 ARTÍCULO 46. *Procedencia de las acciones de grupo*. Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.

El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas.

ARTÍCULO 47. *Caducidad*. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo.” <http://www.secretariassenado.gov.co>, em 30.01.2013.

344 ARTÍCULO 48. *Titulares de las acciones*. Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47.

El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo *Ley 472 de 1998 24/41* solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados.

En la acción de grupo el actor o quien actúe como de-mandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder.

ARTÍCULO 49. *Ejercicio de la acción*. Las acciones de grupo deben ejercerse por conducto de abogado.

Cuando los miembros del grupo otorguen poder a varios abogados, deberá integrarse un comité y el juez reconocerá como coordinador y apoderado legal del grupo, a quien represente el mayor número de víctimas, o en su defecto al que nombre el comité. Disponível em: <http://www.secretariassenado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013.

345 NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luís Guilherme. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192.

litisconsortes no polo ativo, para a admissibilidade da demanda. A jurisprudência colombiana ratificou a opção da legislação quanto ao número de litisconsortes imposto pela lei. Assim, de acordo com julgado proferido pela Corte Constitucional da Colômbia, tal escolha insere-se no campo de conformação do legislador, em relação ao direito de ação³⁴⁶.

As ações de grupo têm finalidade indenizatória, e o prazo decadencial para a propositura desta demanda é de 2(dois) anos.

A petição inicial, à semelhança do que ocorre no Brasil, deve preencher vários requisitos, quais sejam, a causa de pedir, as provas com que se pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, a descrição de cada beneficiado pela demanda, bem assim o proveito econômico que cada pretende obter com a demanda; há também necessidade de nomeação de um advogado coordenador dos demais, quando diferentes forem os patronos da causa, e, ainda, identificação do réu³⁴⁷. Interessante notar que a lei colombiana permite que o juiz, de ofício, determine a citação de outras pessoas, que não

346

ACCION DE GRUPO-Legitimación en la causa por activa

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA DE PROCESOS JUDICIALES-Potestad para regular lo relacionado con el ejercicio de las acciones de grupo, en lo referente a la noción de grupo

El contenido normativo que exige un número mínimo de veinte de personas para la admisión de la demanda en una acción de grupo, se inscribe en el marco de competencia reconocido al legislador para regular el ejercicio de dicha acción y responde a un criterio de razonabilidad. Tal medida, además, persigue un fin constitucionalmente legítimo en cuanto que, por su intermedio, se busca definir el sentido del grupo y racionalizar el ejercicio de una acción que, precisamente, tiene como finalidad la indemnización de daños masivos de carácter moderado, esto es, perjuicios de pequeña entidad pero causados a un número considerable de personas, y en cuya reparación está comprometido el interés público o colectivo.(Sentencia C-116-08, 13.02.2008, Relator Dr. Rodrigue Escobar Gil).

(Disponível em (<http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em: 30.01.2013).

347 ARTÍCULO 52. *Requisitos de la demanda.* La demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo deberá reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Contencioso Administrativo, según el caso, y además expresar en ella:

1. El nombre del apoderado o apoderados, anexando el poder legal-mente conferido.
2. La identificación de los poderdantes, identificando sus nombres, documentos de identidad y domicilio.
3. El estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración.
4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.
5. La identificación del demandado.
6. La justificación sobre la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3º y 49 de la presente ley.
7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso. *Ley 472 de 1998 26/41*

PARÁGRAFO. La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, el cual debe ser determinado. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación. (Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013).

foram declinadas na petição inicial, mas que ele repute integrantes da relação jurídica material deduzida em juízo.

Até o prazo de 10 (dez) dias após a propositura da ação, o juiz deve decidir sobre a admissibilidade da demanda³⁴⁸. Sendo positivo o despacho, o juiz deve determinar a citação do réu, para se manifestar sobre o pedido formulado pelos autores, assim como intimar o “defensor do povo”, para que intervenha na lide, se assim desejar.

É permitido o ingresso de litisconsorte superveniente, assim como a reunião da ação do grupo com ações individuais, a pedido dos interessados³⁴⁹. A propósito, o art.

348 ARTÍCULO 53. *Admisión, notificación y traslado*. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la demanda, el juez competente se pronunciará sobre su admisión. En el auto que admita la demanda, además de disponer su traslado al demandado por el término de diez (10) días, el juez ordenará la notificación personal a los demandados. A los miembros del grupo se les informará a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios. Para este efecto el juez podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación.

Si la demanda no hubiere sido promovida por el Defensor del Pueblo, se le notificará personalmente el auto admisorio de la demanda con el fin de que intervenga en aquellos procesos en que lo considere conveniente.

PARÁGRAFO. El auto admisorio deberá valorar la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3º y 47 de la presente ley.

ARTÍCULO 54. *Notificación del auto admisorio de la demanda a entidades públicas y sociedades*. Cuando se trate de entidades públicas, el auto admisorio de la demanda deberá notificarse personalmente a su representante legal o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, esta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio al notificado. *Ley 472 de 1998 27/41*

Quando se trate de sociedades, el auto admisorio de la demanda deberá notificarse personalmente a su representante legal, en la dirección que indique el demandante. De no conocerla deberá hacer dicha afirmación bajo la gravedad de juramento, caso en el cual se notificará en la dirección que aparezca registrada en la Cámara de Comercio respectiva. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación esta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio al notificado.

(Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013).

349 ARTÍCULO 55. *Integración al grupo*. Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, 9 quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas.

La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella.

Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo.

ARTÍCULO 56. *Exclusión del grupo*. Dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del

55 da lei dispõe que quando a demanda se tenha originado em danos perpetrados a um número plural de pessoas em razão de uma mesma ação ou omissão, ou por várias ações ou omissões, derivadas da lesão a interesses e direitos coletivos, quem sofrer prejuízo poderá fazer parte do processo, antes do início da fase probatória, mediante a apresentação de um requerimento, em que se demonstrará a nexos de interdependência entre o seu prejuízo e a causa de pedir que se discute na demanda, ou seja, que o requerente pertence ao grupo atingido pelos atos ilícitos descritos na inicial. Quem não acudir ao processo, tempestivamente, e desde que a sua pretensão não esteja prescrita, poderá habitar-se como litisconsorte, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, a contar da publicação da sentença, mas não poderá reclamar indenizar superior que fora inicialmente pleiteada pelas partes originárias, tampouco beneficiar-se da condenação em custas e honorários advocatícios.

Ao que parece, a intenção do legislador colombiano foi a de racionalizar a jurisdição coletiva, promovendo a economia processual e a isonomia material. Resulta então que um único julgado, mesmo em causas relativas a direitos individuais homogêneos, tem o condão de afetar todos os interessados, podendo essas pessoas se habilitarem na lide, mesmo após proferida a sentença.

A técnica processual, nesse ponto, não foi olvidada, porque, como destacado acima, a lei proíbe a formulação de pedido diferente daquele formulado na petição inicial, por quem se habilitou posteriormente à sentença.

Há, ainda, na lei colombiana, a possibilidade de se formular pedido de exclusão do grupo. As hipóteses são as seguintes: a) quando se haja solicitado, de modo expresso, a exclusão do grupo no prazo de 5 (cinco), a contar do despacho de admissibilidade da demanda; b) quando uma pessoa for atingida pelos efeitos da sentença proferida na ação proposta pelo grupo, mas que não tenha participado do processo, demonstre, no prazo fixado na letra “a”, que seus interesses não foram representados de forma adequada pelo

término de traslado de la demanda, cualquier miembro de un mismo grupo podrá manifestar su deseo de ser excluido del grupo y, en consecuencia, no ser vinculado por el acuerdo de conciliación o la sentencia. Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en dos situaciones:

a) Cuando se haya solicitado en forma expresa la exclusión del grupo en el término previsto en el inciso anterior;

b) Cuando la persona vinculada por una sentencia pero que no participó en el proceso, demuestre en el mismo término que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación.

Transcurrido el término sin que el miembro así lo exprese, los resultados del acuerdo o de la sentencia lo vincularán. Si decide excluirse del grupo, podrá intentar acción individual por indemnización de perjuicios.

(Disponível em: <http://www.secretariaseado.gov.co>, Acesso em: 30.01.2013).

representante do grupo ou que houve graves erros na notificação. Transcorrido o prazo legal, sem que a pessoa interessada assim se manifeste, os resultados do acordo ou da sentença a vincularão. Se decidir, porém, excluir-se do grupo, deve propor ação individual, para indenização dos prejuízos.

Não existe regra com idêntico teor no Brasil. Existe, apenas, dispositivo similar na CDC (arts. 103 e 104), dispondo que os efeitos favoráveis da sentença de mérito se estendem automaticamente aos integrantes do grupo atingido. O mesmo não ocorre se o processo for extinto, em razão de insuficiência de provas ou nas demais hipóteses descritas no CDC, que serão estudadas com mais vagar, num dos próximos tópicos.

4.3 Itália

Em termos doutrinários, a Itália foi um dos países precursores na defesa dos direitos metaindividuais. Basta citar, a título de ilustração dessa assertiva, a produção acadêmica de Mauro Capannelletti, na década de 1970, defendendo a necessidade de adequação do processo e dos seus institutos às novas exigências do direito material³⁵⁰. Essa produção acadêmica, continua em voga, havendo várias estudos sobre a possibilidade de adoção do modelo da *class actions* norte-americana³⁵¹.

Não obstante, a Itália, à semelhança da França, não conta com um sistema processual coletivo. Existe apenas a previsão no Código de Defesa do Consumidor italiano, de uma denominada ação coletiva ressarcitória, ou, na literalidade da lei, “*l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori e degli utenti*”.

Essa ação não era inicialmente prevista no CDC Italiano. Ela foi introduzida na referida lei em virtude de disposições constantes da lei financeira de 2007 (artigos 445-449 da Lei nº 244/2007).³⁵²

Bem se verifica, portanto, que não objetiva tutelar direitos difusos e coletivos, apenas individuais homogêneos. Essa lacuna legislativa tem sido alvo de severas críticas doutrinárias, especialmente porque deixa a descoberto a tutela judicial de importantes

350 CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 49.

351 GIUGGIOLI, Pier Filippo. *Class action e azione di gruppo*. - Pesaro (Itália): Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 2006. p. 10.

352 (Disponível em (<http://www.uil.it>). Acesso em: 30.01.2013).

direitos difusos, como o direito ambiental³⁵³.

Ao que parece, essa lacuna decorre da resistência de setores da economia em enfrentar entraves legais e, por conseguinte, maiores custos para a produção e a circulação de mercadorias e de serviços.

4.4 União Europeia

Esperar-se-ia encontrar no âmbito da União Europeia uma legislação de vanguarda no trato dos direitos metaindividuais, tendo em vista o alto índice de desenvolvimento humano - IDH - das nações que a integram. Contudo, esta não é a realidade.

De modo surpreendente, não se encontra em vigor nenhuma diretiva expedida pela UE que trate dos interesses e direitos difusos e coletivos. Apenas encontram-se em vigor regramentos destinados à tutela dos direitos individuais homogêneos.

De fato, consultando-se as diretivas³⁵⁴ expedidas pela UE, encontram-se apenas diplomas expedidos para a tutela do direito consumidor: a) Diretiva 84/450/CEE do Conselho, que trata da publicidade enganosa; b) Diretiva 85/577/CEE emitida pelo

353 Andrea Giussani é enfática no crítica: “L'altro settore a cui corre subito il pensiero, quando si parla di azioni collettive, è quello della tutela dell'ambiente. In tale ambito, però nonostante una prodigiosa messe di contributi dottrinali, i risultati, sul piano della riforma degli strumenti processuali sono stati assai modesti: a fronte di un'evoluzione del diritto sostanziale che há visto riconoscere com sempre maggiore incisività un diritto individuale, costituzionalmente garantito, alla salute e perciò alla salubrità dell'ambiente, non si è previsto alcun sistema di incentivi idoneo a favorire l'azione in giudizio a tutela dei gruppi interessati.” (GIUSSANI, Andre. Studi sulle “class actions”. Pubblicazione della Università di Pavia, vol. 80. - Pavia (Itália): Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 354).

354 O conceito de diretiva nos é fornecido por João Mota de Campos: “Resulta destas disposições, que as *directivas* CE e EURATOM e as *recomendações* CECA são actos pelos quais a autoridade comunitária competente, ao mesmo tempo que fixa aos respectivos destinatários um *resultado* que no interesse comum deve ser alcançado, permite que cada um deles escolha os *meios e as formas* mais adequadas – do ponto de vista do direito interno, da realidade nacional ou dos seus interesses próprios – para alcançar o objectivo visado.

A criação deste particular tipo de acto comunitário revela, da parte dos autores dos Tratados, o propósito de proporcionar às Instituições Comunitárias, a par do *regulamento* que é um rígido *instrumento de uniformização jurídica*, uma alavanca mais flexível, adaptada ao objectivo menos ambicioso de simples *aproximação das legislações nacionais*, que permite atender aos particularismos nacionais deixando aos Estados-membros uma certa margem de liberdade na implementação das regras adoptadas a nível comunitário.” (CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário. - II vol.*, o ordenamento jurídico comunitário. - 5. ed. - Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 122-123).

Conselho, que estabelece o foro competente em demandados envolvendo consumidor; c) Diretiva 87/102/CEE emitida pelo Conselho, que trata do crédito do consumidor; d) Diretiva 93/13/CEE expedida pelo Conselho, concernente às cláusulas abusivas nos contratos firmados por consumidores; e) Diretiva 97/7/CE expedida pelo Parlamento europeu e pelo Conselho, relativas aos contratos firmados a distância por consumidores.

A doutrina explica essa lacuna, com a afirmação de que uma das principais metas da UE é a de estabelecer um mercado comum, pela livre circulação de mercadorias, de serviços, de capitais e de pessoas.

As diretivas expedidas pela UE têm por escopo facilitar o julgamento de lides que envolvam direito do consumidor. Por isso, há uma preocupação maior quanto ao estabelecimento de meios alternativos de solução de conflitos, que propiciem celeridade e permitam a resolução de conflitos que impliquem danos de pequena monta. Quanto à resolução judicial de conflitos entre consumidores, a orientação é pela tutela coletiva³⁵⁵.

Fixadas as balizas do direito comparado, estudar-se-ão, no próximo capítulo, os princípios e as características da jurisdição coletiva, à luz do direito pátrio, comparando-os, quando possível, com as diretrizes aqui expostas.

355 A propósito, confira-se o seguinte excerto do relatório apresentado por Sergio Chiarloni, professor de direito processual da Universidade de Turim, por ocasião do XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual: “L’Unione europea si occupa di interessi collettivi da un punto di vista particolare, ache se molto importante. Il punto di vista della tutela dei consumatori. Non si occupa né di interessi diffusi (volendosi intendere questi ultimi come interessi che appartengono alla generalità dei cittadini, ad esempio l’interesse alla salubrità dell’aria) nè di altre categorie di interessi collettivi appartenenti a più ristrette categoria di soggetti (ad esempio gli interessi dei lavoratori).

La cosa si capisce se si guarda alla storia. L’Unione europea, pur avendo oggi altre ambizioni – peraltro assi difficili da soddisfare, si pensi alla politica estera – è nata come un mercato comune per la libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone. Con la massima attenzione, pertanto, nei confronti di tutti i meccanismi giuridici che facilitano la libera concorrenza. All’interno di questi meccanismi la tutela dei consumatori costituisce un fattore di estrema importanza.

(...)

Due sono le strade percorse da queste iniziative. L’impulso verso l’introduzione di meccanismi giurisdizionali capaci de assicurare una tutela collettiva agli interessi dei consumatori; l’impulso verso l’introduzione di meccanismi di risoluzione alternativa delle dispute, soprattutto conciliativi, indirizzati ad ottenere in modo economico, rapido ed efficiente la soddisfazione di pretese dei singoli consumatori, anche di scarso valore, in modo da consentire l’emersione di un contenzioso bagatellare, che non approdrebbe mai alle dei tribunali.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*, p. 19-20).

CAPÍTULO III

JURISDIÇÃO COLETIVA

1. Prestação jurisdicional

A prestação jurisdicional, de há muito, tem sido objeto de estudo dos juristas. Como o Estado³⁵⁶ reservou para si, em regra, a solução dos conflitos entre as pessoas, vedando o uso privado da força (autotutela), essa função típica do Estado é extremamente relevante para a paz social e para o desenvolvimento da sociedade. No Brasil, a regra é a solução judicial dos conflitos, facultada a arbitragem (Lei nº 9.307/96³⁵⁷) e a autocomposição (conciliação³⁵⁸ ou mediação)³⁵⁹, sendo permitida, em

356 A referência, no ponto, diz respeito aos Estados ocidentais pertencentes ao sistema romano-germânico.

357 “O modelo institucional do processo arbitral é representado pelo conjunto de características emergentes das garantias constitucionais, das normas gerais de processo que a ele se aplicam e, finalmente, dos preceitos aderentes às suas peculiaridades; cumpre à lei de arbitragem de cada país definir as normas balizadoras da validade e eficácia da sentença arbitral, sem cuja observância o resultado da arbitragem não pode ser eficaz, mas sempre com atenção àqueles preceitos superiores e à índole desse processo alternativo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. dois. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 41).

358 No ponto, vale conferir a doutrina de Mauro Cappelletti: “Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte 'vencedora' e a outra 'vencida' – ofereça possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, p. 83-84).

359 Rodolfo de Camargo Mancuso tem excelente conceito de conciliação: “O conceito de conciliação pode ser extraído, contrario sensu, da definição de mediação constante do PL 94/2002, da Câmara dos Deputados, que “institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil”, dizendo o art. 2º que “mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”; o sentido vem contemplado no art. 14, dizendo que “o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 231).

alguns casos, a autodefesa³⁶⁰.

Em virtude da prevalência da solução judicial dos conflitos, os pequenos e os grandes problemas chegam ao Poder Judiciário. O mundo ocidental contemporâneo assiste a um expressivo crescimento quantitativo das lides deduzidas em juízo. Esse fenômeno se deve em grande medida ao fato de se permitir, como regra, nos países vinculados ao sistema romano-germânico, o livre acesso ao Poder Judiciário, nos termos do quanto preconizado por Mário Capeletti³⁶¹.

O Brasil garante o acesso universal ao Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB), contudo, não isenta as partes do pagamento das custas. Apenas quando a parte for juridicamente pobre, é permitido o ingresso em juízo sem o pagamento de custas. É que a Lei nº 1.060/1950, muito editada antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, foi por ela recepcionada, porquanto em consonância com o texto constitucional, porque objetiva facilitar o acesso dos necessitados ao Poder Judiciário. Nesse sentido, à luz do disposto no art. 4º, para o gozo da gratuidade judiciária, basta a simples afirmação da parte, na própria petição inicial, de que não tem condições de que arcar, sem prejuízo da sua subsistência, com as custas do processo. É fato notório que a Lei nº 1.060/1950, embora tenha contribuído para o acesso da população carente ao Poder Judiciário, não resolveu o problema. A simples isenção de custas e/ou nomeação de advogado para a causa é apenas um primeiro passo na solução da questão.

Com efeito, a população carente precisa não só demandar perante o Poder Judiciário, mas receber esclarecimentos de ordem jurídica, orientação administrativa, assim como amparo institucional, porque em grande parte é analfabeta, residente em locais desprovidos de transporte público e de segurança pública³⁶². Além disso, é

360 A propósito, Ada Pellegrini Grinover faz importante ressalva do ordenamento pátrio quanto à proibição de resolução dos conflitos mediante a autotutela: “Apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário para a satisfação de pretensões em benefício do mais forte ou mais astuto, para certos casos excepcionalíssimos a própria lei abre exceções à proibição. Constituem exemplos o direito de retenção (CC, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 etc.), o desforço imediato (CC, art. 1.210, §1º), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 1.283), a auto-executoriedade das decisões administrativas; sob certo aspecto, podem-se incluir entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24-25; CC, arts. 188, 929 e 930)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 35).

361 CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, p. 8.

362 ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material. *Revista IOB de Direito Civil e*

necessário destacar que os escritórios de advocacia não têm estrutura física para atender à demanda da parcela carente da população brasileira, tampouco para acompanhamento processual. Nessa parcela encontram-se dezenas de milhões de pessoas. Deveras, a maior parte da população carente no Brasil reside em locais de difícil acesso, sem transporte público, não raras vezes sem água encanada; é um povo castigado, porém forte, persistente e guerreiro, que precisa da Defensoria Pública para que seus direitos sejam respeitados e efetivados. A advocacia dativa não lhe é suficiente.

Outro fator importante para o incremento desses números reside na rápida industrialização dos países, o que provocou a formação de uma sociedade de massa, com padrões semelhantes de consumo³⁶³. De fato, a rápida expansão da produção industrial provocou uma grande mudança na configuração da sociedade, assistindo-se a alterações de padrões culturais, notadamente nos países periféricos, ditos em desenvolvimento. Note-se que o cerne da produção industrial reside nos países desenvolvidos, de modo que os seus habitantes acostumaram-se, paulatinamente, com os avanços tecnológicos e com a mudança de hábitos daí decorrentes.

Esse processo não ocorreu com os países da periferia capitalista. A mudança social nesses países aconteceu de forma abrupta, pois, de aproximadamente de vinte anos para cá, foram assolados com produtos oriundos dos países desenvolvidos, como televisores, geladeiras, carros, *fast food*, roupas, tênis, de modo que seus habitantes passaram a consumir praticamente os mesmos produtos e serviços oferecidos nos países desenvolvidos, de uma hora para outra. É fácil, portanto, encontrar as mesmas lojas de *fast food* instaladas em países desenvolvidos nos países da periferia (Argentina, Equador, Chile e Uruguai). Trata-se do fenômeno da globalização³⁶⁴.

Processual Civil, Ano XI – nº 66, São Paulo: IOB, 2010, p. 18.

363 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 32. (Curso de processo civil; v. 2).

364 Eric Hobsbawm, tecendo esclarecimentos sobre a mudança do panorama mundial entre o início o final do século XX, faz importantes considerações a respeito do processo de globalização: “A segunda transformação foi mais significativa. Entre 1914 e o início da década de 1990 o globo foi muito mais uma unidade operacional única, como não era e não poderia ter sido em 1914. Na verdade, para muitos propósitos, notadamente em questões econômicas, o globo é agora a unidade operacional básica, e unidades mais velhas como as 'economias nacionais', definidas pelas políticas de Estados territoriais, estão reduzidas a complicações das atividades transnacionais. O estágio alcançado na década de 1990 na construção da 'aldeia global' – expressão cunhada na década de 1960 (McLuhan – 1962) – não parecerá muito adiantado aos observadores de meados do século XXI, porém há havia transformado não apenas certas atividades econômicas e técnicas e as operações da ciência, como ainda importantes aspectos da vida privada, sobretudo devido à inimaginável aceleração das comunicações e dos transportes. Talvez a característica mais impressionante do fim do século XX seja a tensão entre o processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas e do comportamento coletivos dos seres humanos de se acomodarem a ele. É curioso observar que o comportamento humano privado teve menos dificuldade para adaptar-se ao

Por outro lado, constitui fato inerente à produção industrial a existência de pequeno percentual de falhas em produtos e serviços, às vezes até mesmo danos mais graves ao consumidor. Logo, como são milhões ou até bilhões os serviços e produtos lançados no mercado, em virtude da massificação das relações econômicas, é fácil concluir que centenas de milhares de ações são propostas, tendo como causa de pedir defeitos ou fatos do produto ou do serviço³⁶⁵.

Essas ações consumeristas são uma pequena amostra das lides deduzidas em juízo. Muitas outras lides têm origem diversa, como conflitos familiares, questionamentos de planos econômicos, ações indenizatórias, questões possessórias, repetição de indébito tributário e ações penais. Os tribunais, portanto, têm que lidar com um gigantesco acervo processual. Não obstante essa realidade, os recursos orçamentários destinados ao Poder Judiciário, em regra, são diminutos. Em geral, esse poder conta com um pequeno corpo de servidores e razoável estrutura de trabalho.

Esse o contexto, é fácil concluir que a atividade jurisdicional ganhou extrema importância para a sociedade. Grande parcela da população é parte em lides que tramitam no Poder Judiciário. Diz-se que já existe no Brasil uma cultura demandista³⁶⁶. Por isso que essa atividade, dia a dia, ganhou o cotidiano das pessoas, cuidando-se de uma das funções típicas do Estado mais comentadas na atualidade. O Judiciário, outrora distante da sociedade, hoje é realidade presente na vida de todos os integrantes das camadas sociais, sendo alvo de muitas críticas. Muitas dessas críticas dizem respeito à morosidade dos julgamentos, assim como ao excesso de formalidades para que os pedidos sejam apreciados pelo Poder Judiciário. Outras críticas são endereçadas à fundamentação das decisões judiciais, bem como à necessidade de maior transparência desse poder.

Trata-se de tema palpitante, tanto assim que diversas leis foram editadas nos últimos anos, com o escopo de melhorar o desempenho do Poder Judiciário. A propósito, devem ser citadas a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) e as reformas processuais (Leis nº 10.444/2002 e 11.232/2005) que tornaram o processo

... mundo da televisão por satélite, ao correio eletrônico, às férias nas Seychelles e ao emprego transoceânico.” (HOBSBAWM, Eric J. 1917-2012. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*, p. 24).

365 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 36.

366 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 89.

civil, em grande parte, sincrético³⁶⁷ ou, para alguns, eclético³⁶⁸.

Assim, a Lei nº 10.444/2002 eliminou o processo de execução com fundamento em sentença judicial que imponha obrigação de fazer ou não fazer. Isto porque, ao determinar que o juiz deve conceder à parte vitoriosa a “*tutela específica*” da obrigação, ou, quando isso não for possível, “*determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*” (art. 461 do CPC), a lei permite ao credor ter acesso aos meios de satisfação de seu direito antes do processo de execução. Para tanto, inclusive, o juiz poderá se valer das medidas de apoio, multas, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade.

As Leis nº 10.444/2002 e nº 11.232/2005 também aboliram o processo de execução com base em sentença judicial que determine a entrega de coisa, em que condene o réu ao pagamento de quantia certa. Nesses casos, posteriormente à sentença, se o caso, haverá apenas a fase de cumprimento de sentença³⁶⁹, hipótese em que serão praticados atos materiais para a satisfação do credor.

Tais leis, contudo, foram editadas para aperfeiçoar o processo individual, isto é, o processo em que uma ou mais pessoas figura em alguns dos polos da lide. Essas medidas, porém, afiguram-se insuficientes para a melhoria da prestação jurisdicional. É que as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 9.099/1995 têm por finalidade tutelar demandas de cunho individual. Essas normas sofrem apenas ligeiras alterações quando o direito material assim exigir. A título de ilustração, cite-se o procedimento especial reservado às ações possessórias, cujo rito difere do procedimento ordinário reservado para a tutela dos demais direitos discutidos em Juízo.

367 “b) a 'efetivação' forçada da sentença condenatória será feita como etapa final do processo de conhecimento, após um 'tempus iudicati', sem necessidade de um 'processo autônomo' de execução (afastam-se princípios teóricos em homenagem à eficiência e brevidade); processo 'sincrético', no dizer de autorizado processualista. Assim, no plano doutrinário, são alteradas as 'cargas de eficácia' da sentença condenatória, cuja 'executividade' passa a um primeiro plano; em decorrência, 'sentença' passa a ser o ato 'de julgamento da causa, com ou sem apreciação do mérito';” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Vol. II*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 14.

368 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil..* 15. ed. rev. e atual. vol. 1, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 461.

369 “Com essa estrutura e eficácia, a sentença condenatória não é por si própria suficiente para oferecer ao credor uma tutela jurisdicional plena: a satisfação do crédito só ocorrerá se o devedor atender ao preceito e cumprir a obrigação voluntariamente (CPC, art. 475-J) ou se depois forem desencadeadas sobre seu patrimônio as medidas inerentes ao processo executivo (constrições judiciais, alienação ou entrega de bens etc.). A crise de adimplemento, que é o fato legitimante da tutela jurisdicional condenatória, não fica debelada por essa sentença. A tutela jurisdicional oferecida pela sentença condenatória é apenas parcial e a satisfação coercitiva do crédito só ocorrerá mediante a conjugação entre essa sentença e a execução forçada (daí, tutela condenatória-executiva – supra n. 58).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* 6. ed. rev. e atual. vol. III, São Paulo: Malheiros Editores, p. 235).

Tendo em conta que o processo civil moderno é visto como um instrumento a serviço do direito material³⁷⁰, cujo objetivo é o alcance de resultados úteis na vida dos sujeitos³⁷¹, é inadmissível a utilização do processo civil comum (rito ordinário ou sumário), para o trato de direitos que exigem uma abordagem diferenciada³⁷². O processo civil, por ser instrumento, deve adaptar-se à configuração do direito material que tutela.

Os direitos metaindividuais referem-se a direitos que pertencem a coletividades, cuja titularidade, muitas vezes, é indefinida. Logo, as regras do processo civil clássico não calham à tutela desses direitos em juízo³⁷³. Com efeito, os direitos metaindividuais exigem um diferente regime de provas, assim como uma nova abordagem das condições da ação e do regime de substituição processual³⁷⁴. Também por sua configuração coletiva, o regime da coisa julgada no processo civil individual não pode ser aplicado aos direitos metaindividuais sem algumas alterações, sob pena de grave injustiça³⁷⁵. A verdade é que todo e qualquer o tipo de processo deve ser adequado ao direito material discutido em juízo³⁷⁶.

370 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência*, v. II, p. 6.

371 “A diversidade de provimentos concebidos e instalados na ordem processual é um dos aspectos da técnica processual, destinando-se cada um deles a debelar uma espécie de *crise jurídica* mediante a oferta de solução prática adequada segundo os desígnios do direito substancial e sempre com vista a produzir *resultados úteis* na vida dos sujeitos. Sabido que o processo civil é institucionalmente voltado a produzir tais resultados (*processo civil de resultados*) e que cada uma dessas situações caracterizadas como crises jurídicas apresenta dificuldades específicas que não estão necessariamente presentes em todas, é natural que as técnicas variem e sejam diferentes os provimentos a emitir em cada uma delas.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 149).

372 SANTOS SILVA, F. Nicolau. *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa (Portugal): Quid Juris? Sociedade Editora, 2002, p. 9.

373 ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Ano XI, nº 66*, São Paulo: IOB, p. 16, 2010.

374 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 50.

375 A propósito, confira-se a análise de Luiz Guilherme Marinoni: “Além disso, o surgimento de conflitos envolvendo, de um mesmo lado, vários titulares de direitos individuais com origem comum – típicos de sociedade de massa – obrigou à consideração jurídica dessa realidade e, assim, à definição de ‘direitos individuais homogêneos!’.”

“Os direitos transindividuais e individuais homogêneos exigiram a remodelação dos antigos conceitos de legitimidade para a causa e de coisa julgada material, ligados ao processo civil estruturado para dar solução aos conflitos individuais, que concebia o legitimado como o titular do direito material e a coisa julgada material como algo que diz respeito somente às partes.”

“Conceitos desse tipo não servem para os direitos transindividuais (difusos e coletivos), simplesmente porque eles são indivisíveis e, em razão disso, devem ser reivindicados por entes que tenham idoneidade e capacidade para protegê-los em juízo. Se a legitimidade, no caso, tem que ser obrigatoriamente deferida a um ente coletivo – que então passa a defender direitos de várias pessoas –, a coisa julgada material, por absoluta consequência lógica, tem que passar a beneficiar a todos os titulares do direito em litígio” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 75-76).

376 LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen

Alguns avanços, nesse sentido, foram alcançados com a Lei de Ação Popular – LAP, com atribuição ao Ministério Público para a defesa de certos interesses ambientais (Lei nº 6938/91)³⁷⁷. Contudo, insuficientes para a boa tutela dos direitos metaindividuais.

Desse modo, foi bem-vinda a Lei nº 7.347/1985, que instituiu a ACP, para a tutela dos direitos metaindividuais em juízo. Cuida-se de norma precursora do direito processual coletivo. Por isso que veiculou um sistema processual diverso daquele presente no Código de Processo Civil em vigor, especialmente por inovar no rito e trazer a lume novos princípios processuais. Com semelhante escopo, foram promulgados a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) e a Lei nº 12.016/2009. Isto porque, inicialmente, a Lei nº 7.347/1985 não autorizava a propositura de ACP para a tutela em juízo de direitos individuais homogêneos, o que só veio a ser permitido com a entrada em vigor dos artigos 91 a 100 do CDC.

O sistema processual coletivo, hoje constituído pelas Leis nºs 7.347/1985, 4.717/1965, 8.078/90 e 12.016/09, bem como pelos precedentes do TST em dissídios coletivos (arts. 678, I, “a”, E 896, “b”, da CLT)³⁷⁸ e o controle concentrado de constitucionalidade (Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999)³⁷⁹, abriga importantes instrumentos para a racionalização da atividade jurisdicional, bem como para a redução do acervo de processos hoje existente, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

Em vez de milhares de consumidores proporem ações individuais, em diversos

Juris, 2005, p. 35.

377 COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, 156.

378 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. - 8. ed. rev. e atual. - São Paulo: LTr, 2012, p. 969.

379 Teori Albino Zavascki, salientando a tendência de privilegiar-se, em nosso, o controle concentrado de constitucionalidade, destaca que tal controle se constitui em um especial instrumento de tutela coletiva, assertiva com a qual concordamos. A propósito, confirmam-se as suas razões: “É inegável a tendência, verificada em nossa sistema, de privilegiar o método de controle concentrado de constitucionalidade das normas, e as decisões de mérito proferidas nas correspondentes ações têm não apenas a eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, mas também, indiretamente, a de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência dos direitos subjetivos individuais. Considerando essa circunstância, e, ainda mais, que as mesmas sentenças têm eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, e *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, não há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante de suas decisões. É, em outras palavras, um especial modo de prestar tutela coletiva.” (ZAVASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. - 4. ed. rev. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 241).

pontos do território nacional, com o objetivo de que sejam ressarcidos pela aquisição de produto defeituoso, pode ser proposta uma ACP com tal objeto. Essa ação elimina considerável acervo processual, além de evitar a existência de decisões conflitantes sobre o mesmo tema³⁸⁰. Com efeito, não é raro encontrar, ainda hoje, sentenças com trânsito em julgado, versando sobre o mesmo direito individual homogêneo, com dispositivos diferentes. Essa disparidade de julgamentos causa uma grande perplexidade nos jurisdicionados, corrói a ordem do sistema jurídico, além de desacreditar o Poder Judiciário³⁸¹.

Essa legislação, contudo, apresenta lacunas no tratamento da legitimidade para a ação civil pública. Nela, de fato, não se encontra previsão normativa relativamente à legitimidade passiva coletiva, tema extremamente importante nos dias atuais. Também não há previsão de desconsideração da personalidade jurídica, de uso de mediação, tampouco de regras pormenorizadas quanto a esse relevante meio de composição de lides, a exemplo de regras pertinentes ao sigilo, à formação dos mediadores. Faltam também regras mais coerentes para o tratamento das consequências de litispendência, bem como no que diz respeito à legitimidade, particularmente o controle judicial da representatividade adequada e da pertinência temática.

Neste capítulo, desenvolver-se-á um estudo sobre os institutos fundamentais do processo civil, sob uma visão crítica, notadamente em confronto com as categorias do processo civil coletivo, ainda em formação. Além desse comparativo, será dado enfoque, em apartado, à doutrina e à legislação estrangeira. Isto porque se entende que a prestação jurisdicional deve ser analisada como um todo, sob o ponto de vista individual e coletivo, porque, não obstante as diferenças, muitos são os traços em comum. O direito comparado, especialmente a legislação dos países ligados ao *common law*, tem muito a oferecer ao estudo da ACP, tendo em vista que, antes do Brasil produzir legislação a respeito do tema, esses países já regularam em lei regras pertinentes às *class actions*.

Também se destacará em alguns pontos um comparativo entre a sistemática

380 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 276.

381 “A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais.”

“As ações coletivas podem, entretanto, cumprir um grande papel, no sentido de eliminarem as disfunções supramencionadas, na medida em que concentram a resolução das lides no processo coletivo, eliminando ou reduzindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares e contraditórias” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, p. 40).

vigente e a preconizada no projeto de lei – PL nº 5.139/2009, que diz respeito à nova Lei de Ação Civil Pública. Reputamos que vários dos dispositivos constantes desse PL podem ser objeto de análise no âmbito desta dissertação, porque correspondem à obra de grandes doutrinadores do direito processual coletivo, afinados com a doutrina internacional mais moderna sobre o tema. Ainda mais porque com esse PL o Poder Executivo objetiva, conforme constou na exposição de motivos, implantar um Sistema de Processo Coletivo, com exceção do mandado de segurança coletivo, que contém disciplina própria, revogando vários dispositivos relativos ao tema que se encontram em legislação esparsa³⁸², além de modernizar o processo civil coletivo, a fim de assegurar o acesso à justiça e a efetividade da tutela coletiva³⁸³.

Com efeito, com o objetivo de compilar e de sistematizar as regras e os princípios relativos ao processo coletivo, e, influenciados pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América³⁸⁴, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe

382 Atualmente, o Brasil conta com várias leis que regem o processo coletivo, umas promulgadas com o objetivo de estabelecer regras processuais, como a Lei nº 7.347/1985, outras, com o escopo de tutelar o direito material, como o CDC e o ECA. O microsistema do processo coletivo brasileiro hoje é regido, portanto, pelas seguintes leis, afora os precedentes oriundos do controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo STF: Lei de Defesa dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Lei nº 7.913/1989), Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/1990), Lei de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 7.853/1989), Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/1990), Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8.429/1992), de Lei de Defesa da Ordem Econômica (Lei nº 8.884/1994), Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001) e o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671/2003).

383 Eis excerto da exposição de motivos da nova Lei de Ação Civil Pública: “3. O Código de Processo Civil, de 1973, balizador da disciplina processual civil, mas ainda fundado na concepção do liberalismo individualista, não responde neste novo estágio de evolução jurídico-científica ao alto grau de complexidade e especialização exigidos para disciplinar os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

4. A mencionada Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, são marcos importantes para a tutela dos interesses coletivos, mas, com passar do tempo, juristas, pesquisadores e doutrinadores do Sistema Coletivo Brasileiro identificaram a necessidade do seu aperfeiçoamento e modernização com vistas a adequá-lo às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional. Temos como exemplo o Código-modelo de processos coletivos para Ibero-América e os dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo - USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito processual – IBDP, e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, respectivamente.

5. Durante o Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido em junho de 2008 pela Advocacia-Geral da União, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil.

6. Diante desse cenário, o Ministério da Justiça instituiu, por meio da Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008, Comissão Especial composta por renomados juristas e operadores do Direito, com representação de todas as carreiras jurídicas, e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério, com a finalidade de apresentar proposta de readequação e modernização da tutela coletiva.” (<http://www.camara.gov.br>, em 30.01.2013).

384 Antonio Gidi faz um relato do surgimento do *Código Modelo Ibero-americano* nos seguintes termos: “A ideia do *Código Modelo Ibero-americano* surgiu em 2002, em um seminário realizado em Roma. A sua primeira versão foi apresentada poucos meses depois por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, nas *XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, realizadas em Montevideu. Nessa ocasião, o Instituto Ibero-americano nomeou uma Comissão Revisora, que

criaram um grupo de estudo, integrado não só por eles, mas também por pós-graduandos da Universidade de São Paulo – USP, que resultou na elaboração de um projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – CBPCo, posteriormente apresentado ao Ministério da Justiça.

Com o mesmo objetivo, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes criou um grupo de trabalho no âmbito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Estácio de Sá, que resultou na elaboração de outro projeto, também apresentado ao Ministério Justiça³⁸⁵.

Tendo em conta estes estudos, foi criada no seio da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça a Comissão de Estudos para a elaboração de Anteprojeto para uma Nova Lei da Ação Civil Pública, conforme Portaria Ministerial 2.481, de 09 de dezembro de 2008³⁸⁶, que, ao final dos trabalhos, elaborou um texto, fruto do consenso dos seus integrantes. Em 2009, o Presidente da República enviou o aludido texto, com algumas modificações sofridas na Casa Civil, na forma de projeto de lei, à Câmara dos Deputados, onde recebeu o nº PL 5.139/2009³⁸⁷. De acordo com o informação do portal da Câmara, o aludido projeto aguarda ser inserido na pauta do Plenário daquele órgão³⁸⁸.

debateu o Anteprojeto e apresentou críticas e sugestões para o seu enriquecimento. O Anteprojeto foi analisado também em um encontro acadêmico realizado em Barcelona, convocado pelo destacado professor espanhol José Luis Vázquez Sotelo. O Código Modelo foi finalmente aprovado nas *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, realizadas em Caracas em 2004.” (GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo Ibero-americano*. - Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 13-14).

385 MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 259.

386 Essa comissão, conforme informação de Ricardo de Barros Leonel, foi integrada por ele e pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacy, Anízio Pires Gavião Filho, Antônio Augusto de Aras, Antônio Carlos Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gredório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Calou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petrônio Calmon Filho, Ricardo Pippi Schmidt e Sérgio Cruz Arenhart (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 139-140).

387 O aludido PL 5139/2009 foi apresentado à Câmara pelo Poder Executivo. Inicialmente, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados-CCJC, quanto à constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, mas, no mérito, o projeto foi rejeitado, nos termos do parecer do deputado federal José Carlos Aleluia (DEM-BA), conforme publicação ocorrida no dia 17.03.2010 (<http://www.camara.gov.br>). No entanto, houve recurso ao Plenário da Câmara dos Deputados, interposto pelo deputado Antônio Carlos Biscaia. Portanto, o projeto aguarda ser inserido em pauta, para deliberação dos deputados federais. Se aprovado, seguirá para o Senado Federal.

388 Ada Pellegrini Grinover elenca das razões para a resistência dos parlamentares em aprovar o aludido PL 5139/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados: “Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o relator do Projeto, Deputado Antonio Carlos Biscaia, do partido do

A prestação jurisdicional não abarca somente o processo individual, mas também o coletivo. Essa função estatal pode ser analisada sob três enfoques, todos bastante complexos. São eles: a jurisdição, a ação e o processo³⁸⁹. Isto porque esses três institutos são considerados os pilares do processo civil. Com efeitos, eles envolvem toda a dinâmica desta função típica estatal, desde os requisitos para a dedução do pedido em juízo, aos poderes do magistrado para apreciar essa pretensão, assim como às regras de processamento. Justamente nessa ordem esses institutos serão analisados, doravantes, neste capítulo.

2. Jurisdição

2.1 Aspectos gerais

A jurisdição é tema ligado à distribuição da justiça. Trata-se de típica função

Governo, apresentou um Substitutivo, reconduzindo o Projeto ao leito da proposta da Comissão do Ministério da Justiça. Cem emendas foram apresentadas pelos deputados, objetivando em grande parte retornar aos dispositivos sugeridos pela Casa Civil. O relator rejeitou muitas, acolheu várias, e uma forte batalha se travou no seio da Comissão de Constituição e Justiça. Muitos *lobbies* trabalharam contra o projeto, frequentemente com argumentos falaciosos: um inexistente reforço dos poderes do Ministério Público, a ampliação do objeto da tutela coletiva (que, ao contrário, se enquadra na expressão da lei vigente: 'outros direitos difusos e coletivos), a extensão da legitimidade ativa (que permanece exatamente a mesma, sendo apenas melhor detalhada), o desequilíbrio entre a posição do autor coletivo e do demandado (que é mais equilibrada, como se vê pelo regime da coisa julgada na tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos). A batalha redundou na rejeição do projeto na Comissão de Constituição e Justiça, mas houve recurso do relator e de outros deputados, acompanhado de pedido dos membros da Comissão elaboradora do Anteprojeto, para que a matéria fosse reapreciada pelo Plenário.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O projeto de lei brasileiro sobre processos coletivos*. In: *A ação civil pública após 25 anos/coordenador Édis Milaré*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 18-19).

389 “O estudo da trilogia estrutural do Direito Processual deve começar pela jurisdição porque esta se constitui no objeto central dos estudos da ciência processual, sendo verdadeiro pólo metodológico desse ramo do Direito. Repita-se, aliás, que ao conceituarmos o Direito Processual afirmamos ser este o ramo do Direito que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional. Ora, sendo a jurisdição o conceito mais importante de toda a ciência processual, elemento integrante do próprio conceito de Direito Processual, nada mais razoável que tal função do Estado seja examinada em primeiro lugar.

Ocorre que a jurisdição, conforme se verá com mais detalhes adiante, é inerte, só podendo o Estado exercer esta sua função se for provocado (salvo nas raríssimas exceções em que se admite o exercício de ofício da função jurisdicional). Tal provocação se dá através da propositura de uma ação, motivo que nos leva a considerar que este deve ser o segundo instituto fundamental da ciência processual a ser aqui examinado. Por fim, se verifica que ao ser proposta uma ação, o que terá como consequência o dever estatal de prestar jurisdição, precisa o Estado de algum instrumento que lhe permita exercer aquela função, e tal instrumento é o processo. Assim, por ser o processo o instrumento que permite ao Estado, provocado pelo exercício da ação, exercer jurisdição, deve ser esse instituto examinado por último” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, vol. I*, 15 ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 62).

estatal, consistente em solução imperativa de conflitos, mediante a aplicação da norma ao caso concreto³⁹⁰, que pode envolver atividade cognitiva, como no processo de conhecimento, ou simplesmente a prática de atos materiais, como na execução³⁹¹. Alguns autores, como Ernane Fidelis dos Santos, entendem que o conceito de jurisdição deve ser amplo, porquanto no processo executivo não há atividade cognitiva. É certo que não se deve olvidar a existência de sentenças injustas no âmbito do processo de conhecimento³⁹².

A sua configuração está diretamente ligada ao tipo e aos fins do Estado a que está vinculada³⁹³. Destarte, competindo ao Estado o respeito à dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF), a defesa do meio ambiente (art. 225), a construção de uma sociedade livre, pluralista, igualitária, com justa distribuição de recursos para a erradicação da pobreza (art. 3º), todos esses objetivos devem ser perseguidos por ocasião do exercício da jurisdição. Trata-se de fundamentos éticos da ordem jurídica brasileira³⁹⁴.

390 “Conceitua-se a jurisdição, a partir dessas premissas, como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 309).

391 “(...) podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 145.)

392 “Estabelecidas, assim, as finalidades específicas da atividade do Estado, no exercício da jurisdição, podemos defini-la como o poder-dever do Estado de compor os litígios, de dar efetivação ao que já se considera direito, devidamente acertado, e de prestar cautela aos processos em andamento ou a se instaurarem, para que não percam sua finalidade prática” (SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. 15 ed. vol. I: processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84)

393 “A jurisdição, em outras palavras, terá fins sociais, políticos e propriamente jurídicos, conforme a essência do Estado cujo poder deva manifestar.

Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição Federal, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF), os fins da jurisdição devem refletir essas ideias.

Assim, a jurisdição, ao aplicar uma norma ou fazê-la produzir efeitos concretos, afirma a vontade espelhada na norma de direito material, a qual deve traduzir – pois deve estar de acordo como os fins do Estado – as normas constitucionais que revelam suas preocupações básicas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Vol. 2: processo de conhecimento. - 6 ed. rev. atual. e ampl. da obra manual do processo de conhecimento – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 36).

394 “Os três grandes temas que definem a dimensão comunitária tanto do anteprojeto José Afonso da Silva como o da Comissão Arinos – definição do fundamento ético da ordem jurídica, amplo sistema de direito fundamentais, acompanhado dos institutos processuais que visam controlar a omissão do poder público e Corte Suprema como órgão político – são adotados pela Constituição Federal” (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 4. ed. - Rio de Janeiro:

A aplicação do direito material ao caso concreto deve sempre estar de acordo com o que reza a Constituição³⁹⁵. Deveras, decorre do sistema adotado pelo legislador pátrio a supremacia formal e material das normas inseridas na Constituição sobre a legislação infraconstitucional. Portanto, toda atividade jurisdicional deve partir dessa premissa.

Para o alcance desse objetivo, no entanto, faz-se imprescindível uma análise escalonada de normas, isto é, vertical, confrontando-se as normas constitucionais pertinentes ao caso com a legislação infraconstitucional invocada pelas partes. Essa análise levará em conta todos os aspectos da norma infraconstitucional, sejam eles formais ou verticais, como a regularidade do processo legislativo que aprovou a respectiva lei; assim como a constitucionalidade do conteúdo material da legislação, à luz de princípios e normas constitucionais. Esse controle será realizado, portanto, à luz de princípios e de regras constitucionais, levando em consideração, ainda, a norma pressuposta³⁹⁶.

Essa operação mental ocorrerá no julgamento de todas as causas que se apresentem ao Poder Judiciário, seja em matéria de controle difuso, seja no controle concentrado de constitucionalidade, pois o Brasil adotou ambos os sistemas³⁹⁷.

2.2 Controle de constitucionalidade na ACP

Editora Lumen Juris, 2009, p. 43).

395 “Em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de forma explícita ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. A razão é simples de demonstrar. Quando uma pretensão jurídica funda-se em uma norma que não integra a Constituição – uma lei ordinária, por exemplo -, o intérprete, antes de aplicá-la, deverá certificar-se de que ela é constitucional. Se não for, não poderá fazê-la incidir, porque no conflito entre uma norma ordinária e a Constituição é esta que deverá prevalecer. Aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1).

396 A propósito da norma pressuposta, Kelsen preleciona: “É uma norma 'fundamento', pois acerca da razão de sua validade não mais pode ser indagada, pois não é norma estabelecida, mas norma pressuposta. Não é positiva, estabelecida por um real ato de vontade, mas sim pressuposta no pensamento jurídico, quer dizer – como mostrado no que precedeu – uma norma fictícia. Ela representa o supremo fundamento de validade de todas as normas jurídicas que formam o ordenamento jurídico. Somente uma norma pode ser o fundamento de validade de uma outra norma” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986, p. 328).

397 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 51. Não consta da bibliografia final.

Desde a Constituição de 1891 (arts. 58, §1º, 59, “a”)³⁹⁸, por influência de Rui Barbosa³⁹⁹, o Poder Judiciário brasileiro detém o chamado controle de constitucionalidade difuso⁴⁰⁰.

Cuida-se de controle exercido de modo incidental - também chamado de controle por via de defesa ou sistema americano -, por ocasião do julgamento de uma lide. Há, portanto, necessidade de um conflito de interesses, para que se exerça essa espécie de controle. Em suma, ele é exercido na fundamentação da sentença que (in)deferre a tutela de um interesse ou direito subjetivo.

O objeto mediato do pedido principal corresponde ao bem da vida pretendido pela parte, ao passo que o objeto imediato diz respeito ao provimento jurisdicional reclamado do Estado-juiz (tutela condenatória, declaratória, constitutiva, inibitória ou mandamental). Assim, tanto o autor, quanto o réu, ao abordarem a questão constitucional em suas petições, devem fazê-lo como argumento para o reforço da conclusão de seus pedidos, não como pedido principal.

A análise da constitucionalidade da norma relacionada à tutela do direito subjetivo discutido em juízo é feita no âmbito de um capítulo da fundamentação da

398 “Art. 58 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§1º – Das sentenças da Justiça dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

Art. 59 – Compete aos Juízes ou Tribunais federais decidir:

a) as causas em que alguma das partes estribar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal.” (SENADO FEDERAL. *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 1967 e suas alterações*. - Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, p. 65).

399 HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. - 4. ed rev. e atual. - Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2003, p. 142.

400 A origem dessa competência é narrada com percuciência por Luís Roberto Barroso: “Do ponto de vista subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser, em primeiro lugar, *difuso*. Diz-se que controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, a sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803.

De fato, naquela decisão considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento.

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concurado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46-47).

sentença, como questão incidental (*incidenter tantum*) ou prejudicial, por isso que não consta do dispositivo. Com efeito, a deliberação sobre a arguição de inconstitucionalidade de norma funciona como uma prejudicial em relação ao mérito da lide⁴⁰¹. Logo, deve ser enfrentada antes do dispositivo, isto é, antes do julgamento da pretensão formulada pela parte, por ser um antecedente lógico.

Em linhas gerais, a atividade do juiz do *common law* reside na subsunção dos fatos à norma pertinente, a fim de declarar os seus efeitos jurídicos. A certeza quanto à (in)constitucionalidade dessa norma, portanto, figura-se como antecedente ineludível para o julgamento da causa. Assim, a inconstitucionalidade da norma poderá resultar na improcedência do pedido, tendo em conta que essa circunstância torna certo que a pretensão reivindicada pelo autor não encontra amparo legal. Pode acontecer, por outro lado, justamente o contrário. O autor ingressa em juízo, reclamando um bem da vida, sob o argumento de que determina norma que proíbe a sua fruição é inconstitucional. É o que se verifica nas causas propostas com o objetivo de repetição de indébito tributário. O contribuinte deduz o pleito em juízo, reclamando a devolução do tributo indevidamente pago, sob o argumento de que a lei que fundamentou essa cobrança é inconstitucional, ou porque não respeitou o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, da CRFB/1988), ou porque desrespeitou o princípio da proibição de confisco (art. 150, IV, da CRFB/1988) ou ainda por ofensa ao princípio da legalidade (art. 150, I, da CRFB/1988). Enfim, como se verifica, todas as alegações de ordem constitucional devem ser solucionadas previamente ao julgamento da lide, por ser uma premissa lógica em relação à conclusão a ser lançada no dispositivo da sentença ou do acórdão.

A repercussão da declaração da inconstitucionalidade só produz efeitos em relação às partes que integram a lide objeto de julgamento. Trate-se da eficácia *inter partes*. Essa extensão corresponde à eficácia subjetiva da coisa julgada. No entanto, é possível que o Senado suspenda a execução da norma reputada inconstitucional (art. 52, X, da CRFB/1988), atribuindo eficácia *erga omnes* ao julgado. Interesse notar, a propósito, que o STF tem expressado, em recentes julgamentos⁴⁰², o entendimento de

401 CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Vol. III. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. - Campinas: Bookseller, 1999, p. 59.

402 A título de ilustração dessa assertiva, trago à colação a seguinte ementa de acórdão:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO

que o julgamento de recurso extraordinário pode ter eficácia *erga omnes*, mediante deliberação do próprio STF, dispensando a atuação do Senado. Conforme noticiam alguns doutrinadores, cuida-se de uma mutação constitucional, ou seja, uma mudança na interpretação da norma constitucional, sem a necessidade de reforma do seu texto. Tal mutação foi fruto não só do princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários, mas também da aplicação da chamada teoria da transcendência dos motivos determinantes⁴⁰³. Isto porque, de acordo com essa teoria os motivos determinantes do julgamento também possuem efeito vinculante. Há também precedente do STF no sentido que, em julgamento em que questione a vigência de norma anterior à CRFB/1988, porém contrária aos seus princípios, o caso não envolve controle de constitucionalidade, mas sim a recepção ou na da norma questionada, sendo certo que esse julgamento também possui eficácia *erga omnes*, tornando-se desnecessária a comunicação ao Senado, para fins do art. 52, X, da CRFB/1988⁴⁰⁴. Esse contexto revela uma tendência do STF para “abstrativizar” o controle difuso de constitucionalidade⁴⁰⁵.

O efeito desse reconhecimento é *ex tunc*, equivalendo à nulidade da norma reputada inconstitucional. Em sede de controle difuso, não há previsão legal para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Até porque é o princípio da retroatividade que, em regra, rege os efeitos da sentença. Sim, porque a sentença regula, em geral, os efeitos decorrentes da aplicação de normas sobre fatos já

JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

403 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. - 11. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Método, 2007, p. 183.

404 A propósito, confira-se a seguinte ementa de acórdão:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL - DIVÓRCIO - CONVERSÃO - PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS - INADIMPLENTO - NEUTRALIDADE DE.

O inadimplemento de obrigação alimentícia assumida quando da separação judicial não impede a transformação em divórcio. NORMA - CONFLITO COM TEXTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE - RESOLUÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, vencido o relator, o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção, não cabendo a comunicação ao Senado prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal. (RE 387271, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-05 PP-00892 RTJ VOL-00203-03 PP-01259)” (<http://www.stf.jus.br>, em 30.01.2013).

405 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. - 11. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Método, 2007.p. 185.

acontecidos, não por acontecer⁴⁰⁶.

No entanto, dada a tendência de “abstrativização” do controle difuso, conforme anteriormente exposto, nada impede que o STF, ao julgar um recurso extraordinário, entenda que a norma atacada é inconstitucional, mas os efeitos desse reconhecimento devem ser *ex nunc*, não *ex tunc*, como se verificou no julgamento do RE 197.917/SP⁴⁰⁷. Cuida-se da possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9.868/1999), no âmbito do controle difuso, conforme preconizado pela doutrina⁴⁰⁸.

406 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. - 4. ed. rev., e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 229.

407 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368) .

408 Gilmar Ferreira Mendes, inclusive, sugere a adoção de certas cautelas quanto à modulação de efeitos no controle difusos, especialmente em relação aos processos pendentes e aos que já receberam sentença: “A declaração de inconstitucionalidade in concreto também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razão de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão

Podem ser objeto do controle difuso de constitucionalidade normas oriundas dos três Poderes, emanadas de qualquer dos entes políticos (União, Estado ou Município), inclusive as anteriores à CRFB/1988⁴⁰⁹. Esse controle também abrange atos normativos secundários, como regulamentos e resoluções. Mas é importante destacar que o parâmetro de controle de normas editadas antes da CRFB/1988 é o da Constituição sob cujo império foi editada a norma impugnada⁴¹⁰.

A deliberação acerca da constitucionalidade da lei pertinente ao caso concreto, pode ocorrer de ofício, ou por provocação do autor ou do réu, ao deduzirem os pedidos e a causa de pedir, bem assim pelo Ministério Público, quando seja parte ou oficie como custos legis, e, ainda, terceiros que intervenham na lide (assistente, oponente ou denunciado à lide).

A existência desse controle só é possível porque as normas constitucionais gozam de hierarquia superior em relação à legislação infraconstitucional. Tal prevalência decorre do fato da CRFB ser rígida⁴¹¹.

É admitido o controle difuso de constitucionalidade das normas em todos os ritos, sejam eles o rito ordinário, o sumário, em procedimentos especiais e até mesmo por ocasião do julgamento de pretensão deduzida em ação popular⁴¹², assim como em todos os processos (conhecimento, execução e cautelar). Não há preclusão para suscitar a (in)constitucionalidade, salvo em relação ao recurso extraordinário, em que se exige o

poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

Nesse contexto, tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até determinado momento (v. g., até a decisão in abstracto). É o que ocorre no sistema português, onde o Tribunal Constitucional ressalva, frequentemente, os efeitos produzidos até a data da publicação da declaração de inconstitucionalidade no Diário da República ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são excetuadas aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa. Essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1100).

409 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84.

410 MENDES, Gilmar Pereira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1077.

411 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 238.

412 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. - 3. ed. rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

prequestionamento da questão constitucional, para a admissibilidade do recurso⁴¹³.

Outro ponto interessante é que o controle de constitucionalidade de leis municipais em face da CRFB/1988 só pode ser feito no sistema difuso, conforme entendimento do STF⁴¹⁴.

O controle difuso pode ser exercido por todos os juízes que integram a primeira instância, sendo que os tribunais, ao exercerem essa competência, sujeitam-se à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB), por isso que é vedado aos órgãos fracionários, como as turmas, dessa declaração. Apenas a maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial pode declarar a inconstitucionalidade de lei. Esse quórum qualificado decorre do presunção de constitucionalidade das leis⁴¹⁵. Em relação ao tribunais, além dessa cláusula, aplicam-se os artigos 480 a 482 do CPC, ao passo que, em relação ao STF, é o seu Regimento Interno (arts. 169 a 187) que disciplina o trâmite do incidente de declaração de inconstitucionalidade.

Desse modo, ao fundamentar a sua sentença, pode o juiz declarar inconstitucional determinada lei, para o fim de julgar o mérito da lide. Essa fundamentação torna-se ainda mais necessária, hodiernamente, porque o Brasil vive sob a égide do Estado Democrático de Direito, motivo por que a atividade judicial não

413 “SÚMULA Nº 356

O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” (<http://www.stf.jus.br/> em 30.01.2013).

414 Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa de acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CABIMENTO ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSÁ-LA E JULGÁ-LA. INADMISSIBILIDADE. 1. O ordenamento constitucional brasileiro admite Ações Diretas de Inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, em face da Constituição estadual, a serem processadas e julgadas, originariamente, pelos Tribunais de Justiça dos Estados (artigo 125, parágrafo 2º da C.F.). 2. Não, porém, em face da Constituição Federal. 3. Aliás, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem competência para Ações dessa espécie, pois o art. 102, I, "a", da C.F. só a prevê para Ações Diretas de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Não, assim, municipal. 4. De sorte que o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, diante da Constituição Federal, só se faz, no Brasil, pelo sistema difuso, ou seja no julgamento de casos concretos, com eficácia, "inter partes", não "erga omnes". 5. Precedentes. 6. Ação Direta julgada precedente, pelo S.T.F., para declarar a inconstitucionalidade das expressões "e da Constituição da República" e "em face da Constituição da República", constantes do art. 106, alínea "h", e do parágrafo 1º do art. 118, todos da Constituição de Minas Gerais, por conferirem ao respectivo Tribunal de Justiça competência para o processo e julgamento de A.D.I. de lei ou ato normativo municipal, em face da Constituição Federal. 7. Plenário. Decisão unânime. (ADI 508, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2003, DJ 23-05-2003 PP-00030 EMENT VOL-02111-03 PP-00601)" (<http://www.stf.jus.br/>, em 30.01.2013).

415 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 88.

se resume a aplicar a lei sem qualquer atividade hermenêutica. Tal sistemática decorre do que reza a Constituição, pois ela exige que todos os atos judiciais sejam motivados (inciso IX do art. 93 da CRFB).

Portanto, sob pena de uma fissura no ordenamento jurídico, não é dado ao legislador ordinário subtrair dos juízes o dever de motivar suas decisões. Até para que os atos desses órgãos possam ser aquilatados pelos jurisdicionados, preservando assim a legitimidade das manifestações judiciais⁴¹⁶. Trata-se, inclusive, de um dos escopos sociais do processo.

Essa atividade hermenêutica-constitucional terá importantes vetores, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade⁴¹⁷, o princípio da concordância prática⁴¹⁸ e o princípio da unidade da Constituição. Por outro lado, o princípio da concordância prática exige que, na eventual existência de um conflito aparente de normas constitucionais, deva-se evitar a exclusão de uma em detrimento da outra, dando-se prevalência àquela que melhor se acomode ao caso concreto, porém, por meio do estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos. O princípio da unidade preconiza a necessidade de uma interpretação conjugada de todos os dispositivos constitucionais, proibindo, de todo, a interpretação isolada de normas. Consoante esse princípio, o intérprete da Constituição deve compreendê-la como uma unidade harmônica e sem contradições.

Em virtude de tal prerrogativa, resta a possibilidade de o juiz declarar a inconstitucionalidade de lei, ao julgar o mérito de um pedido formulado no âmbito da ACP. Essa sistemática não suscitaria grandes questionamentos, se não vigorasse a regra de que a sentença que julga procedente o pedido formulado para a tutela de direitos difusos tem efeitos *erga omnes* (art. 16 da Lei nº 7.347/1985⁴¹⁹). Essa determinação, inclusive, consta do projeto da nova Lei de Ação Civil Pública, sendo certo que

416 LOPES Jr. Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 254.

417 Quanto à aplicação deste princípio, Paulo Bonavides faz importante ressalva: “O controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, precisa todavia manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social ou jurídico-político.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. - 26. ed., atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 421).

418 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. - 16. ed. - São Paulo: Atlas, 2004, p. 46.

419 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência 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.

encontrou acolhida na doutrina⁴²⁰.

Tal o contexto, verifica-se que é possível, se não houver temperamentos, o controle em tese de lei no âmbito da ACP. No âmbito desta ação, contudo, não pode haver o chamado controle concentrado de constitucionalidade, apenas o difuso. É que a ACP não pode atacar lei em tese, apenas de maneira indireta, se tiver correlação com a causa de pedir⁴²¹. Logo, o pedido principal da ACP não pode ser o de controle de constitucionalidade da norma⁴²², porque tal competência é exclusiva do STF (art. 102 da CRFB). A declaração de inconstitucionalidade somente pode ser requerida como questão incidental⁴²³.

420 Manoel Gonçalves Ferreira Filho manifestou-se expressamente pela constitucionalidade do dispositivo: “ Recursos extraordinários interpostos contra ações diretas de inconstitucionalidade decididas por Tribunais de Justiça, inconstitucionalidades declaradas incidentalmente às ações coletivas, pertinência temática, repercussão geral, modulação de efeitos, súmulas vinculantes, entre outros exemplos, corroboram o diagnóstico.

É preciso prudência ao inovar, sob pena de gerar caos em sistema cujo objetivo é a segurança jurídica, mormente com tutela efetiva da ordem constitucional. Com efeito, importa criar teia de proteção que seja capaz de flagrar e eliminar toda e qualquer inconstitucionalidade de modo rápido, mas sem prejuízo da segurança jurídica. Para tanto parece servir a convivência entre mecanismos próprios ao controle difuso e ao controle concentrado, no que contribui construtivamente o Projeto de Lei que disciplina o Sistema Único de Ações Coletivas Brasileiras.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; AMARAL JR., José Levi Mello do. *Controle difuso de constitucionalidade. Efeitos concretos na sentença erga omnes. Análise em comparação com os efeitos da decisão proferida em ações diretas de controle de constitucionalidade*. In: Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover/ Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrónio Calmon, Rita Quartieri, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 405).

421 Gilmar Ferreira Mendes faz precisa advertência sobre a impossibilidade de se discutir lei em tese no âmbito da ACP: “É certo, ademais, que, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de impugnação direta de lei. Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeira grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1096).

422 Essa mesma orientação foi adotada no passado, pelo STF, em relação ao mandado de segurança. Eis o teor do verbete 266 da Súmula do STF: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.” (<http://www.stf.jus.br>, em 30.01.2013).

423 Essa sistemática foi bem delimitada pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do caso Mira Estrela, em que se determinou a redução do número de vereadores daquele Município, proporcionalmente à população, a parir de um requerimento formulado em sede de ACP. Eis um excerto do voto apresentado pelo Ministro: “Nada impedia a utilização, no caso ora em exame, desse instrumento processual de tutela jurisdicional, de direito e interesses de caráter meta-individual, eis que a controvérsia pertinente à validade jurídico-constitucional do preceito inscrito na Lei Orgânica do Município em questão – que fixou o número de Vereadores à respectiva Câmara Municipal – foi suscitada, “*incidenter tantum*”, como típica questão prejudicial, necessária ao julgamento da causa principal, cujo objeto identifica-se com o pedido de redução da composição numérica dos membros do Poder Legislativo local.

Não custa rememorar, neste ponto, que, se o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar, como na espécie, o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, incidentalmente, o

Existem fortes razões para não se admitir a controle de lei em tese, no âmbito da ACP⁴²⁴. Isto porque a coisa julgada das sentenças e dos acórdãos cujo objeto seja a tutela de direitos difusos e direitos individuais homogêneos produz efeitos *erga omnes*, e *ultra partes* em relação aos direitos coletivos em sentido estrito, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas (art. 16 da Lei nº 7.347/1985 c/c art. 103 do CDC). Tal circunstância por si só atesta a magnitude do alcance da coisa julgada na ACP, a merecer especial atenção da doutrina e dos tribunais.

A permitir-se, portanto, a declaração de inconstitucionalidade como pedido principal da ACP, estar-se-ia a transformar essa ação em verdadeiro instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, dado o aludido efeito *erga omnes* ou *ultra partes* da sentença. Ora, tendo em conta o disposto no art. 102, I, “a”, §§1º e 2º, da CRFB, que enuncia ser competência exclusiva do STF tal controle, não é possível a um órgão singular o exercício da tal competência.

É justo, portanto, o temor de parte da doutrina sobre a possibilidade de que em certos casos a ACP possa converte-se em oblíquo instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas⁴²⁵. Especialmente porque em algumas situações, como em lides envolvendo o Poder Público no polo passivo, no bojo das quais se discuta a constitucionalidade de políticas públicas, a configuração da ACP aproxima-se de um processo objetivo, sem partes.

Além disso, os legitimados ativos à propositura da ACP são todos substitutos processuais, logo não integram a relação jurídica material deduzida em juízo. Nesse aspecto, a ACP se distancia dos chamados “processos subjetivos”. O escopo almejado por esses órgãos e pessoas jurídicas com a propositura de uma ACP é a defesa de interesses metaindividuais. É natural que na ACP os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se façam sentir *inter partes*. É um consectário da própria configuração da legitimidade, a sua expansão para um contingente de pessoas superior àquelas integrantes da lide.

Assim, deve o órgão judicial ter extrema cautela no manejo da ACP, verificando, de pronto, se o pedido principal coincide ou não com o controle de constitucionalidade de lei em tese. Se tal situação for identificada no limiar da lide, entendemos deva o

controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público.” (RE 197.917-8 São Paulo, Relator Ministro Maurício Corrêa, STF, Tribunal Pleno).

424 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública. Comentários por artigo*. - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 93.

425 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1095.

magistrado, em atenção aos princípios da cooperação⁴²⁶ e do interesse no julgamento de mérito da ACP, conceder um prazo à parte autora, para que emende a petição inicial, indicando corretamente o pedido principal, sob pena de indeferimento da petição inicial e, por conseguinte, extinção do processo sem julgamento de mérito. Essa providência, em função do princípio da flexibilidade procedimental, poderá eventualmente ser adotada posteriormente à contestação, mas nunca depois do despacho saneador. Isto porque o despacho saneador encerra a fase postulatória, fixando os pontos controvertidos a serem debatidos em audiência de instrução e as demais provas a serem produzidas, bem como o suprimento dos vícios sanáveis⁴²⁷.

De todo modo, se adotada posteriormente ao contraditório, deve ser reaberto novo prazo de contestação, com a retomada dos atos subsequentes, notadamente réplica, tentativa de conciliação e especificação de provas, em atenção à garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB)⁴²⁸. Outra cautela que reputamos importante, refere-se ao fato de que, ao conceder essa oportunidade de emenda, deve o magistrado explicar, de modo objetivo, em que consiste a falha processual, para que a parte autora corrija satisfatoriamente a vício da petição inicial.

Se a petição da ACP não apresentar esse vício, ou se a falha for corretamente suprima, nos moldes acima destacados, entendemos que é perfeitamente possível o julgamento de mérito da lide, com o controle incidental de constitucionalidade, se o caso requerer tal providência.

Isto porque os efeitos subjetivos da coisa julgada na ACP, embora consideravelmente amplos, não representam óbice para o controle de constitucionalidade. Inicialmente, há destacar-se o fato de que ainda não foi adotada no Brasil, de modo unânime na jurisprudência do STF ou de maneira expressa na legislação, o princípio da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso. Desse modo, o capítulo relativo à análise de constitucionalidade da norma, pelo menos no âmbito da primeira e da segunda instância, não está sujeito ao trânsito em julgado.

426 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*; prefácio Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. - 2. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 152.

427 LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. - 3. ed. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 6.

428 Essa disciplina, inclusive, consta do PL relativo à nova Lei de Ação Civil Pública: “Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.” (<http://www.camara.gov.br>, em 30.01.2013).

Logo, não há definitividade quanto à controle de constitucionalidade exercido no âmbito da ACP. Até porque, como visto, a eventual declaração de inconstitucionalidade da norma questionada circunscrever-se-á ao âmbito de uma questão prejudicial, resolvida incidentalmente, nos termos do art. 469, III, do CPC, não constando do dispositivo da sentença ou do acórdão⁴²⁹.

De outra parte, o pedido principal corresponde a um bem da vida a ser usufruído pelos titulares dos direitos metaindividuais em jogo. A lide coletiva, desse modo, assenta-se em uma relação concreta de direito material e, apenas, indiretamente abarca a análise da constitucionalidade de alguma norma. Se algum excesso existir quanto ao controle de constitucionalidade exercido na fundamentação da sentença ou do acórdão, isso poderá ser decotado pela superior instância, após a interposição de recurso por algum dos colegitimados, inclusive o MP, que quanto não atuar como parte, funcionará como *custus legis*.

Outro ponto que consideramos relevante, favorável ao controle de constitucionalidade no âmbito da ACP, reside na tendência, já registrada, de objetivação do controle difuso, e também de compatibilização vertical das decisões judiciais à orientação jurisprudencial dos tribunais superiores⁴³⁰. Podemos citar, a título de ilustração dessa assertiva, o art. 557, caput, e §1º-A, do CPC; o instituto da repercussão geral (art. 102, §3º, da CRFB), hoje requisito indispensável para a admissibilidade do recurso extraordinário, e as súmulas vinculantes em matéria constitucional (art. 103-A da CRFB). Logo, se é possível a expansão dos efeitos do controle de constitucionalidade pelo sistema difuso, em qualquer ação, não há motivo para se restringir o exercício desse controle no âmbito da ACP, especialmente porque se trata de questão prejudicial, que não consta do dispositivo.

Mesmo a sentença ou acórdão proferido na ACP, em favor da tutela de direitos individuais homogêneos, não padece do vício do controle em tese da constitucionalidade de norma. É que, como destacado anteriormente, a sentença proferida na primeira fase desta lide, tem cunho genérico. Não obstante, o seu objetivo corresponde a alguns dos elementos da relação jurídica concreta deduzida em juízo. Com efeito, essa sentença deve conter, ao menos, alguns comandos, quais sejam: a) a

429 JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. *Ação civil pública na atualidade: alguns aspectos polêmicos*. In: *A ação civil pública após 25 anos/coordenador Édis Milaré*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 822.

430 MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 18.

responsabilidade pelo ilícito (*an debeat*), b) quem deve (*quis debeat*), c) o que é devido (*quid debeat*)⁴³¹. Essa configuração dá um matiz concretista ao dispositivo da sentença ou do acórdão desta ACP. Embora ilíquida, contém elementos que permitem alcançar o quantum debeat em fase posterior, tornando-a título executivo, apto a garantir a fruição de um determinado bem da vida.

O projeto de lei – PL apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, a propósito da nova Lei de Ação Civil Pública, na linha da orientação jurisprudencial do STF⁴³², prevê expressamente a possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade, como questão incidental (art. 2º, §2º)⁴³³.

É importante destacar, por oportuno, que os direitos metaindividuais também podem ser defendidos em sede de controle concentrado, contudo, por outro tipo de ação, como a ADI e a ADECON⁴³⁴, ou arguição de descumprimento de preceito fundamental até mesmo em sede de mandado de injunção e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴³⁵.

Contudo, a tutela obtida nessas ações não é condenatória, tampouco guarda pertinência com algum específico bem da vida. Desse modo, julgada procedente uma ADI, o único resultado será a retirada do ordenamento jurídico da norma reputada inconstitucional. Em termos individuais, cada interessado, de posse desse precedente, deverá recorrer ao Poder Judiciário, para obter o bem da vida pretendido. Em casos

431 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 231.

432 “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 608249 AgR-segundo, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-221 DIVULG 08-11-2012 PUBLIC 09-11-2012)” (<http://www.stf.jus.br>, em 30.01.2013).

433 Confira-se o teor desse dispositivo: “§ 2º A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.” (<http://www.camara.gov.br>, em 30.01.2013).

434 Rodolfo de Comargo Mancuso faz uma percuciente análise do tema: “De resto, a Constituição brasileira de 1988 parece ter dado guarida a esse reclamo jurídico-sociológico, quando acenou, vivamente, para uma democracia participativa (e não apenas representativa), permitindo aos modernos corpos intermediários (sindicatos, associações, órgãos de classe) integrarem-se na gestão da coisa pública, atuando tanto nas instâncias primárias (arts. 1º, V, e parágrafo único; 205, 216, §1º, e 225), como na via judicial, esta última com o alargamento da legitimação ativa para a defesa dos interesses metaindividuais (arts. 5º, XXI e LXX; 103, VII, VIII e IX; 129, III e §1º), e com os espaços cada vez mais largos que se vão abrindo para as intervenções dos *amicus curiae* no âmbito judicial, como por exemplo nos processos objetivos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos (Lei 9.868/1999, §1º do art. 9º; §1º do art. 12-E; §1º do art. 20; Lei 9.882/1999, §1º do art. 6º).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. - 7. ed. Rev. Atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 46).

435 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. - 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346.

excepcionais, em que o réu - o mais das vezes o Poder Público -, cumprir espontaneamente a obrigação, a ação judicial individual não será necessária.

Essa configuração do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil somente vem a reforçar a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade no âmbito da ACP. Isto porque essa ação, ao contrário do ocorre no controle concentrado exercido pelo STF, garantirá a fruição material de bens ou direitos, se procedente, no todo ou em parte, o pedido formulado na petição inicial.

2.3 Jurisdição coletiva

A prestação jurisdicional ocorrerá, o mais das vezes, quando houver conflitos entre os interessados. É que existem situações em que não há conflito entre os interessados e, mesmo assim, o judiciário é chamado a intervir. É o que acontece nos casos de jurisdição voluntária⁴³⁶, assim como em algumas lides penais, quando o Ministério Público requer a absolvição do réu⁴³⁷. Daí ser lícito concluir que o exercício da jurisdição pressupõe uma pretensão formulada pela parte, e não necessariamente uma lide.

Em tema de direitos metaindividuais, ocorrerão casos em que não obstante a existência de conflito entre os interessados, poderá ser dispensada a sua judicialização. É possível a realização de acordo extrajudicial entre os órgãos legitimados para a defesa dos direitos metaindividuais e os respectivos interessados, conforme se verifica do disposto no §5º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985. Também poderá o Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito civil, tendo conta a autorização expressa no art. 9º da LACP.

Com efeito, a Lei nº 7.347/1985 mitigou a proibição contida no art. 6º do CPC

436 “Como já se disse, pode haver processo sem lide, o que não pode haver é processo em pretensão. Tal assertiva decorre da inércia característica da função jurisdicional. O Estado-juiz só exerce a função jurisdicional se provocado, e tal provocação se faz através da manifestação em juízo de uma pretensão. Sendo tal pretensão de integração de um negócio jurídico privado, estar-se-á diante da jurisdição voluntária. Caso contrário, a hipótese será de jurisdição contenciosa. Assim, aquele que vai a juízo pleiteando a separação consensual ou a alienação de um bem de incapaz pretende tão somente que o ato judicial confira validade ao negócio jurídico que quer realizar. A hipótese será, portanto, de jurisdição voluntária” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. I, p. 81).

437 CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 148.

de o legitimado extraordinário dispor do direito material do substituído, salvo autorização legal. Assim, aspectos de conveniência prática recomendam essa mitigação⁴³⁸, sobretudo para a melhor proteção dos direitos metaindividuais.

Há quem sustente, até, que, em certas situações, a melhor forma de tutelar direitos metaindividuais é através de técnicas extrajudiciais. Em dadas situações, sobretudo diante de casos que exigem a combinação de conhecimentos interdisciplinares e complexos arranjos institucionais para a implementação de políticas públicas, o processo judicial mostra-se inadequado para tanto, sendo certo que o Poder Judiciário padece de deficiência estrutural para a justiciabilidade de direitos sociais⁴³⁹. Também o tempo e o custo do processo são questões importantes, que podem prejudicar o direito metaindividual, se a opção for a tutela judicial⁴⁴⁰.

Por isso, a solução de problemas relativos a direitos metaindividuais não necessariamente decorrerá de uma lide deduzida em juízo. Tanto assim, que há doutrina no sentido de empregar um sentido holístico à jurisdição, de modo a abranger a oferta da justiça por meios alternativos de solução de conflito⁴⁴¹, como a arbitragem e a mediação. Isto já ocorre com grande frequência nos Balcões de Justiça e Cidadania, órgãos litados ao TJBA.

No entanto, em grande parte dos casos isso ocorrerá, dado o alto grau de litigiosidade interna⁴⁴² dos direitos difusos, bem como ante a resistência de alguns representantes do poder público e do segmento econômico em atenderem às solicitações

438 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 350.

439 MARANHÃO, Clayton. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*/ Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

440 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 241.

441 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 143.

442 “Em todos esses casos, a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuida de direitos subjetivos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), observa-se que todas as posições, por mais contrastantes, parecem, a priori, sustentáveis. É que nos casos dos interesses difusos não há um parâmetro jurídico específico que permita uma avaliação axiológica preliminar sobre a posição “certa” e a “errada”. Exemplo sugestivo ocorreu no Rio de Janeiro, quando da construção do chamado “sambódromo”, o qual gerou conflitos metaindividuais entre os interesses ligados à indústria do turismo versus os interesses dos cidadãos e associações, contrários à construção de um local permanente para os desfiles das escolas de samba. Algo semelhante se passa, presentemente, com a polêmica sobre a inversão de dinheiro público na construção e reforma de estádios, visando a Copa do Mundo de Futebol, no Brasil, em 2014.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 102).

do Ministério Público.

Além disso, é importante destacar que mesmo nos casos de celebração de acordo extrajudicial, o seu descumprimento ensejará a propositura de ação de execução de título extrajudicial. Portanto, de um modo ou de outro, grande parte dos problemas relativos à efetivação de direitos metaindividuais será resolvida judicialmente: em alguns casos, com exercício de atividade cognitiva; em outras, com a prática de atos materiais, próprios do processo de execução fundado em título extrajudicial.

Isso ocorre porque os tribunais estão no centro do sistema jurídico: todas as lides desaguam no judiciário, em virtude da garantia de livre acesso a esse poder (inciso XXXV do art. 5º da CF)⁴⁴³. Como cediço, o Brasil adota o sistema uno de jurisdição. Não há o contencioso administrativo, de modo que o único poder responsável pela solução das lides é o judiciário⁴⁴⁴. No exercício dessa função, não é dado ao juiz deixar de julgar a lide, sob a alegação de lacuna legal. Vigora no ordenamento jurídico pátrio a proibição do *non liquet*, de modo que, na ausência da lei, deve o juiz se socorrer dos princípios gerais de direito⁴⁴⁵ (art. 4º da LICC).

Portanto, todas as expectativas frustradas quanto à efetivação de direitos metaindividuais são apresentadas ao Poder Judiciário, para que profira a solução ótima, pois o ordenamento jurídico lhe impõe essa função. Não por acaso, o volume de demandas com esse teor cresce dia a dia. Especialmente porque essas demandas tratam, em geral, de assuntos relacionados ao cotidiano da vida moderna: o interesse da

443 “a) Somente os tribunais são coagidos pelo sistema jurídico a emitir decisões – o que impele o legislador e os particulares a decidir são fatores estranhos ao sistema jurídico, encontráveis nos demais sistemas sociais, como o político e o econômico; o administrador pode ser legalmente impelido à decisão, que pode ser submetida, porém, ao controle e à sanção dos tribunais. Eis porque os tribunais se encontram no centro do sistema jurídico, tudo o mais sendo periferia. (...)”

“e) De acordo com o pensamento de Luhmann, não se pode atribuir à legislação uma posição hierarquicamente superior à da jurisdição. Isso não quer dizer, obviamente, que o magistrado não deva respeito à lei. Ao legislador, cumpre o papel de criação de normas genericamente válidas, o que faz na condição de órgão periférico; na periferia, pois atua na zona fronteira (zona de 'irritação') entre dois sistemas, cumpre-lhe acomodar (filtrar) no sistema jurídico as pressões que lhe faz o sistema político. A decisão legislativa serve para evitar excessos na individualização do direito pelos tribunais – que, por estarem no centro do sistema, portanto 'mais longe', sofrem menos com as mencionadas pressões” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 65 e 68).

444 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 552.

445 Miguel Reale, em excelente síntese, ressalta a importância dos princípios gerais: “Não creio necessário demonstrar a essencialidade dos princípios gerais de direito, não apenas como diretrizes hermenêuticas superiores no plano do ordenamento, mas também nas hipóteses inexistíveis de lacunas nos subsistemas que disciplinam as diversas “faixas de normatividade” que compõem a ordem jurídica. Ora, é tão somente o pressuposto lógico-axiológico da unidade dos sistema que autoriza, através do recurso aos princípios gerais de direito, a introdução no sistema normativo vigente de uma norma que resolva e supere a falta de preceito disciplinador de espécie não previsto pelo legislador” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100).

sociedade ou de certos grupos na efetivação de leis de cunho social, a exigência de uma melhor qualidade de vida, a necessidade de proteção do meio ambiente, maior controle dos gastos públicos, controle de eficiência das empresas, melhoria da renda *per capita*, respeito ao consumidor, regramento do uso da internet, proteção contra danos causados em razão do avanço científico, etc.

No entanto, os conhecimentos tradicionais do direito processual e do direito material não são suficientes, nem adequados para tanto. O magistrado, que tem a missão de julgar essas ações, não deve se ater, apenas, à doutrina tradicional. Sem olvidar esses conhecimentos, fruto de uma construção intelectual ancestral, é mister o estudo do chamado processo coletivo⁴⁴⁶.

Cuida-se de um método especializado de solução de conflitos, adequado para a tutela dos direitos metaindividuais. A tutela desses direitos requer uma nova percepção dos institutos processuais, como as condições da ação, o regime de provas e a coisa julgada. Tanto assim que a jurisdição coletiva se tem destacado, gradativamente, no Brasil, como uma área de conhecimento especializado, havendo até propostas de criação de órgãos judiciais específicos para o tratamento do tema. Não há, contudo, um Código de Processo Coletivo em vigor. Existem apenas leis especiais que tratam do assunto, a exemplo da Lei nº 7.347/1985 e Lei nº 8.078/1990, cuja aplicação tem sido conjugada, para melhor solução das lides que envolvem direitos metaindividuais.

Às vezes, nem as normas jurídicas modernas são suficientes para a solução de lides que digam respeito a direitos metaindividuais. O julgamento de uma ACP pode requerer o estudo de outras disciplinas, como a biologia, a medicina ou a economia. São abordagens interdisciplinares de um caso, que se fazem necessárias para a solução ótima de uma lide. Rodolfo de Camargo Mancuso batizou essas lides, onde coexistem questões jurídicas e de outra ordem – social, econômica ou política, por exemplo – de “lides multiplexas”⁴⁴⁷.

446 “Na verdade, o que é “coletivo” não é o processo e suas técnicas, mas o direito que pretende tutelar. A maior parte dessas técnicas processuais, que denominamos de “direito processual coletivo”, não se encontra no Código de Processo Civil, que tem nítida formação individualista e liberal. Assim, o lugar comum das “técnicas processuais coletivas” é o que a doutrina tem chamado de “processo civil coletivo”, que nada mais é do que o resultado da soma do Título III do Código de Defesa do Consumidor (Da defesa do consumidor em juízo) com a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985). A simbiose entre os diplomas expressa referência que tal “sistema” se aplica a todo e qualquer interesse supraindividual é que têm autorizado a doutrina a dizer que existe um “direito processual coletivo” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 66).

447 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

Existem, atualmente, teorias que preconizam uma modernização do discurso jurídico, de modo que se faça uso da interdisciplinariedade em certas situações. É que o simples raciocínio lógico-dedutivo mostra-se insuficiente à solução das lides relativas à efetividade de direitos difusos, em alguns casos. Faz-se imprescindível, assim, que a fundamentação da sentença incorpore elementos de outras ciências, a exemplo da economia.

A propósito, importante registrar que moderna teoria com esse propósito foi concebida recentemente. Trata-se da Análise Jurídica de Política Econômica-AJPE.

De acordo com a AJPE não se deve analisar o fato econômico apenas sob o ponto de vista da relação custo-benefício. Nesse sentido, o gestor público não deve, por exemplo, cingir-se apenas à verificação da prática de preços pela concessionária de energia elétrica ante a tabela fixada pelo poder público, e os respectivos lucros. Deve verificar se o serviço prestado atende ao que determina a Constituição e as leis que regem a matéria. Mas a análise do fato econômico não deve ficar restrita ao campo do direito, devendo alcançar a moeda. Assim, também devem ser perscrutados os chamados agregados contratuais, com o fim de se chegar ao índice de fruição empírica dos direitos fundamentais, por meio da Análise Posicional ⁴⁴⁸.

O conhecimento interdisciplinar costuma ser exigido em APC's que têm por escopo a implementação de políticas públicas. É o que se constata no julgamento de ACP's que objetivem a construção de presídios, o atendimento médico de determinadas enfermidades não contempladas no catálogo oficial ou a imposição de fazer a empresa desenvolver atividade com impacto ambiental.

Como se verifica, são demandas extremamente complexas sob o ponto de vista probatório e, sobretudo, de julgamento. Além de compreender a intricada questão deduzida em juízo, deve o juiz sopesar o tipo de provimento mais adequado para a efetivação do comando sentencial, assim como se isso é possível. Para tanto, deverá avaliar a adequação deste comando não apenas do ponto de vista jurídico, mas sob o ponto de vista econômico e administrativo.

Nessas demandas o que se requer do Poder Judiciário, em geral, é a emissão de ordem a agentes públicos, para que implementem determinadas políticas públicas. É que, não raro, a propositura de uma ACP foi motivada pela inoperância dos Poderes

448 CASTRO, Marcus Faro de. Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da PGFN*, 2011, no prelo.

Executivo e Legislativo em efetivar direitos metaindividuais⁴⁴⁹.

O pleito de construção de cadeias em comarcas do interior é um exemplo paradigmático da omissão do poder público. Em geral, o chefe do Poder Executivo municipal, temendo desgaste político com a população mais conservadora, prefere não realizar gastos com a construção de cadeia pública, mesmo que isso comprometa a eficiência da segurança pública⁴⁵⁰. O Ministério Público, então, premido pelo comprometimento da persecução penal, resolve ajuizar ACP com esse objetivo. Nessa hipótese, não basta ao juiz fazer a subsunção de normas constitucionais ao caso concreto, para julgar procedente a lide. É mister que analise a possibilidade financeira de o município arcar com essa obra. Também é indispensável que a ação seja instruída com a planta do prédio que se quer construir, aprovada pela Secretaria de Segurança Pública, dada a especialidade da obra. Adicionalmente, é imprescindível a demonstração da existência de quantitativo de agentes e delegados de carreira que poderão ser designados para a aludida cadeia, o que requer, em geral, o chamamento do Estado ao feito, tendo em conta que esses servidores pertencem ao seu quadro. Além de todos esses fatores, também é importante aquilatar o prazo em que essa obra pode ser concluída, sobretudo em vista da necessidade de processo licitatório, bem como o local em que deverá ser localizado o prédio e a capacidade de detentos em cada cela. Há, ainda, a necessidade de se fixar o ente responsável pela manutenção dos gastos ordinários de manutenção do prédio (água, energia e telefone), assim como as despesas de ordem administrativa (papel, material de escritório, uniforme, alimentação dos presos).

Outro exemplo bastante interessante quanto à complexidade do julgamento de ACP's diz respeito à nomeação de defensores públicos para determinada comarca. Malgrado a Constituição dispor sobre o tema, garantindo a todos os necessitados o direito à defensoria pública (art. 5º da CF), a sua efetivação, no mundo dos fatos, não é

449 “A jurisdição coletiva em seu contexto geral apresenta-se, antes de mais nada, como um *modo de ser* do braço judiciário do Estado, voltada a dirimir conflitos de largo espectro, em grande parte motivados ou pela inação/incompetência das instâncias administrativas que deveriam tê-los satisfatoriamente dirimido, ou pela oferta irregular/insuficiente das medidas e programas implementados. Por aí se vê que a Jurisdição coletiva revela-se como uma receptora de interesses e valores que desatendidos ou mal manejados, vão *aumentando a pressão social*, operando assim a via judicial como uma sorte de *válvula de escape*, em boa parte porque as grandes tensões sociais e os megaconflitos geralmente não encontram guarida oportuna e eficaz junto às instâncias do Executivo e do Legislativo, à exceção, talvez, de certos expedientes (de trâmite lento e discutível praticidade), como os projetos de lei de iniciativa popular, o plebiscito, as audiências públicas” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, p. 92).

450 De maneira inacreditável, ainda existe no Brasil a crença de que a construção de cadeia atrai famílias de criminosos para a cidade, o que seria uma causa para o aumento dos índices de criminalidade.

tão simples assim. Exige, à semelhança do outro exemplo, a análise da possibilidade financeira do Estado; a demanda processual da comarca, para se analisar o quantitativo necessário de defensores; a existência ou não de concurso em andamento para aquela finalidade; a possibilidade de remanejamento de servidores da área administrativa, a fim de que sejam lotados naquela comarca; a existência de servidores da área administrativa em quantitativo suficiente para auxiliar o(s) defensor(es) a ser(em) nomeado(s); o prazo razoável a ser fixado ao ente político para cumprimento de eventual ordem.

Também pode ser citado o exemplo da ACP proposta com o fim de compelir o município a assumir a gestão do trânsito, mediante lei, instalando em sua sede sinalização vertical e horizontal, assim como passarelas, realizando também concurso público para o preenchimento de cargos de fiscal de trânsito, após a criação, por lei, de uma secretaria municipal de trânsito. Cuida-se da implementação de uma política pública que abrange inúmeros aspectos técnicos e administrativos. Logo, o juiz não pode adotar, durante a instrução probatória, a mesma estratégia reservada aos processos individuais. É mister a requisição de todas as informações pertinentes à lide deduzida em juízo, constantes de órgãos públicos, a exemplo de projetos de trânsito, preços de materiais e tempo de instalação de equipamentos. Na mesma medida, deve investigar a capacidade financeira do Município, mediante a análise da prestação de contas anual. Em geral, nessas ações, é de bom tom o juiz ser assistido por um ou mais peritos, que deverão produzir laudos técnicos em linguagem didática, a fim de que todos os quesitos formulados pelo magistrado e pelas partes sejam bem entendidos.

O julgamento de uma ACP que se relacione à implementação de uma política pública, portanto, requer ampla instrução probatória, para que a atividade jurisdicional seja satisfatoriamente exercida. Além disso, é importante que ocorram audiências públicas durante a fase probatória, franqueando-se ampla participação à comunidade a ser afetada pela decisão, bem como às suas entidades representativas. É que tal medida, além de democratizar o processo e a interpretação constitucional, um reclamo cada vez maior na doutrina⁴⁵¹, permite ao magistrado ouvir terceiros, que usualmente não seriam

451 Peter Häberle é incisivo quanto à necessidade de democratização de interpretação constitucional, que também ocorre no julgamento ACP, porque nessa ação é possível o controle difuso de constitucionalidade. Esse controle é de extrema importância, porquanto a coisa julgada na ACP tem efeitos *erga omnes*. Confira-se o seguinte excerto doutrinário: “Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representem forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpretieren*). Subsiste sempre a reponsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em

ouvidos em um processo de cunho individual⁴⁵². Esses terceiros, eventualmente, podem ser admitidos como *amicus curiae*, fornecendo substanciais informações para a compreensão da causa. Com efeito, é a população quem pode melhor dizer o local a ser construída uma cadeia. Por outro lado, associações comerciais e entidades religiosas podem informar pontos de maior fluxo de pessoas, bem como os respectivos horários. Em alguns casos, a prudência recomenda que os representantes políticos da comunidade, como vereadores e deputados, sejam ouvidos durante a audiência pública, pois, além de fornecer informações valiosas, podem ajudar na implementação da política pública, mediante celebração de um ajuste.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que o exercício da jurisdição coletiva – para alguns juristas de escol, até mesmo na jurisdição tradicional⁴⁵³ - requer um magistrado preparado para a realização de uma abordagem interdisciplinar de determinados temas dentro do processo⁴⁵⁴, assim como afinado com as recentes mudanças processuais, especialmente o uso na mediação no processo coletivo, a fim de que possa solucionar de maneira ótima as pretensões que lhe são apresentadas. Do contrário, o magistrado correrá o grande risco de proferir sentenças inadequadas ao tratamento da pretensão deduzida em juízo, frustrando as expectativas da sociedade, além de obstar mudanças necessárias à estrutura estatal, para o bom atendimento dos direitos metaindividuais.

Novos problemas exigem novas soluções. A realidade que se divisa,

geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui um democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997; reimpressão em 2002, p. 14).

452 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*, São Paulo: LTr, 2006, p. 189.

453 Claus-Wilhelm Canaris chama a atenção para a necessidade de uma permanente abertura do direito para as ciências: “A abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito. Ela partilha a abertura do <sistema científico> com todas as outras Ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projeto transitório. A abertura do <sistema objectivo> é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto, designadamente, da essência do Direito como um fenómeno situado no processo da História e, por isso, mutável.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 281).

454 Essa advertência foi feita por Mauro Cappelletti nos idos de 1978: “A reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, p. 52).

extremamente complexa em suas infinitas variáveis (política, meio ambiente, economia, consumidor etc.)⁴⁵⁵ exige criatividade do jurista. O direito processual, portanto, precisa evoluir, para albergar novos métodos de soluções de conflito decorrentes do natural desenvolvimento da sociedade⁴⁵⁶.

2.4 Características

Houve um considerável avanço no estudo da jurisdição nos últimos anos. No início da década de 1970, catalogavam-se apenas 4(quatro) princípios aplicáveis à jurisdição civil: a) princípio do juiz natural; b) improrrogabilidade da jurisdição; c) indeclinabilidade da jurisdição; d) o duplo grau de jurisdição⁴⁵⁷.

Atualmente, as características da jurisdição exercida no processo civil comum, de acordo com a doutrina tradicional, são: a) existência de lide; b) substitutividade; c) impessoalidade; d) imparcialidade; e) indelegabilidade; f) inércia; g) definitividade (aptidão para a formação de coisa julgada).

De acordo com a característica da substitutividade, a função jurisdicional exerce-

455 Sobre a complexidade do ordenamento jurídico, Miguel Reale faz a seguinte análise: “Desse modo, o macrossistema do ordenamento jurídico compreende instituições, isto é, corpos normativos estáveis que ordenam as atividades sociais em razão de uma ideia diretora básica, como, por exemplo, se dá com a família, a sociedade de fins econômicos, a propriedade privada etc., bem como diversificadas espécies de normas,, com vários graus de incidência, que vão desde as especificações de cada instituição até conjuntos unitários de poderes-deveres, derivados, dos quais os contratos são exemplos primordiais. Impossível seria enumerar, neste passo, e muito menos descrever todos os elementos articulados do ordenamento jurídico, criados pela lei e pelas demais fontes do direito. Como sintetizar, em verdade, em poucas palavras, esse poderoso universo normativo que se escalona desde a cúpula dos princípios até códigos, leis, regulamentos, sentenças e contratos, cada um deles numa crescente tipificação que se projeta através de crescente adequação às anfractuosidades da experiência jurídica? Como, em suma, dar, num relance, a ideia desse prodigioso mundo de regras que se projeta das culminâncias de tratados internacionais e das constituições até simples instruções e ordens de serviço, num emaranhado de artigos, seções, parágrafos, incisos e alíneas?” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, p.102).

456 Como destacado por Niklas Luhmann, a crescente complexidade da sociedade, fenômeno que enseja o surgimento de problemas inéditos na história da sociedade, requer o desenvolvimento de novos métodos pelo direito para a solução das lides: “Apesar de toda a autonomia e do desenvolvimento continuado das diferentes noções jurídicas, as mudanças fundamentais do estilo do direito permanecem condicionadas pela mudança estrutural da sociedade, ou seja: são por ela incentivadas e possibilitadas. A complexidade da sociedade, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos problemas a todas as esferas do sentido, e, portanto, também ao direito. Ao mesmo tempo, sua riqueza de possibilidades contém o potencial, se bem que não a garantia, de novas formas de solução de problemas. O crescimento da complexidade social, porém, fundamenta-se em última análise no avanço da diferenciação funcional do sistema social.” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 225).

457 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil. Vol. I*, São Paulo: Saraiva, 1974, p. 73.

se em relação a uma lide proposta pela parte em Juízo, pedindo um provimento a respeito⁴⁵⁸. No exercício dessa função, a vontade estatal, manifestada pelo Estado-juiz⁴⁵⁹, substitui-se à vontade das partes⁴⁶⁰, aplicando a lei ao caso concreto⁴⁶¹.

A impessoalidade diz respeito ao fato de que a jurisdição é uma atividade realizada por um órgão estatal. Assim, o juiz não atua em nome próprio, mas em nome do Estado⁴⁶².

A função jurisdicional deve ser exercida por quem não tem interesse no conflito, motivo pelo qual outra característica importante é a da imparcialidade. O juiz do caso concreto não pode ter qualquer interesse no litígio, tampouco vínculo com as partes ou com seus procuradores. Deve submeter-se, apenas, à Constituição e às leis de seu país. Trata-se de importante regra para garantir a lisura dessa importante atividade estatal. Sua origem remonta ao século XVIII, quando surgiu a preocupação em romper a subordinação do Poder Judiciário ao poder político daquele momento, com vocação absolutista⁴⁶³.

Com efeito, o juiz deve ser pessoa estranha à lide⁴⁶⁴, para que possa julgar a

458 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*, p. 148.

459 “O primeiro sujeito da relação processual a ser analisado é o Estado, a que se costuma designar, in casu, Estado-juiz, pelo fato de estar o mesmo no exercício da função jurisdicional. O Estado ocupa, na relação jurídica processual, uma posição de supremacia e equidistância das partes” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. I, p. 150).

460 “Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui a das partes.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 146).

461 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. - Napoli (Itália): Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1965, p. 157.

462 “A abstração feita para entender que é o Estado quem exerce a jurisdição, embora os atos desse exercício sejam materialmente realizados pelos juízes, tem por corolário imediato a conotação de *impessoalidade*, que qualifica a atuação destes. *O juiz não é sujeito do processo, em nome próprio*: ele ocupa o lugar do mais importante dos sujeitos processuais, que é o Estado. Não atua em função de seus interesses, ou de seus escopos pessoais, mas dos escopos que motivam o Estado a assumir a função jurisdicional” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 335).

463 SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

464 “Já no processo judicial, o juiz atua em nome de uma entidade que não representa o Estado-Administração, mas que tem como única função ocupar-se de apreciar relações jurídicas materiais travadas entre estranhos. Mais do que imparcial (porque “impessoalidade” é requisito de qualquer agente que atue em nome do Estado, em qualquer de suas funções soberanas e não atributo apenas dos juízes), o órgão jurisdicional é sempre um terceiro diante da relação material controvertida. Nisso – isto é, nessa “terceiridade” do órgão judiciário – encontra-se o verdadeiro e decisivo traço de diferenciação da jurisdição perante os demais órgãos da soberania estatal: a Justiça ocupa-se sempre de relações materiais das quais a instituição judiciária não é parte. De tal sorte, a atividade

causa com isenção. Cuida-se de um importante fator de credibilidade do Poder Judiciário.

A imparcialidade é aferida pela inexistência, no caso concreto, das hipóteses descritas na lei, que se referem, em geral, a situações em que o juiz tem interesse no resultado da causa⁴⁶⁵. No Brasil, esse rol consta dos artigos 134 a 137 do CPC, que relacionam as hipóteses de impedimento e de suspeição do magistrado, igualmente extensivas a membros do Ministério Público e a servidores (incisos I e II do art. 137 do CPC). A parcialidade configura hipótese de nulidade absoluta⁴⁶⁶, constituindo questão de ordem pública, podendo ser arguida a qualquer tempo, inclusive em ação rescisória (inciso II do art. 485 do CPC). Por outro lado, a suspeição configura hipótese de nulidade relativa, só podendo ser suscitada pelos interessados e, se não for questionada em tempo oportuno, está sujeita à preclusão⁴⁶⁷.

Essa característica da jurisdição, para ser plenamente obedecida, implica o dever de fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93 da CF), com a respectiva publicação em órgão oficial, a fim de que as partes e os terceiros possam avaliar as razões que levaram o magistrado a decidir em determinado sentido. Em geral, decisões despidas de fundamentação, ou com fundamentação divorciada da conclusão, geram graves suspeitas sobre a imparcialidade do magistrado.

Com relação à ACP, alguns questionamentos podem surgir, diferentes dos que costumam ser suscitados nas ações individuais. É o que ocorre quando o juiz preside feitos individuais e coletivos com a mesma causa de pedir; ou quando o juiz de primeira instância, titular de uma Comarca com jurisdição plena, preside processo penal e ACP que tenham questões de fato em comum⁴⁶⁸.

jurisdicional é sempre ato super partes” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2007, p.42). Não consta da bibliografia final.

465 LARENZ, Karl. *Derecho Justo, fundamentos de etica juridica*. Madrid (Espanha): Civitas Ediciones, 2001, p. 183.

466 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, volume 1: processo de conhecimento*. 15 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.

467 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*, p. 203.

468 “DIREITO PROCESSUAL PENAL. IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO. PRONUNCIAMENTO ANTERIOR EM OUTRA INSTÂNCIA. O impedimento previsto no art. 252, III, do CPP, refere-se à hipótese do magistrado ter funcionado como juiz de outra instância, de modo que não se enquadra a situação na qual o julgador acumula, no mesmo juízo, jurisdição cível e criminal. O referido impedimento busca evitar ofensa ao duplo grau de jurisdição, que ocorreria caso o magistrado sentenciante participasse de julgamento do mesmo feito em outra instância. Assim, o impedimento, quando presente, ocorre dentro do mesmo processo, não o configurando a simples circunstância de o magistrado ter se pronunciado sobre os mesmos fatos em esferas jurídicas distintas, tal como no caso de decisão em ação civil pública e, posteriormente, em ação penal. Precedentes citados do STF: HC 73.099-SP, DJ 17/5/1996; do STJ: REsp 1.177.612-SP,

A inércia é outra característica importante. Essa característica costuma ser relacionada pela doutrina mais tradicional, que, no entanto, não se coaduna com o judiciário contemporâneo. Com efeito, espera-se do juiz, atualmente, uma atitude ativa na condução do processo⁴⁶⁹. O juiz não é mero expectador da atividade das partes no ambiente processual, mas deve zelar pelo respeito ao interesse público, notadamente o acesso à ordem jurídica justa e a pacificação social. Esse perfil ativo do magistrado deve se fazer presente na ACP, instrumento cujo desiderato é a tutela, por excelência, de direitos metaindividuais. É que todas essas espécies de direitos, como exaustivamente exposto, têm repercussão social, o que exige um papel diferente do órgão judicial, do que aquele tradicionalmente exercido nos processos individuais.

Deve, portanto, o magistrado que preside uma ACP preocupar-se em aproximar-se da verdade real, para alcançar justiça ao fim da lide. Para atingir esse objetivo, deve determinar de ofício a realização de provas, quando se convencer que as provas produzidas pelas partes não são suficientes ao seu convencimento. Também deve requisitar de órgãos públicos e pessoas jurídicas de direito privado todos os documentos que se fizerem necessários para o entendimento da causa.

Podemos relacionar, ainda, a definitividade. Trata-se da aptidão que as sentenças e os acórdãos têm, após certo lapso de tempo, de produzir coisa julgada, impedindo que ocorra outra manifestação judicial sobre o mesmo tema, com relação às mesmas partes. Cândido Rangel Dinamarco pontua que essa característica da jurisdição equivale à imunização dos efeitos dos atos realizados⁴⁷⁰. Não só as partes, mas o próprio Estado

DJe 17/10/2011, e HC 131.792-SP, DJe 6/12/2011. REsp 1.288.285-SP, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador-convocado do TJ-PR), julgado em 27/11/2012.” (<http://www.stj.jus.br>, em 30.01.2013).

469 José Roberto dos Santos Bedaque é enfático ao asseverar a necessidade de um papel ativo do juiz na condução do processo: “Direito constitucional de ação é, em última análise, direito ao devido processo constitucional, ou seja, ao instrumento destinado à solução de controvérsias, tal como modelado pela Constituição Federal.” (...)

“Visão moderna desse princípio considera essencial para sua efetividade a participação ativa também do órgão jurisdicional. Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que sua função atinja determinados objetivos, consistentes no escopo da jurisdição.”

“Não mais satisfaz a idéia do juiz inerte e neutro, alheio ao *dramma della competizione*. Essa neutralidade passiva, supostamente garantidora da imparcialidade, não corresponde aos anseios por uma Justiça efetiva, que propicie acesso efetivo à ordem jurídica justa.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 97).

470 No ponto, convém trazer à baila às lições de Cândido Rangel Dinamarco: “Das funções realizadas pelo Estado é a jurisdição a única dotada do predicado da definitividade, caracterizado pela imunização dos efeitos dos atos realizados. Os primeiros destinatários dessa definitividade são as próprias partes, que ficam adstritas aos resultados do processo. Não se exclui dessa regra sequer o próprio Estado, quando parte neste. Os atos dos demais Poderes do Estado podem ser revistos pelos

fica sujeito aos efeitos da coisa julgada.

2.5 Características da jurisdição coletiva

No que tange às ações que veiculem direitos metaindividuais, deve ser feita uma releitura das características da jurisdição. A jurisdição coletiva tem um matiz próprio.

Difícilmente o magistrado que presida um processo coletivo terá vínculos familiares com as partes, tendo em conta que os direitos difusos têm como titulares pessoas indetermináveis, defendidas em juízo por legitimados extraordinários ou substitutos processuais. Eventualmente, isto poderá ocorrer relativamente aos direitos coletivos, quanto a algum membro da categoria representada em juízo, ou então quanto a algum titular de direito individual homogêneo, porque nessas hipóteses os titulares são definidos ou definíveis.

No entanto, mesmo nos direitos difusos, poder-se-ão verificar causas de impedimento ou suspeição. Eventualmente o magistrado poderá ter vínculos econômicos ou mesmo conceitos apriorísticos, que constituam empecilho à apreciação da causa com imparcialidade. De fato, muitas das ACP's que tratam de direitos individuais homogêneos têm no polo passivo instituições financeiras, que, eventualmente, podem ser credoras do magistrado. Nessa hipótese, é de bom alvitre que o magistrado se dê por impedido para julgar a causa, a fim de não macular o feito de nulidade insanável.

O magistrado que já expôs publicamente sua opinião contrária ao reconhecimento de determinado direito metaindividual deve declarar-se suspeito, afastando-se do julgamento da causa. É o que ocorreria se o magistrado, em entrevista a um meio de comunicação, se manifestasse contrariamente à imposição ao Poder Executivo de ordem para a implementação de uma política pública, por ferimento à cláusula da separação dos poderes.

Outra importante característica da jurisdição coletiva é o ativismo judicial⁴⁷¹. O

juízes no exercício da jurisdição, mas o contrário é absolutamente inadmissível.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 320).

471 No ponto, Elpídio Donizetti apresenta a origem do ativismo judicial: “O princípio do ativismo judicial, de origem norte-americana (judicial activism), nada mais é do que uma releitura dos poderes do juiz sob a ótica do processo coletivo, em que o princípio inquisitivo (ou impulso oficial) é

juiz que preside um processo coletivo tem imensa responsabilidade, à medida que a relação jurídica deduzida em juízo diz respeito a interesses ou direitos que deparam a órbita individual, repercutindo na esfera de várias, quiçá milhares de pessoas. Tamanha responsabilidade exige maiores poderes, para o bom zelo do direito metaindividual. Daí porque as novas propostas normativas, como o PL 5.139, veiculam como um dos princípios da tutela coletiva a flexibilidade procedimental, de modo que o juiz possa, à luz do caso concreto, de modo fundamentado, determinar certos comportamentos processuais de ofício. Assim, poderá disciplinar, da melhor maneira que reputar cabível para o caso concreto, em homenagem à isonomia material, a distribuição do ônus da prova. Também poderá determinar de ofício a produção de provas não requeridas pelas partes, se reputar adequado e pertinente à lide, a fim de melhor formar o seu convencimento.

Diz-se também que a atividade jurisdicional é instrumental e secundária⁴⁷². É instrumental porque tem por objetivo conferir atuação prática às regras de direito, não constituindo um fim em si mesma. A secundariedade decorre do fato de que ela é exercida porque as partes não cumpriram, primariamente, de maneira espontânea e pacífica, a relação jurídica submetida à apreciação do Poder Judiciário.

A interdisciplinariedade é outra característica⁴⁷³. Autores renomados têm destacado que áreas específicas da província jurídica, como o Direito Econômico e o Direito Ambiental, são marcadas pela interdisciplinariedade⁴⁷⁴. Quer isto dizer que o magistrado, para a solução ótima do processo coletivo, não pode ficar preso apenas a conceitos jurídicos. Especialmente com relação à prova, terá que se valer de

reforçado em relação à sistemática tradicional, tendo em vista o interesse público primário presentes nas demandas de massa” (DONIZETTI, Ilídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 93).

472 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. rev. e atual. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 41.

473 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 186.

474 A título de reforço desses argumentos, trago a lume as palavras de Paulo de Bessa Antunes: “O Direito Econômico está contido na grande província jurídico do direito público. A característica mais marcante deste ramo do direito público é a interdisciplinariedade, que é facilmente constatável, tendo em vista o grande número de instrumentos e áreas diversas que são submetidos às normas de Direito Econômico. Pode-se dizer que o Direito Econômico é uma espécie de pólo, ao redor do qual circulam o Direito Tributário, o Direito Administrativo, o Direito Financeiro, o Direito Ambiental e inúmeros outros. Observe-se, ademais, que, modernamente, é impossível conter-se 'ramos' do Direito, como tem sido a tradição jurídica até aqui. Os chamados 'ramos' do Direito estão, a cada dia que passa, cedendo terreno aos vastos setores jurídicos que congregam diversos 'ramos' do Direito. Esta é a maneira adequada que possuímos para o enfrentamento de problemas jurídicos sempre mais complexos” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, p. 12).

conhecimentos e de profissionais de outras áreas, para a exata compreensão. Esse conhecimento interdisciplinar também será necessário, em vários casos, para a compreensão do ato ilícito e para a boa solução do caso concreto.

2.6 Princípios da tutela coletiva

Por óbvio, diante de diferença de objeto, não é possível o transplante puro e simples dos princípios da tutela jurisdicional reservada ao processo individual para tutela jurisdicional coletiva. É que parte do conteúdo desses princípios deve sofrer alguma modificação, para que possam ser aplicados à tutela coletiva⁴⁷⁵.

Adicionalmente, outros princípios também exurgem quando se estuda o processo coletivo. Com efeito, muitos princípios aplicáveis ao processo coletivo, notadamente à ACP, reconhecidos pela doutrina, ainda não encontram previsão expressa em leis que regem o tema. Não obstante, entendemos que esses princípios podem ser extraídos dos direitos e das garantias inerentes ao processo civil constitucional, notadamente a justiça material e o devido processo legal.

Com o objetivo de sistema o processo coletivo e a utilização dos instrumentos correlatos, como a ACP e o mandado de segurança coletivo, foi apresentado ao Governo um anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – CBPCo, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, que constitui uma síntese da doutrina abalizada sobre o tema. Tal proposta converteu-se, posteriormente, em anteprojeto endossado pelo Ministério da Justiça, por isso que apresentado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo⁴⁷⁶.

A propósito, importante destacar que esse anteprojeto consiste em um Sistema Único Coletivo, com a adoção de uma nova Lei da Ação Civil Pública, que substituirá

475 “A inexistência, dentre nós, de um Código Processual Coletivo, propriamente dito, acarreta a necessidade do traslado e aplicação, no ambiente das ações coletivas, de categorias processuais oriundas da jurisdição singular, e então coloca-se a questão de como fazer com segurança esse transbordo, mormente considerando-se que cada qual desses planos jurisdicionais parte de pressupostos próprios e busca distintas finalidades” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 115)

476 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

várias leis extravagantes sobre o tema.

De acordo com o anteprojeto apresentado ao Ministério da Justiça, são os seguintes os princípios da tutela jurisdicional coletiva (art. 2º): a) acesso à justiça e à ordem jurídica justa; b) universalidade da jurisdição; c) participação pelo processo e no processo; d) tutela coletiva adequada; e) boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores; f) cooperação dos órgãos públicos na produção da prova; g) economia processual; h) instrumentalidade das formas; i) ativismo judicial; j) flexibilização da técnica processual; k) dinâmica dos ônus da prova; l) representatividade adequada; m) intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social; n) não taxatividade da ação coletiva; o) ampla divulgação da demanda e dos atos processuais; p) indisponibilidade temperada da ação coletiva; q) continuidade da ação coletiva; r) obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença; s) extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem*; t) reparação dos danos materiais e morais; u) aplicação residual do Código de Processo Civil; v) proporcionalidade e razoabilidade⁴⁷⁷.

Esse anteprojeto, contudo, sofreu algumas modificações, convertendo-se no projeto de lei – PL nº 5.139/2009, cujo art. 3º arrola os seguintes princípios: a) amplo acesso à justiça e participação social; b) duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; c) isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; d) tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; e) motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; f) publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; g) dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; h) exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e i) preferência da execução coletiva⁴⁷⁸.

Entendemos que esses princípios já podem ser utilizados como vetores de

477 GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 453.

478 <http://www.camara.gov.br>, em 31.01.2013.

interpretação e de integração da ACP, hoje regida pela Lei nº 7.347/1985, ainda que o projeto do CBPCo esteja aguardando análise do plenário da Câmara dos Deputados. Isto porque esses princípios derivam, como se verá, da própria CRFB e da estrutura da legislação infraconstitucional. Portanto, a sua aplicabilidade não depende de reconhecimento expresso em legislação infraconstitucional. É certo que esse reconhecimento reforçará sobremaneira a sua eficácia e cogência, mas entendemos que não é condição para a sua aplicabilidade. Como efeito, uma série de princípios, hoje de larga aplicação pelos tribunais pátrios, foram inicialmente reconhecidos pela doutrina, e só depois acolhidos pela jurisprudência e na legislação, a exemplo dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição do retrocesso em direitos fundamentais, da *ultima ratio*, da insignificância, entre outros.

Desse modo, faremos a abordagem doutrinária de alguns dos princípios acima elencados, a fim de melhor subsidiar o presente estudo.

2.6.1 Princípio do acesso à ordem jurídica justa

Nos termos desse princípio, o processo coletivo deve garantir o acesso à ordem jurídica justa. Tal diretriz realiza-se na concretização do trinômio qualidade-tempestividade-efetividade. A qualidade consiste na sentença intrinsecamente justa, fundamentada na melhor doutrina e na mais indicada jurisprudência. Também deve ser fundamentada em um conjunto probatório que se aproxime da verdade real⁴⁷⁹. A tempestividade diz respeito à razoável duração do processo à justa distribuição do tempo no processo. O acesso à ordem jurídica justa pressupõe, de igual modo, a efetividade do comando judicial⁴⁸⁰. Essa efetividade é alcançada, no que se refere às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa mediante a utilização das chamadas “medidas de apoio”, previstas nos artigos 461 e 461-A, assim como em função do dever de cumprir fielmente os preceitos mandamentais (art. 14, parágrafo único). A propósito da ACP, citem-se o §5º do art. 84 do CDC e o art. 11 da LACP como

479 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O compromisso do projeto de novo Código de Processo Civil com o processo justo*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 75*. - São Paulo, IOB, 2012, p. 17.

480 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 281.

dispositivos legais hábeis à assegurar a efetividade da ordem judicial relativamente às obrigações de fazer ou não fazer⁴⁸¹, bem assim o disposto no art. 19 da LACP, que prevê a aplicação subsidiária da legislação processual civil à ACP, permitindo-se, por conseguinte, também a aplicação dos artigos 273, 461 e 461-A⁴⁸².

2.6.2 Princípio da tutela coletiva adequada

Esse princípio encontra parcial acolhida no disposto nos arts. 19 e 21, na medida em que essa regras preconizam a aplicação das regras do CPC e CDC, à ACP, no que for cabível. No entanto, esse princípio encontra previsão expressa no art. 3º do PL 5139, bem como nos art. 10 e 23⁴⁸³.

O princípio da tutela coletiva adequada é corolário do princípio do devido processo legal. Isto porque o princípio do devido processo legal tem por função proteger os direitos relativos ao processo. Além disso, possui uma natureza abertura, permitindo que outras garantias sejam incorporadas à tutela constitucional do processo, em virtude do avanço histórico das instituições.⁴⁸⁴

Esse o motivo de se afirmar que o direito à tutela adequada decorre do devido processo legal. Não obstante não estar expresso positivamente no texto legal, esse princípio tem grande importância para o jurisdicionado. Ele garante à parte o direito ao procedimento adequado à tutela do seu direito.

Esse princípio deve ser observado em duas instâncias: no Poder Legislativo e no Poder Judiciário.

Na elaboração da lei processual, o legislador deve ter o cuidado de conformá-la

481 RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. - Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 212.

482 BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. - São Paulo: LTr, 2008, p. 105.

483 “Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei. § 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

Art. 23. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.” (www.camara.gov.br, em 31.01.2013).

484 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – benfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública*. In: Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover/ Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrónio Calmon, Rita Quartieri, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 247.

ao direito material que visa tutelar. Por exemplo, a tutela de direitos difusos não se compadece com um rito exíguo, como se verifica na Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95). É que, o mais das vezes, causas relativas a direitos difusos demandam ampla instrução probatória, com realização de perícias e produção de várias outras provas (documentais e testemunhais). Essa adaptabilidade ao rito é importante, porque um procedimento inadequado pode significar verdadeira negação da justiça. Basta se pensar no prejuízo advindo da impossibilidade de se produzir determinado tipo de prova, ou de apresentar argumentos em uma determinada fase processual.

No âmbito do Poder Judiciário, em respeito a esse princípio, deve o juiz, no limiar da lide, determinar a emenda da petição, se perceber que o rito indicado não se conforma ao direito material tutelado em juízo. Se o erro for detectado após o contraditório, ou após a instrução probatória, e o vício for insanável, deve o juiz permitir a adaptação do rito, franqueando novo contraditório e abrindo nova oportunidade para produção de provas. De nenhum modo, será possível a adaptação do rito após a sentença.

Ainda no âmbito do Poder Judiciário, o respeito a esse princípio implica em uma tutela jurisdicional adequada, tanto na fase de conhecimento, quanto na fase executiva, garantindo-se meios executórios adequados à satisfação da pretensão deduzida em juízo⁴⁸⁵. Nesse sentido, deve o magistrado valer-se, conforme o caso, das tutelas inibitória, mandamental, ressarcitória, específica de obrigação de fazer ou de entrega de coisa.

A adequação do procedimento deve ser vista, portanto, sob três aspectos: subjetivo, objetivo e teleológico⁴⁸⁶.

A adequação subjetiva diz respeito aos litigantes, como se verifica, em certos casos, na necessidade de intervenção do Ministério Público em casos relativos a direitos difusos e coletivos; ou então a extensão da coisa julgada *erga omnes*, no casos direitos difusos.

A adequação teleológica pauta-se pelas funções exercidas no processo e pelos valores ínsitos a cada direito material. Assim a regras processuais não podem ser as

485 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

486 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – benfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública*. In: Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover/ Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrónio Calmon, Rita Quartieri, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249.

mesmas para o fase de conhecimento e para a de cumprimento de sentença, pois ambas destinam-se a diferentes funções no âmbito do processo. Os Juizados Especiais requerem um rito mais célere e simples, tendo em vista a sua vocação para a satisfação de conflitos menos complexos e cujo proveito econômico não é tão expressivo.

A adequação objetiva do procedimento leva em conta a natureza do direito material, como as possessórias e as ações coletivas, que reclamam rito específico, diferente do rito ordinário descrito no CPC e reservado às causas em geral; a forma como se apresenta esse direito no processo, se evidente ou não, como o mandado de segurança e as ações monitórias; a (in)disponibilidade do direito, como se verifica nas causas propostas contra a Fazenda Pública, que reclamam em geral o reexame necessário (art. 475 do CPC); e a situação processual de urgência, como se verifica nas ações cautelares e nos pedidos de antecipação dos efeitos da tutela. Essa adequação importará em variadas soluções para problemas relacionados à produção de provas, ao impulso oficial, à coisa julgada, à extensão dos poderes de juiz e os que se fizerem necessários.

Acreditamos que esse princípio encontrará melhor concretização com a aprovação do projeto de lei relativo ao Código Brasileiro de Processos Coletivos, porque contém mais regras e mais possibilidades para a tutela dos direitos metaindividuais, à luz dos critérios adrede apontados.

2.6.3 Princípio da máxima efetividade tutela coletiva

O princípio da máxima efetividade do processo coletivo decorre da importância social do direito material discutido no seu bojo⁴⁸⁷. Isto porque todas as espécies de direitos metaindividuais têm ampla repercussão social, mesmo os direitos individuais homogêneos, conforme demonstrado no primeiro capítulo. Em última instância, todas essas espécies abrangem direitos fundamentais⁴⁸⁸, cuja proteção constitucional e

487 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 576.

488 RUGGIERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. *O processo civil coletivo e sua efetividade*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 123.

aplicação imediata são expressas (art. 5º, XXXV, e §1º, da CRFB). A legislação infraconstitucional também é expressa quanto à ampla tutela dos direitos metaindividuais (art. 21 da LACP e art. 83 do CDC)⁴⁸⁹. Tal princípio também consta dos arts. 3º e 23 do projeto do CBPCo.

Assim sendo, é de suma importância que o Poder Judiciário garanta a realização material dos comandos judiciais veiculados nas decisões e sentenças⁴⁹⁰. Esse escopo é alcançado mediante a outorga de poderes de impulso ao juiz e também de instrumentos que lhe permitam efetivar os direitos reconhecidos em decisões judiciais, em favor das partes.

Para isso, é necessário, já na fase instrutória, uma ampla investigação acerca dos fatos narrados pelas partes. Tal atividade deve consistir na produção de todas as provas necessárias para o julgamento da causa. Assim é que o juiz deve oficiar a todos os órgãos públicos e pessoas jurídicas de direito privado, para que juntem aos autos as provas requisitadas. Também deve determinar a realização de inspeção judicial naqueles casos em que isso for necessário, como sói ocorrer em causas coletivas relacionadas a disputa de terras. Com efeito, em várias situações a observação direta, acompanhada de descrição pormenorizada dos fatos em auto de inspeção, resulta em elementos sólidos para a formação do convencimento judicial⁴⁹¹. Deve realizar audiência de instrução, ouvindo as partes e testemunhas indicadas pelas partes, além daquelas que reputar necessário o depoimento.

De acordo com esse princípio, o juiz deve ser munido de instrumentos hábeis a efetivar os direitos metaindividuais. Assim é que o juiz também deve se valer da antecipação de tutela, com ou sem justificação prévia (art. 12 da LACP) e, por conseguinte, das medidas de apoio previstas no art. 461 do CPC, art. 84 do CDC e art. 11 da LACP, quando tais medidas se mostrarem necessárias. As medidas de apoio também devem ser utilizadas por ocasião da sentença de mérito, para instigar o réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, independentemente de requerimento do autor. É possível também uma interpretação analógica com o CDC (art. 28), para se permitir a desconsideração da personalidade jurídica⁴⁹².

489 NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 850.

490 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

491 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. - 29. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 73.

492 Essa prerrogativa consta expressamente do PL relativo ao CBPCo: “Art. 30. O juiz poderá,

O que, em suma, esse princípio enuncia, é que o juiz do processo coletivo, dada a envergadura do direito material discutido em juízo, deve adotar uma postura ativa, sem no entanto desbordar dos lindes constitucionais e legais. Cuida-se de uma postura muito difere daquela de outrora, em que deveria buscar a neutralidade e a passividade, assistindo, apenas, às partes protagonizarem a produção de provas e outros atos relevantes no âmbito do processo.

O processo moderno é um processo resultados, como acentua Cândido Dinamarco⁴⁹³. Logo, dada a importância social dos direitos metaindividuais, compete muito mais ao juiz que preside um processo coletivo, como é a ACP, adotar essa máxima.

2.6.4 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum

Tal princípio decorre do disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB, que encerra uma cláusula de proteção dos direitos fundamentais. Ademais, esse princípio encontra guarida na legislação infraconstitucional, conforme se verificou do comando inserto no art. 83 do CPC, que, em virtude do disposto no art. 21 da Lei nº 7.347/1985, pode ser

observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.” (<http://www.camara.gov.br>, em 30.01.2013).

493 Eis sua preciosa lição: “Diferente é o posicionamento moderno, agora girando em torno da ideia do processo civil de resultados. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de processo civil*. Vol. I. - 6. ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 111).

aplicado à ACP⁴⁹⁴.

Desse modo, é possível concluir que toda e qualquer ação, desde que adequada, pode ser utilizada para a proteção e promoção dos direitos metaindividuais⁴⁹⁵. Aos interessados, portanto, é possível a utilização de ACP, mandado de segurança coletivo, ação popular e ação de improbidade administrativa, para a tutela dos direitos metaindividuais, sem prejuízo de outros instrumentos que revelem viáveis no caso concreto.

Também é lícito às partes requerer todo e qualquer tipo de tutela jurisdicional, para a proteção dos direitos metaindividuais, como a preventiva e a definitiva, as tutelas condenatória, mandamental, declaratória, constitutiva e inibitória. Ao magistrado, em virtude desse amplo espectro de opções, é permitido não só o uso dos poderes descritos na Lei nº 7.347/1985, mas o uso de todos os instrumentos para a tutela dos direitos metaindividuais, como a antecipação de tutela e as medidas de apoio previstas no art. 461 do CPC, art. 84 do CDC e art. 11 da LACP.

Esse princípio não só enseja uma ampla gama de alternativas processuais, mas de cumulação de tutelas⁴⁹⁶. Em tema de direitos metaindividuais, uma tutela não exclui a outra. A par da tutela condenatória, também é possível o requerimento cumulativo de tutela mandamental. Figure-se a esse título a hipótese de ACP ajuizada em desfavor de determinada empresa, condenando-a por danos morais coletivos, além de lhe impor obrigação de fazer.

A configuração dos direitos metaindividuais reclama uma ampla tutela. São múltiplas as tutelas necessárias para a sua adequada proteção, até mesmo por sua constante evolução e grande extensão. Como destacado no primeiro capítulo, trata-se de uma categoria de direitos cujo catálogo está em processo de formação, até porque a mutabilidade é uma das suas características. Além disso, o seu conteúdo é amplíssimo, abarcando desde os direitos difusos, que são inúmeros, até os direitos individuais homogêneos.

Assim, deve-se franquear às partes e ao juiz, à semelhança do que ocorre no *common law* - como demonstrado no primeiro e no segundo capítulo - uma maior liberdade na utilização dos instrumentos processuais, sem apego a formalismos estereis.

494 DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos*. - São Paulo: Atlas, 2010, p. 103.

495 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 153.

496 RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. *O processo civil coletivo e sua efetividade*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 126.

Esse o contexto, foi bem-vinda a decisão do STJ, manifestada em recente acórdão, de reconhecer a atipicidade da ação coletiva⁴⁹⁷ e, concomitantemente, a múltipla aptidão da ACP para conferir integral tutela aos interesses e direitos metaindividuais. Tal julgamento foi fruto de uma interpretação sistemática da LACP (arts. 1º, 3º e 4º), assim como do texto constitucional (art. 5º, XXXV, e 129, III, da CRFB)⁴⁹⁸.

2.6.5 Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito

Entendemos que a fase destinada à construção da base científica do direito processual já alcançou quase que por completo o seu desiderato. É chegado o momento, portanto, de o processo civil brasileiro transitar para uma nova fase, consistente em um processo civil de resultados.

A CRFB (arts. 5º, XXXV, e 129) e a LACP (art. 1º), normas decorrentes da vontade popular, incumbiram o Poder Judiciário da missão de bem curar os direitos metaindividuais. Trata-se de tarefa da máxima importância, tendo em conta a

497 “PROCESSUAL CIVILAÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRODUÇÃO DE PROVAS. MATÉRIA DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE.

1. Não viola o artigo 535 do CPC o acórdão que contém fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

Revelam-se incabíveis embargos declaratórios visando a simplesmente rediscutir as questões já decididas.

2. A ação civil pública destina-se a conferir integral tutela aos direitos transindividuais (difusos e coletivos) e, com essa finalidade, comporta não apenas os provimentos jurisdicionais expressamente previstos na Lei 7.347/85, como também qualquer outro, hoje disponível em nosso sistema de processo, que for considerado necessário e adequado à defesa dos referidos direitos, quando ameaçados ou violados.

3. Com fundamento no art. 129, III da Constituição, o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública, além de outras finalidades, "para a proteção do patrimônio público e social", o que inclui certamente a possibilidade de postular tutela de natureza constitutivo-negativa de atos jurídicos que acarretem lesão ao referido patrimônio.

4. O art. 330, inciso I, do CPC permite ao magistrado julgar antecipadamente a causa e dispensar a produção de provas quando a questão é unicamente de direito ou quando já houver prova suficiente dos fatos alegados.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 592693/MT, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 190) (www.stjus.br, em 30.01.2013).

498 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 575.

repercussão social dos interesses e dos direitos metaindividuais⁴⁹⁹.

É poder-dever do Poder Judiciário, portanto, julgar o mérito das lides coletivas⁵⁰⁰. Longe de apegar-se a formalismos inúteis, que dão ensejo à extinção do processo, sem julgamento de mérito, deve o magistrado preocupar-se em sanar as falhas processuais e proceder à análise da lide deduzida em juízo.

Não há mais espaço para soluções processuais peremptórias após anos de espera. Assim, deve o juiz evitar uma solução processual para uma lide que aguarda julgamento há anos. Deve procurar sanar a falha processual, esclarecendo às partes em que consiste a falta, que para que possa ocorrer o julgamento de mérito. O prejuízo de um não julgamento de mérito, para a coletividade que aguarda o julgamento da causa há anos, é incomensurável.

Esse princípio está conectado com outros dois princípios, quais sejam, o da instrumentalidade e o da flexibilidade procedimental, princípios inerentes à tutela jurisdicional coletiva. Cuida-se de uma tendência mundial a preocupação com o julgamento de mérito das lides coletivas, dada a importância social do bem jurídico deduzido em juízo. Tanto assim que consta expressamente na lei colombiana de processos coletivos⁵⁰¹.

É muito mais produtivo a tutela molecular de direitos, que a demanda atomizada⁵⁰². O julgamento de mérito da lide coletiva implica economia processual, racionalização da atividade jurisdicional, por isso que evita a existência de decisões díspares sobre o mesmo tema, além de reforçar a eficácia das normas que regulam os interesses e os direitos metaindividuais. De fato, ao solucionar uma lide relativa a direitos metaindividuais, o Poder Judiciário está reforçando a eficácia normativa das

499 RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. *O processo civil coletivo e sua efetividade*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 109.

500 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 572.

501 “Artículo 5º - Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones.

El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.

Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución. Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda.” (<http://www.secretariasenado.gov.co>, em 30.01.2013).

502 DONIZETTI, Elpidio. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos*. - São Paulo: Atlas, 2010, p. 91.

normas pertinentes a esses direitos, alcançando um dos escopos do processo, qual seja, o jurídico.

Há uma grande esperança depositada no Poder Judiciário pela sociedade, nos dias atuais. O Poder Executivo, seja por limitações de ordem administrativa e/ou orçamentária, não tem acudido à implementação esperada dos direitos metaindividuais, sendo, inclusive, em alguns casos, fonte de problemas com relação à sua efetividade. Por outro lado, o Poder Legislativo, para construir uma solução, precisa angariar consenso entre seus membros, o que não é tarefa fácil, sobretudo tendo em conta a vasta composição da Câmara e do Senado. A construção do consenso democrático nessas Casas é processo moroso e tarefa das mais espinhosas. Assim, o tempo do processo legislativo no Congresso não corresponde às expectativas da população, especialmente na era contemporânea, em que a velocidade se tornou um valor e uma necessidade inerente às relações sociais e econômicas.

Esses elementos, de ordem jurídica e social, revelam a importância do julgamento de mérito na ACP. Daí porque esse princípio tem um papel relevantíssimo no exercício da jurisdição coletiva.

Exemplo prático desse princípio consta do art. 20 do PL 5.139/2009⁵⁰³, em tramitação na Câmara dos Deputados, relativo ao CBPCo, que determina ao juiz proferir sentença ilíquida, mesmo quando não tenha elementos para fixar o *quantum debeatur*. Isto é, a proposta é precisamente que o juiz julgue o mérito da lide, mesmo que não tenha nos autos todos os elementos para a fixação da obrigação. Cuida-se de uma evidente preocupação com a resolução de mérito, apesar de ensejar a realização de mais um fase, consistente na liquidação do débito.

Outro exemplo encontra-se no disposto no art. 9º do aludido PL, que proíbe a extinção do processo, em julgamento do mérito, por ausência de condição da ação ou de pressupostos processuais, sem antes dar à parte a chance de sanar a falta, possibilitando-se inclusive a substituição do autor coletivo, sendo de tudo intimado o MP⁵⁰⁴.

503 Eis a redação do art. 20 constante do aludido PL: “Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.” (<http://www.camara.gov.br>, em 30.01.2013).

504 Confira-se a redação do art. 9º: “Art. 9º Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.” (<http://www.camara.gov.br>, em 30.01.2013).

2.6.6 Princípio da boa-fé

De acordo com o princípio da boa-fé ou da ética processual, as partes devem agir com boa-fé e lealdade, reciprocamente, e, sobretudo, em relação ao Estado-juiz, evitando o emprego de fraudes e ardis. Isto porque a atividade jurisdicional visa à garantia da ordem jurídica e à pacificação social, mediante a justa composição do conflito. Há, portanto, interesse público no processo, que não pode ser olvidado pela atividade fraudulenta das partes. Esse princípio é tão importante à atividade jurisdicional, que alcança todo o tecido normativo processual: administrativo, civil, trabalhista, penal e também o coletivo.

No âmbito do processo civil regido pelo CPC, os arts. 14, 17 e 18, são categóricos a respeito, pois, como ressalta Humberto Theodoro Júnior, a lei processual civil “não tolera a má-fé”⁵⁰⁵. A propósito, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil também foi ressaltada a importância desse princípio⁵⁰⁶. Na seara do processo administrativo, o princípio da ética processual encontra previsão expressa no art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9.784/1999⁵⁰⁷. Não há, porém, previsão expressa a respeito no CPP. Ao que parece, o princípio da ética processual só não encontrou previsão expressa no CPP, eis que essa norma foi editada em período de exceção (1940), bem anterior à vigência da atual Constituição e das reformas processuais. Quanto ao processo coletivo, o PL relativo ao CBPCo adota expressamente esse princípio (art. 3º, VIII).

De outra parte, vale destacar que o princípio da ética processual é corolário do devido processo legal, porque esse último resume todas as garantias e princípios

505 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.33

506 “a) Das inovações constantes do Livro I

17. Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.” (<http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013).

507 “Art. 2º. (...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, dentre outros os critérios de:

(...)

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;” (<http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013).

processuais constitucionais: contraditório, ampla defesa, publicidade processual etc. Uma síntese do devido processual legal, que está na base de processo moderno, é a regra do *fair play*: garantir às partes o mesmo tratamento no ambiente processual, com prévio conhecimento das regras e isonomia no manejo dos instrumentos cabíveis, além do respeito à boa-fé e à lealdade.

Na lição de Gilmar Ferreira Mendes⁵⁰⁸, e na esteira do entendimento do STF, o devido processo legal tem, no ordenamento jurídico brasileiro, à semelhança do que ocorre no direito americano, além de sua natural feição formal, um forte caráter substancial⁵⁰⁹. Isto porque, além de exercer a função de garantia, também reveste o papel de princípio fundante do direito processual: qualquer norma infraconstitucional ou qualquer ato processual em desconformidade com esse princípio implica nulidade absoluta. Alguns doutrinadores, dentre eles a professora Ada Pellegrini Grinover⁵¹⁰, chegam a falar em situação de inexistência no caso de ofensa a esse princípio, tamanha a violação do ordenamento jurídico.

Portanto, o princípio da ética processual também possui carga constitucional, de modo que condutas eivadas de má-fé ofendem não só regramento processual, mas também norma constitucional (art. 5º, inciso LIV, do CRFB).

2.6.7 Princípio da cooperação dos órgãos públicos

Trata-se de importante princípio, para a boa produção da prova no âmbito do processo coletivo. É que em algumas situações, o autor coletivo não tem acesso a certos documentos constantes de repartições públicas. Especialmente porque muitos dos autores coletivos são pessoas jurídicas de direito privado, portanto, não têm natural

508 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 641.

509 Eis a definição de devido processo legal, em sua feição substancial, proferida por Erwin Chemerinsky, ilustre professor da Universidade da Califórnia: “*Substantive due process*, as that phrase connotes, asks whether the government has an adequate reason for taking away a person's life, liberty, or property. In other words, substantive due process looks to whether there is a sufficient justification for the government's action. Whether there is such a justification depends very much on the level of scrutiny used. For example, if a law is in an area where only rational basis review is applied, substantive due process is met so long as the law is rationally related to a legitimate government purpose. But if it is in an area where strict scrutiny is used, such as for protecting fundamental rights, then the government will meet substantive due process only if it can prove that the law is necessary to achieve a compelling government purpose.” (CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. - 4. ed. - New York (USA): Wolters Kluwer, Law & Business, 2011, p. 558).

510 Grinover, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pg. 29

acesso a órgãos públicos, tampouco convivência estreita com essas unidades administrativas. Logo, é imprescindível que haja a colaboração dos órgãos públicos no fornecimento dessas informações⁵¹¹, para que não ocorra indevida restrição ao direito de produzir provas.

Tal situação se verifica quando o autor coletivo precisa ter acesso à íntegra do Estudo de Impacto Ambiental – EIA, para provar a veracidade de suas alegações quanto à existência do dano ambiental. Ou então quando necessita de documentos constantes de banco de dados de Secretaria de Trânsito, para demonstrar o volume de passageiros nos trajetos a serem licitados; ou, ainda, na hipótese em que se fazem necessárias as informações relativas aos critérios que levaram a Administração a fixar o preço da passagem do transporte coletivo urbano em determinado trecho da cidade.

São inúmeras as hipóteses em que se faz necessária a colaboração de órgãos públicos para o bom andamento do processo coletivo, notadamente da ACP. Não se olvida que a realidade de muitos órgãos públicos no âmbito estadual e municipal não corresponde aos ditames constitucionais (art. 37) e legais (Lei nº 9.784/199). Assim é que, infelizmente, vários órgãos e pessoas jurídicas de direito público, Brasil afora, não pautam sua atuação funcional pela publicidade e transparência, dificultando o acesso de particulares a documentos públicos, mesmo os que não guardem a nota da confidencialidade.

Se não houver uma atuação enérgica do Poder Judiciário, para remediar a ausência da prova, necessária à demonstração do quanto alegado na petição inicial, possivelmente o pedido formulado pelo autor coletivo será julgado improcedente, com prejuízo a milhares ou quiçá milhões de substituídos. Ora, o interesse da coletividade não pode ser prejudicado em razão de práticas espúrias da Administração Pública, especialmente no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, para assegurar a efetividade do devido processo legal, no tocante ao direito de produzir prova, pode o magistrado requisitar dos órgãos públicos, sob pena de multa e crime de desobediência, os documentos requeridos pelas partes, desde que se mostrem necessários e pertinentes ao julgamento da lide.

A atual LACP contempla dispositivo autorizando o interessado a requerer às autoridades competentes as certidões e informações necessárias, que deverão ser fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias (art. 8º). Outro exemplo prático desse princípio

511 DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos*. - São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

consta do art. 11 do PL relativo ao CBPCo⁵¹². Igual disposição consta do art. 399 do CPC, assim como do art. 3º, III, da Lei nº 9.784/1999.

Outra face importante desse princípio reside no fato de que o juiz pode determinar de ofício a realização de perícias, requisitando o auxílio de técnicos lotados em outros órgãos públicos. Não há negar o interesse público que reside no processo, sobretudo o processo coletivo. Desse modo, competente ao Estado, por intermédio de seus diversos órgãos, empenhar-se para a boa solução das lides coletivas, notadamente a ACP.

2.6.8 Princípio da instrumentalidade

A doutrina pátria, durante muito tempo, voltou suas atenções para a construção de uma ciência processual, fixando um corpo extenso de regras e de princípios. Esse edifício intelectual mostrou-se excessivamente formal, exigindo do seu intérprete conhecimentos cada vez mais sofisticados, inclusive de ordem filosófica, o que acabou por distanciar o direito processual do mundo dos fatos. Durante esse período, pequenos deslizes na técnica, eram motivo para a extinção processo sem julgamento de mérito, frustrando a expectativa das partes e remetendo-as ao doloroso caminho do recomeço da relação processual, depois de longos anos de espera.

Felizmente, em dado momento, entre as décadas de 1960 e 1970, apercebeu-se a doutrina que o processo não vale em si mesmo, mas é um instrumento a serviço do ordenamento jurídico material.

Surgiu então uma preocupação com os resultados gerados pelo processo, a chamada fase instrumentalista⁵¹³. Cuida-se de uma nova percepção do direito processual, movida em função dos benefícios que a tutela judicial enseja ou deve ensejar ao titular do direito material.

512 Eis o teor do art. 11: “Art. 11. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

§ 1º Não fornecidas as certidões e informações referidas no caput, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§ 2º A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos.” (<http://www.camara.gov.br>, em 30.01.2013).

513 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. - 3.ed. rev, ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 15.

Essa reação à concepção formalista do direito processual se fez sentir, motivo pelo qual foi acolhida pelo legislado, resultando em direito positivo. É o que se verifica do disposto no art. 244 do CPC, que consagrou o princípio da instrumentalidade⁵¹⁴. Desse modo, não se declara a nulidade do ato processual: a) se não for cominada pena de nulidade para a hipótese, e se ele alcançou a sua finalidade (art. 244 do CPC); b) se o ato não gerou prejuízo às partes (art. 249, §1º, do CPC); c) se o juiz puder decidir o mérito em favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade; d) se a nulidade teve sido causada pela própria parte que requereu a sua decretação (art. 243 do CPC).

Essa nova percepção do direito processual ganhou reforço com uma nova matriz: a CRFB/1988, que estabeleceu uma série de garantias processuais (art. 5º, LIII, LIV, LV e LVI), dentre elas o direito a um processo justo e o acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXV), além de reorganizar o Poder Judiciário nacional.

Não se olvida com este princípio a importância da forma. As regras sobre as formas dos atos são estabelecidas para que a finalidade dos mesmos seja atendida, assim como para garantir a segurança e a idoneidade do procedimento, fazendo-o propício à obtenção de um resultado justo. Todavia, as regras estereis e aquelas que não têm maior repercussão na tramitação da causa ou cuja inobservância não gera prejuízo às partes, não deve servir de mote à extinção do processo, sem julgamento de mérito, quando desatendidas⁵¹⁵.

No diz respeito ao processo coletivo, especificamente em relação à ACP, objeto deste estudo, mister destacar que a observância desse princípio é de fundamental importância. Na linha do quanto exposto no primeiro capítulo, pode-se afirmar que existe, em geral, uma grande expectativa social quanto ao destino da ACP. Por tutelar direitos metaindividuais, são centenas ou milhares de pessoas, ansiosos, à espera do resultado do julgamento da lide.

A propósito, vale destacar que toda a disciplina adrede exposta se aplica à ACP, por força da aplicação subsidiária do CPC (art. 21 da LACP), além de contar com algumas particularidades. Isto porque o art. 103, I, II, e III, do CDC, também alberga o princípio da instrumentalidade. Com efeito, na medida em que consagra a formação da coisa julgada conforme a prova produzida (*secundum eventum probationis*), permite que

514 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 592.

515 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. - 3. ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 435.

a parte ingresse com nova demanda, sem que seja prejudica por ...

2.6.9 Princípio da flexibilidade procedimental

Esse princípio pode, à primeira vista, parecer uma grande inovação processual. No entanto, ele já encontra aplicação prática em algumas normas processuais em vigor há mais de uma década⁵¹⁶. A previsão expressa desse princípio indica somente que há necessidade de um aperfeiçoamento da técnica processual quando se trata de direitos metaindividuais, notadamente mediante a elaboração e a utilização de regras mais flexíveis e abertas. Isto é, que o direito processual deve se adaptar às necessidades do direito material.

Cuida-se de princípio cujo desiderato é, em última instância, proporcionar a solução justa da lide⁵¹⁷.

Encontramos aplicação prática desse princípio nas seguintes hipóteses:

516 Fredie Didier Jr., ao fazer a defesa da possibilidade de o magistrado adaptar o procedimento às necessidades do direito material controvertido no caso concreto, faz alusão a várias hipóteses legais em que tal atividade é permitida de modo expreso: “Nada impede que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento à peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental). Eis que aparece o princípio da *adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do procedimento*: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da aquedação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.

Muitas vezes, há regras que autorizam essa adequação judicial do procedimento. Podem ser citadas, como exemplos: a) possibilidade de inversão do ônus da prova, em causas de consumo: a regra do procedimento é alterada no caso concreto, *ope iudicis*, preenchidos certos requisitos, de acordo com o art. 6º, VIII, do CDC; b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§4º e 5º, do CPC); c) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330 do CPC); d) a determinação ou não de audiência preliminar, a depender da disponibilidade do direito em jogo (art. 331, do CPC); e) as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (Lei Federal n. 4.717/65, arts. 7º e sgs.); f) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 491 do CPC); g) as mutações permitidas ao agravo de instrumento do art. 544, CPC, previstas em seus parágrafos; h) adequação do processo em jurisdição voluntária (art. 1.109, do CPC) etc.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – benfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública*. In: Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover/ Maria Clara Gozzoli, Mima Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 251).

517 DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos*. - São Paulo: Atlas, 2010, p. 94.

ampliação do prazo reservado ao contraditório na hipótese de a inicial vir acompanhado de milhares de documentos, impedindo uma leitura atenta e a produção de uma boa defesa, no singelo prazo de 15(quinze) dias. Prazo maior de réplica, quando dezenas de réus apresentarem contestações, com procuradores diferentes, todos juntando novos documentos e arguindo preliminares.

Antes de alterar o procedimento, o juiz deve avisar as partes de tal intento, adotando assim uma postura cooperativa e privilegiando o contraditório e a segurança jurídica.

Esse princípio também pode ser visto sob uma outra perspectiva: cuida-se da possibilidade de interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, de acordo com o bem jurídico tutelado no caso concreto⁵¹⁸.

O princípio da flexibilidade também alberga fungibilidade das tutelas de urgência (art. 273, §7º, do CPC). Assim é que instado a deferir antecipação de tutela, e percebendo juiz da ACP que o caso é de medida cautelar, poderá deferir essa última, para assegurar o resultado útil do processo. O inverso também possível. O que o magistrado deve ter em conta é a necessidade de adaptar as regras processuais à natureza e às situações envolvendo o direito material discutido em juízo.

É fácil inferir que a aplicação desse princípio importará num incremento dos poderes do juiz na condução da lide. Essa realidade, porém, não é própria do processo coletivo. Trata-se de uma tendência até mesmo processo civil individual, que exige do

518 Ricardo de Barros Leonel relaciona vários hipóteses em que é possível a flexibilização da forma em favor do resultado, no PL 5.139/2009, relativo ao Código Brasileiro de Processos Coletivos - CBPCo: “ Esta flexibilização da forma em favor do resultado está clara em diversas passagens do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Podem ser citados inúmeros exemplos desta diretriz no anteprojeto: (a) interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, em conformidade com o bem jurídico tutelado (art. 4º, caput); (b) ao tratar da relação entre demandas coletivas, prevê que, na análise do pedido e da causa de pedir, para fins de reconhecimento de conexão ou continência, deve ser considerada a identidade do bem jurídico tutelado (art. 5º, §1º); (c) a possibilidade de, durante a fase de instrução, ser revista a distribuição do ônus da prova (art. 10, §3º); (d) mitigação da coisa julgada, com a previsão de ação revisional, no caso de descoberta de nova prova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo anterior, desde que idônea, por si só, a mudar o resultado daquele (art. 12, §5º); (e) a legitimação da pessoa física, obedecidos os critérios relacionados à representatividade adequada, para a propositura de ações coletivas, bem como a própria ampliação do rol de legitimados (art. 19 e incisos); (f) a expressa previsão da possibilidade de utilização de meios alternativos para a solução de conflitos coletivos, desde que haja interesse dos litigantes (art. 23, §1º); (g) a possibilidade de que o magistrado, de ofício, e em homenagem à economia processual e à maior facilidade para a condução do processo, determine a separação ou desmembramento do processo em ações coletivas distintas, para a tutela de interesses difusos e coletivos, de um lado, e individuais homogêneos, de outro (art. 23, §5º, II); (h) a previsão de que o Código será interpretado de forma 'aberta e flexível', compatível com a tutela jurisdicional coletiva.” (LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 146).

juiz uma nova atitude, tendo conta a importância intrínseca da atividade jurisdicional, legítima exercício de uma das funções típicas do Estado, e, em especial, no que toca ACP e aos demais instrumentos inerentes ao processo coletivo, a importância social dos direitos metaindividuais.

2.6.10 Princípio da discricionariedade controlada ou disponibilidade motivada

Esse princípio enuncia que a propositura da ACP não se revela como um dever absoluto. Assim, os colegitimados, uma vez provocados pelos interessados, não têm a obrigação de propor ACP. Essa competência somente será exercida se houver justa causa para tanto. Tanto assim que se ACP for proposta de maneira temerária, poderá haver condenação do autor por litigância de má-fé, impondo-se-lhe o pagamento de custas, despesas processuais e honorários de advogado (art. 17 e 18 da Lei nº 7.347/1985). Recentemente, o STJ proferiu acórdão estendendo essa disciplina também para o Ministério Público⁵¹⁹.

No que tange ao Ministério Público, em virtude do novo perfil que lhe foi traçado pela CRFB/1988 (art. 127), cabe a este órgão intervir apenas nas causas em que identifique interesses de expressão social ou que tenham a natureza da indisponibilidade⁵²⁰. Essa orientação se coaduna com o disposto no art. 9º da Lei nº

519 “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGENTE POLÍTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. TIPICIDADE. DOLO. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. ELEMENTOS DE PROVA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS FIXADOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

4. A Primeira Seção, ao julgar os EREsp 895.530/PR, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, por maioria, firmou que, em ação civil pública movida pelo Parquet, devem ser seguidas as seguintes balizas: I) o Ministério Público não pode auferir honorários por vedação constitucional, consoante o art. 128, § 5º, II, letra "a", da Constituição da República; II) aplicam-se estritamente os critérios previstos nas regras específicas da Lei 7.347/85, quanto à verba honorária; III) o STJ entende que o Ministério público somente pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios apenas nos casos de prova irrefutável de sua má-fé e; IV) dentro de critério de absoluta simetria, se o Ministério Público não paga os honorários, também não deve recebê-los. (Precedente: REsp 1099573/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 19/05/2010).

Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1264364/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 14/03/2012)” (<http://www.stj.gov.br>, em 30.01.2013).

520 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. - 25. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

7.347/1985⁵²¹.

No entanto, a desistência da propositura da ACP ou o pedido de arquivamento do inquérito civil, devem ser devidamente fundamentados, sendo certo que no último caso tal determinação está sujeita à ratificação do Conselho Superior do MP.

É que as competências reservadas aos agentes públicos são, na lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, “deveres-poderes”, ou poderes instrumentais para que se atinja do bem-estar coletivo. É que o titular do poder é o povo. E o interesse primário da Administração deve ser a satisfação do titular do poder, mediante a observância das normas constitucionais e legais⁵²². Assim, presentes os requisitos, deve ser ajuizada a ACP pelo MP, pelos órgãos públicos e demais pessoas jurídicas de direito público. Não se trata de uma faculdade.

Isto porque os colegitimados, integrantes da Administração Pública, como as autarquias e os entes políticos, são regidos por princípios de administrativo, dentre eles o da finalidade e o da indisponibilidade do interesse público, que lhes impõem a tutela dos interesses sob sua alçada. Nesse ponto, é importante ressaltar que essa sistemática não se aplica somente ao Ministério Público, mas também à Advocacia Pública e à

521 “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, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 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.” (<http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013).

522 “Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam ou melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. - 25ª ed., rev. e atual.. - São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 72)

Defensoria Pública⁵²³.

Também é possível extrair-se desse princípio a regra da continuidade da demanda coletiva, que inclusive encontra previsão no projeto da nova Lei de Ação Civil Pública. Assim, os colegitimados para a propositura da ACP têm o encargo de fiscalizar a desistência infundada ou o abandono da ação, assumindo a continuidade desta ação, se entenderem necessário, notadamente a Defensoria e o Ministério Público⁵²⁴.

Apenas quando a desistência for fundada, extinguir-se-á o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, II, III ou VIII do CPC, ouvindo-se previamente o MP, se ele não for o autor da ACP.

2.6.11 Distribuição dinâmica do ônus da prova

O ônus da prova pode ser distribuído aprioristicamente pela legislação, de maneira abstrata (modo estático), ou então a lei pode atribuir ao juiz a competência de, à luz do caso concreto, imputar o ônus a quem tiver melhores condições de produzir a prova (modo dinâmico)⁵²⁵.

Entendemos que é necessária a adoção da distribuição dinâmica dos ônus da prova no âmbito da ACP, porque as regras tradicionais de distribuição de ônus da prova não se mostram satisfatórias à defesa dos interesses e direitos metaindividuais⁵²⁶. Tal fato se agrava quando se verifica que a atual LACP não trata da distribuição do ônus da prova, aplicando-se, por conseguinte, as regras do CPC, por força do disposto no art. 19 da aludida lei.

De fato, vigora no CPC o princípio dispositivo, admitido certo temperamento. Isto porque compete às partes, com preponderância, a produção da prova, admitida, no entanto, a iniciativa do juiz, de ofício, quando não restar satisfeito com o conjunto

523 DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos*. - São Paulo: Atlas, 2010, p. 108.

524 RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. *O processo civil coletivo e sua efetividade*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 112.

525 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 102-103.

526 MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

probatório apresentado. Assim é que, nos termos do art. 333 do CPC, compete ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, ao passo que ao réu incumbe a demonstração da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Por outro lado, pode o juiz determinar de ofício a realização de nova perícia, quando a primeira não lhe esclarecer suficientemente (art. 437 do CPC).

Esse determinismo quanto à distribuição do ônus da prova pode ensejar grande injustiça, sobretudo quando não há isonomia material entre as partes. Basta pensar no particular, auferindo renda de um salário mínimo mensal, litigando contra uma multinacional, litigante habitual e dotada de um excelente aparato técnico. Por isso que o art. 6º, VIII, do CDC representa uma aprimoramento desse sistema, que em verdade é um modelo liberal de produção de provas.

Nos termos desse dispositivo legal, é possível ao juiz determinar a inversão do ônus da prova, quando for verossímil a alegação da parte hipossuficiente. Essa hipossuficiência não é apenas econômica, decorrente da impossibilidade de arcar com os custos da produção da prova, mas também técnica (precárias informações acerca do funcionamento do produto ou da prestação do serviço) e jurídica (ausência de bom assessoramento jurídico). A verossimilhança, por outro lado, corresponde à probabilidade de veracidade do quanto alegado, de acordo com as regras da experiência comum, aliadas as demais provas dos autos. Essa inversão também pode se estiver presente apenas um dos requisitos, porque o juiz pode inverter o ônus quando a produção da prova afigura-se difícil até mesmo para o fornecedor⁵²⁷. Cuida-se, no entanto, de uma inversão operada a critério do juiz (*ope iudicis*)⁵²⁸, ocasião em que, por intermédio de decisão interlocutória, devidamente fundamentada, impõe ao fornecedor o ônus de fazer a prova de que as alegações do consumidor não procedem. Faz-se necessária essa ressalva, porque nos casos dos arts. 12, §3º, e 14, §3º, a inversão ocorre *ope legis*, não se conferindo discricionariedade ao juiz⁵²⁹.

A inversão prevista no CDC, no entanto, de acordo com uma interpretação gramatical, não pode ser aplicada a todas as matérias discutidas na APC. Isto porque o art. 21 da LACP autoriza a aplicação do Título III do CDC ao seu procedimento,

527 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 184.

528 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. - 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2008, p. 493.

529 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

contudo, aquele título não trata da inversão do ônus da prova.

Essa situação tem ensejado grandes discussões doutrinárias⁵³⁰, especialmente porque a posição contrária à aplicabilidade da inversão do ônus prova em questões não consumeristas, como a ambiental, apoia-se no fato de que tal medida prejudica o réu. Desse modo, o art. 21 da LACP não pode ser interpretado extensiva ou analogicamente. Além disso, de acordo com essa corrente, a inversão do ônus da prova decorre da configuração do direito material regido pelo CDC, isto é, das peculiaridades existentes na relação estabelecida entre fornecedor e consumidor, não havendo, nas demais relações jurídicas pela LACP, o mesmo desequilíbrio entre os litigantes. Os defensores dessa corrente também sustentam que não são todos os casos tratados na ACP em que há desequilíbrio entre as partes. Também não são maioria os casos em que a dificuldade de produção da prova pertença a apenas uma das partes. Em vários casos ambas as possuem dificuldade de produzir a prova. Não se pode impor, de modo arbitrário, a produção da prova diabólica ou impossível, porque tal proceder implicaria violação flagrante da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório. Assim, à míngua de legislação expressa, defendem que não é possível a inversão do ônus da prova na ACP, salvo se a lide corresponder a direito do consumidor.

Em virtude desse contexto, a corrente favorável à ampliação das hipóteses de inversão do ônus probatório na ACP, defende uma interpretação extensiva e teleológica do art. 21 da LACP, de modo a compreender outras regras processuais do CDC, como das dos arts. 6, 12 e 14. Há também o argumento, principalmente no diz respeito ao direito ambiental (princípio da precaução)⁵³¹, que bens jurídicos relevantes não podem ficar expostos à risco quando há incerteza científica a respeito dos danos causados pela atividade que se quer impedir⁵³². A tutela da precaução, portanto, destina-se a qualquer situação de insegurança derivada do risco provocado por uma ação ou omissão, em detrimento de um relevante bem jurídico⁵³³. Assim, inverte-se o ônus para que o réu prove que a sua atividade, com absoluta certeza, não causará dano ao meio ambiente⁵³⁴.

530 MILARÉ, Édis; CASTANHO, Renata. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 256.

531 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 36.

532 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 200.

533 PAULA, Paulo Afonso Guarrido de. *Tutela de precaução*. In: *A ação civil pública após 25 anos*/coordenador: Édis Milaré. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 676.

534 MILARÉ, Édis; CASTANHO, Renata. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto de*

O projeto de lei da nova Ação Civil Pública trata da assunto no art. 20, IV, V, VI e VII⁵³⁵.

A distribuição dinâmica do ônus da prova é reservada para os casos de desigualdade material entre as partes. De acordo com esse princípio, a distribuição do ônus da prova deixar de ser fixada em termos gerais e abstratos pela lei (*ope legis*), e passa a ser fixada pelo juiz, à luz do caso concreto, de maneira fundamentada (*ope judicis*).

Trata-se de um tendência irreversível a de conferir ao juiz o poder de inverter o ônus da prova ou, para alguns, o poder de fixar o ônus da prova, mediante decisão fundamentada, estando presentes os requisitos estabelecidos em lei. O projeto nº 166, de 2010, do Senado Federal, que trata do novo CPC, também prevê a carga dinâmica do ônus prova, permitindo que o juiz, de maneira fundamentada, inverta o ônus da prova (arts. 262 e 263)⁵³⁶.

O princípio da isonomia material das partes, um dos direitos fundamentais

Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 258.

535 “Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

- I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;
- II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;
- III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;
- IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;
- V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;
- VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;
- VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e
- VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.”

(<http://www.camara.gov.br>, em 30.01.2013).

536 “Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Art. 263. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

- I - recair sobre direito indisponível da parte;
- II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo.”

(<http://www.senado.gov.br>, em 30.01.2013).

inerentes ao processo civil constitucional, o acesso à ordem jurídica justa e a garantia do devido processo legal fundamentam a adoção do ônus dinâmico da prova, independentemente de legislação expressa⁵³⁷. Tal possibilidade decorre do exercício do controle difuso de constitucionalidade. Chamamos a atenção para o fato de que este é um ponto do processo civil brasileiro que precisa de renovação. É a tal abertura do sistema, preconizada no primeiro capítulo. Essa prerrogativa, como visto no capítulo II, já existe em favor do juiz do *common law*, especialmente nos EUA. É que o juiz da *class action* pode organizar o rito da ação coletiva.

Há sugestão doutrinária para que o ônus probatório fosse delimitado no despacho saneador⁵³⁸. Isto porque se tem verificado que a inversão do ônus da prova não é regra de julgamento, mas regra procedimental. É que essa regra tem o condão de guiar a iniciativa probatória das partes⁵³⁹.

A aplicação prática desse princípio também enseja um aumento dos poderes instrutórios do juiz. Há um nítido reforço na participação do magistrado na fase probatória

Em virtude desses argumentos, o ônus probatório deve ser analisado à luz do caso concreto, recaindo sobre aquele que tiver melhores condições de produzir a prova, isto é, que possuir melhor conhecimento técnico ou informações específicas sobre os fatos, ou, ainda, melhor facilidade em sua demonstração⁵⁴⁰.

2.7 Principais tutelas jurisdicionais na ACP

2.7.1 Urgência

Conforme o disposto nos artigos 273 e 461, §3º, do CPC, para a antecipação total

537 CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 44.

538 ABELHA, Marcelo. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 253.

539 SALLES, Carlos Alberto de. *Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova*. In: *A ação civil pública após 25 anos/coordenador Édis Milaré*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 157.

540 GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *O projeto de lei que disciplina as ações coletivas: abordagem comparativa sobre as principais inovações*. In: *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover/ Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri, coordenadores*. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 389.

ou parcial dos efeitos da tutela pretendida pela parte não se afigura suficiente apenas a verossimilhança das alegações e a existência de prova inequívoca do fato. Devem se fazer presentes, do mesmo modo, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Não se pode olvidar a proibição de provimentos judiciais com caráter irreversível. Além disso, os aludidos dispositivos legais dispõem que é lícita a concessão de liminar sem a oitiva do réu, quando a citação deste puder tornar a medida ineficaz. Também autorizam ao juiz conceder a tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles se mostrem incontroversas. É certo que, se o autor requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar incidental do processo ajuizado.

Por outro lado, a medida cautelar pode ser deferida antes ou no curso do processo principal (art. 796 do CPC), nos casos previstos em lei, ou, nos demais casos, diante da verossimilhança da alegação, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798 do CPC).

Essa disciplina legal, no entanto, está prestes a ser revogada. Está pendente de apreciação na Câmara dos Deputados o projeto de um novo Código de Processo Civil - CPC, que já foi aprovado no Senado Federal. Este projeto é fruto do esforço de renomados juristas, preocupados em modernizar o atual CPC, que se encontra em vigor desde 1973, antes, portanto, da vigente Constituição Federal. Nesse sentido, o projeto foi todo elaborado com observância aos princípios e garantias constitucionais, como se verifica do disposto nos seus arts. 1º a 11, com especial atenção à celeridade e à razoável duração do processo. Institutos que se encontravam na legislação especial foram sistematizados em capítulo próprio, como a desconsideração da personalidade jurídica (arts. 62 a 65), e novas figuras foram criadas, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 895 a 906).

No diz respeito à antecipação de tutela e à tutela cautelar, a matéria ganha novo regramento no projeto. Esses provimentos foram batizados de tutela de urgência e de tutela da evidência, sendo tratados nos artigos 277 a 296 do projeto do novo CPC. É que o projeto não cuida do processo cautelar em um livro próprio, tampouco prevê as medidas cautelares nominadas. No entanto, o art. 284 do projeto permite que o juiz, em casos excepcionais, conceda a medida de urgência, de ofício,

O processo, como técnica de solução de conflitos, não garante, em regra, a

imediate solução da lide, salvo casos excepcionais, como o do art. 285-A do CPC em vigor. São necessárias várias fases para se atingir o julgamento da causa. Assim, antes de julgar definitivamente a lide, o juiz deve franquear a ambas as partes a possibilidade de se manifestarem sobre o mérito da causa, garantindo o contraditório e a ampla defesa, e, em seguida, se for o caso, permitir a produção de provas que entender necessárias ao seu convencimento, sob o crivo do contraditório. Além do mais, o juiz precisa de tempo para conhecer do conflito de interesses e habilitar-se a bem fundamentar as suas decisões e sentenças⁵⁴¹. Tal é o motivo da existência das fases postulatória, saneadora, instrutória e julgadora no procedimento ordinário do processo de conhecimento.

Contudo, é comum que a espera por um provimento de mérito, após todas as fases processuais, possa provocar um dano de grande monta ou irreversível à parte. De fato, em especial a espera por um provimento judicial é capaz de ensejar um grande dano ao autor, como, por exemplo, nas ações relativas a verbas alimentares ou nas ações em que se discutam direitos da personalidade, ou ainda naquelas em que se litigue sobre a legalidade de cláusulas de negócio relativo a grande empreendimento⁵⁴².

A injusta distribuição do tempo no processo compromete o direito material deduzido em juízo, em geral ensejando prejuízos de monta ao autor. Essa injusta distribuição do tempo, por sinal, é fonte de relevante injustiça social, especialmente porque a capacidade de espera do pobre é bem menor que a do rico.

No Brasil, inicialmente, o procedimento ordinário não previa a antecipação de tutela. Tal possibilidade só era reservada a alguns procedimentos, como por exemplo, a liminar nas ações possessórias e nos casos do Decreto-lei 70/1966, que permite a execução privada em favor de instituição financeira, mediante a realização de leilão do bem dado em garantia. Isto é, no passado, além da própria desigualdade no procedimento, fruto muitas vezes da hipossuficiência de alguma das partes (trabalhadores, posseiros, consumidores, etc.) e da grande capacidade econômica da outra parte (empregadores, donos de terras, grandes empresas, instituições financeiras, etc.), havia desigualdade de procedimentos. As classes mais abastadas dispunham de procedimentos próprios para a satisfação de suas pretensões mais corriqueiras, enquanto a classe média e as classes menos favorecidas não dispunham dos mesmos

541 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.

542 ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. A tutela de urgência e o novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica*, ano 58, nº 401. - São Paulo: Síntese, 2011, p. 38.

instrumentos.

Com o escopo de mitigar os efeitos deletérios do tempo sobre o bem da vida discutido em juízo, o direito europeu contemporâneo, em primeiro lugar, e o direito pátrio, posteriormente, reconheceram, além da tutela cautelar, destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, o poder do juiz, em determinadas circunstâncias, de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal.

Desse modo, a revogada Lei do Mandado de Segurança, a Lei de Ação Popular, a previsão de medidas cautelares no Código de Processo Civil, assim como a edição do Código de Defesa do Consumidor (art. 84, §3º, do Código de Defesa do Consumidor) inauguraram as hipóteses de tutela de urgência no ordenamento jurídico pátrio.

A reforma do CPC, ocorrida em 1994, com a previsão da antecipação de tutela no âmbito do procedimento ordinário, foi salutar, porquanto consolidou a democratização da tutela de urgência:

A antecipação de tutela significa que o juiz, com base em cognição não exauriente - situação absolutamente excepcional no âmbito do processo conhecimento⁵⁴³-, profira decisão interlocutória em favor da parte, antecipando os efeitos de uma sentença de mérito favorável. Com essa medida, o juiz remediará os efeitos deletérios do tempo sobre a pretensão da parte. A tutela de urgência é necessária para a distribuição equânime do tempo no processo.

Cuida-se em verdade de concretização do direito à duração razoável do processo, que se afigura dentre as garantias processuais (inciso LXXVII do art. 5º da CF), e já encontrava guarida na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4.11.1950 (art. 6, §1º) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22.11.1969 (art. 8, §1º).

Há várias décadas a doutrina relaciona a tutela cautelar e a tutela antecipatória como espécies do gênero tutela de urgência, descrevendo, separadamente, os requisitos necessários para o deferimento de uma e de outra. O Brasil é um dos países mais respeitados no assunto, porque dispõe de vasta e boa literatura a respeito do direito processual civil, especialmente quanto à tutela antecipada e à tutela cautelar.

A técnica de cognição da tutela de urgência no Brasil é a sumária, como bem

543 WAMBIER, Luiz Rodrigues; De Almeida, Flávio Renato; Talamini, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. – 9. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 322.

salienta Marinoni⁵⁴⁴. A cognição pode ser analisada em duas direções: no sentido horizontal, quando a cognição pode ser plena ou parcial; e no sentido vertical, em que a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial.

Nos procedimentos de cognição parcial, o juiz não pode conhecer de certas questões, a exemplo do que sucede nas ações possessórias, nas ações cambiárias e nas ações expropriatórias de que trata o Decreto-lei 3.361/1941 (art. 20). Esse tipo de procedimento privilegia os valores certeza e celeridade, porque enseja a prolação de uma sentença com força de coisa julgada material, em tempo inferior ao reservado ao procedimento ordinário. Porém, tal procedimento menospreza o valor justiça material. Nesse sentido, era comum a indagação a respeito de quem interessava esse tipo de procedimento, porque, aparentemente, só visa a favorecer as classes mais abastadas. O art. 3º do Decreto-lei 911/1969 (antes da alteração promovida pela Lei nº 10.931/2004), que trata da busca e apreensão nos casos de inadimplemento de contrato de venda com alienação fiduciária, é exemplo bastante paradigmático.

A cognição vertical exauriente enseja, com profundidade, a análise de todas as alegações de fato e de direito das partes, bem como de todas as provas colacionadas aos autos. Porém, a restrição da cognição no plano vertical conduz ao chamado juízo de verossimilhança⁵⁴⁵.

As tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: a) garantir a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, do CPC); c) efetivar, em virtude das peculiaridades de um determinado direito e em função da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC).

A técnica da sumarização reduz o tempo destinado à obtenção do provimento jurisdicional, permitindo que ele seja emitido em forma de liminar ou de antecipação de tutela, *inaudita altera parte* ou após justificação prévia. A cognição sumária se reduz à análise das provas escritas que acompanham a petição inicial, e/ou testemunhais

544 MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 31. Não consta da bibliografia final.

545 MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, p. 34.

produzidas em audiência de justificação, aptas a fundamentar um juízo preliminar e provisório. As tutelas de urgência fundadas na cognição sumária buscam fundamento na provável existência do direito que constituirá, ou já constituiu, objeto do processo.

O professor Luiz Guilherme Marinoni observa que a sumarização da cognição pode ter graus diferenciados, a depender da relação entre a afirmação fática e as provas produzidas. Portanto, a liminar na ação cautelar ou a antecipação de tutela na ação ordinária podem ser deferidas com base no juízo de verossimilhança de que a afirmação deduzida na petição inicial e as provas que a acompanham serão corroboradas posteriormente na fase de instrução probatória. Todavia, no mandado de segurança, a prova deve ser pré-constituída, pois a liminar é deferida com apoio na probabilidade de que a afirmação provada não será infirmada pelo réu.

A técnica dos títulos executivos extrajudicialmente, de igual modo, enquadra-se na técnica de sumarização, porquanto dispensa o juiz da necessidade de averiguar a existência do direito, na medida em que o título faz presumir, *juris tantum*, a sua presença.

De outra parte, é possível a existência de tutela sumária não cautelar, como ocorre no julgamento antecipado da lide em virtude de pedido incontroverso (art. 273, §6º) ou em virtude do reconhecimento dos efeitos da revelia (art. 330, II, do CPC)⁵⁴⁶. O direito italiano tem igual previsão. (arts. 186-*bis* e *ter*, introduzidos na legislação italiana pela reforma de 1990).

A antecipação de tutela e a medida cautelar pertencem ao gênero tutela de urgência, resolvida pela técnica de cognição sumária. Pode-se dizer que hoje é sedimentado na doutrina o entendimento de que a medida cautelar é uma medida adotada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para o direito ou o interesse de um litigante, mediante a conservação do estado de fato ou de direito entre as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.

O objeto da medida cautelar é a permanência ou a conservação do estado das pessoas, coisas e provas. Não tem por desiderato a definitiva composição da lide. Não é satisfativa, apenas conservativa.

A medida cautelar tem por características a instrumentalidade (acessoriedade), a

546 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativas de sistematização)*. 5. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 257-258.

provisoriamente (art. 807 do CPC), a revogabilidade (arts. 805-807 do CPC) e a autonomia (art. 810 do CPC). Elas podem ser típicas, atípicas, preparatórias ou incidentais.

Dois são os requisitos, nos termos do CPC em vigor, para o deferimento da medida cautelar: dano potencial (*periculum in mora*) e a plausibilidade ou verossimilhança do direito substancial.

Como regra, o deferimento da medida cautelar depende de requerimento da parte, mas, excepcionalmente, podem ser concedidas cautelares *ex officio*, a exemplo do arresto (art. 653 do CPC) e da caução (art. 475-O, III, do CPC) e da busca e apreensão de livros do empresário (art. 99, VIII, da Lei nº 11.101/2005).

Nos termos dos artigos 798 e 799 do CPC, o juiz dispõe do poder geral de cautela, que pode ser exercido discricionariamente, mas não arbitrariamente. Verificam-se exemplos práticos do exercício do poder geral de cautela na sustação de protesto cambiário, na suspensão provisória de deliberação social, na proibição de uso de nome ou de marca comercial, assim como na suspensão de atos de disposição de interditando.

A antecipação de tutela, por outro lado, em vez de viabilizar a realização do direito, realiza-o imediatamente. Por essa razão, Marinoni sustenta que a medida cautelar deve ser chamada de tutela sumária cautelar, ao passo que a antecipação de tutela é, em verdade, uma tutela sumária satisfativa. Trata-se de provimento jurisdicional que tem por objetivo fornecer ao autor da ação, no limiar do processo, os efeitos fáticos da tutela pretendida em juízo.

Deveras, alguns dos efeitos jurídicos pretendidos pelo autor só serão possíveis com a sentença de mérito, a exemplo da declaração, constituição e condenação. Ex: decretação de divórcio.

Para a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida pela parte não se afigura suficiente apenas a verossimilhança das alegações e a existência de prova inequívoca do fato. Devem ser respeitados igualmente pressupostos negativos, como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, além da proibição de provimentos judiciais com caráter irreversível.

Em relação a essa última proibição, ao juiz não é dado, mediante antecipação de tutela, constituir ou declarar provisoriamente situações jurídicas, porque têm o condão de produzir efeitos jurídicos irreversíveis ou extremamente deletérios para terceiros (ex: declaração, em caso de antecipação de tutela, de que determinada demissão de empregado foi legal ou que determinada cláusula do contrato é ilegal ou legal, etc.).

Porém, em situações excepcionais isso é possível, como no caso da fixação de alimentos, no limiar do processo de investigação de paternidade.

É possível o deferimento da antecipação de tutela *inaudita altera parte*. Isso ocorre quando a espera pela resposta da parte ré seja apta a causar grande prejuízo ao autor. É o que acontece, por exemplo, nos casos de extrema urgência, notadamente quando a sobrevivência de uma determinada pessoa depende de urgente fornecimento de medicamento. Essa orientação deriva da aplicação do princípio da proporcionalidade, dando-se prevalência ao princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento de outros direitos passíveis de alegação pelo réu, especialmente de ordem patrimonial.

Como afirma, acertadamente, Luiz Guilherme Marinoni, é imperioso que, por intermédio do processo, com o exercício do direito de ação adequada à tutela do direito, a parte consiga obter a ação de direito material. Isto porque o autor possui, além do direito à tutela jurisdicional do direito – fruto do próprio direito material –, o direito à ação adequada à tutela do direito – garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF.

Essa tutela será obtida por diversos modos, a depender do direito material pretendido pela parte. Assim é que, quando a parte pretender a obtenção de uma sentença de mérito em que o réu seja obrigado a um fazer ou a algum não-fazer, isto é, provimentos executivo e mandamental, o juiz, ao deferir a antecipação de tutela, deverá valer-se, conforme o caso, do disposto nos artigos 84 do CDC ou 461 e 461-A do CPC, fixando as medidas de apoio mais adequadas ao caso concreto e à satisfação do direito. No exercício desse poder, o magistrado está autorizado a fixar medidas diversas daquelas requeridas pelo autor, desde que aptas à satisfação da tutela pretendida.

O juiz também pode utilizar esses dispositivos para a concessão de tutela inibitória, punindo adequadamente o inadimplemento da obrigação, a título de *contempt of Court* (inciso V do art. 14 do CPC).

Se a hipótese for de pedido condenatório, constitutivo ou declaratório, então deverá ser aplicado o disposto no art. 273 do CPC. No entanto, se a intenção da parte for a de prevenir uma situação de perigo que diga respeito a pessoas, coisas ou provas, a tutela mais adequada será cautelar, nos termos dos artigos 796 e seguintes do CPC.

A autonomia da função cautelar foi inicialmente identificada por Chiovenda, que, contando com o apoio de Calamandrei, foi dos que mais contribuíram para a formação de uma doutrina jurídica a respeito dessa forma de tutela⁵⁴⁷. Contudo, ao que parece, o

547 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativas de sistematização), p. 36.

projeto do novo CPC rompe com esse parâmetro, aproximando-se do modelo alemão. É que o projeto, além de não prever um título específico para o processo cautelar, tratando apenas da matéria, de relance, em um dos capítulos reservados ao título do processo de conhecimento, submete a tutela cautelar e a tutela antecipatória aos mesmos requisitos. Tratou da matéria do mesmo modo que o direito alemão. Ao contrário, portanto, do que ocorre na Itália, em que o deferimento da tutela cautelar está sujeito a requisitos diferentes que os necessários ao deferimento da tutela antecipatória, o projeto do novo CPC não fez essa distinção.

A doutrina italiana, todavia, alerta para o fato de que a completa atipicidade das medidas cautelares pode gerar arbítrio judicial. Essa preocupação procede no direito italiano, tendo em conta que naquele ordenamento jurídico, até recentemente, não era prevista a possibilidade de recurso contra uma decisão interlocutória⁵⁴⁸. Como no Brasil sempre existiu a possibilidade de impugnação das decisões interlocutórias, essa crítica não merece guarida, em parte, como se verá a seguir. Na Alemanha, não existe diferença substancial entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, pois a eficácia do provimento não está subordinada a um prazo predeterminado pelo legislador, podendo o juiz fixá-lo, mesmo na ausência de um provimento principal (§§ 916 e ss. da ZPO)⁵⁴⁹. Essa disciplina alemã foi seguida na íntegra pelo legislador português ao editar o CPC de 2006⁵⁵⁰. Bem se verifica que os autores do projeto do novo CPC inspiraram-se no direito alemão e português, no que pertine às regras da tutela de urgência, para a

548 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativas de sistematização)*, p. 56.

549 “§935. *Permite-se a adoção de medidas de segurança provisórias com respeito ao objeto litigioso quando houver receio de que por modificação do estado atual, se possa frustrar ou dificultar notavelmente a realização do direito de uma das partes.*”

§940. *Permite-se a adoção de medidas cautelares para regular estado provisório, com respeito a uma relação jurídica controvertida, se tal regulação, especialmente quando se trate de relações jurídicas permanentes, considerar-se necessária para evitar prejuízos graves ou ameaças de lesão, ou por outros motivos*” (Marinoni, *Tutela de Urgência*, p. 121).

550 “ARTIGO 381. (Âmbito das providências cautelares não especificadas)

1. Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado.

2. O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor.

3. Não são aplicáveis as providências referidas no nº 1 quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas na secção seguinte.

4. Não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado”.

confeção do art. 283⁵⁵¹.

O art. 283 do projeto cuida da “*tutela de urgência cautelar e satisfativa*”, dispondo que, “*para a concessão de tutela de urgência serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação*”. Isto é, o projeto submete a tutela cautelar e a tutela antecipatória aos mesmos requisitos. Esse regramento, todavia, poderá ensejar certa perplexidade ao aplicador da norma no caso concreto. Deveras, como dito acima, o estudante e o operador do direito no Brasil estão acostumados com uma construção doutrinária, jurisprudencial e legal de décadas sobre as espécies de tutela de urgência, separando em categorias distintas os requisitos necessários para o deferimento da tutela cautelar e para a tutela antecipatória.

Encontra-se em vigor dispositivo legal (§7º do art. 273 do CPC vigente) que visa a facilitar o deferimento dessas tutelas, em caso de dúvida entre uma e outra. Trata-se da fungibilidade das medidas liminares.

O que o projeto procura instalar é uma completa flexibilidade para o deferimento de uma e outra. Se, por um lado, tal opção denota um escopo instrumentalista, visando a simplificar a apreciação dos pedidos de tutela urgência, de outro, pode complicar ainda mais a aplicação e o entendimento do direito. A opção pelo mesmo tratamento normativo das espécies de tutela de urgência representa uma mudança de rumo no tratamento da questão, o que ensejará grande discussão na doutrina e na jurisprudência sobre o assunto. Esse debate tem a chance de produzir o efeito inverso que o desejado pelos autores do projeto do novo CPC. A discussão poderá ensejar a interposição de vários recursos para os tribunais, contribuindo para a sobrecarga do Poder Judiciário.

Ora, se em última instância o que se objetiva com o novo CPC é a celeridade e a segurança jurídica, é recomendável que se aproveitem os conceitos sedimentados há décadas sobre o assunto, dando-lhes um melhor tratamento normativo.

Importante observar que no referido art. 283 não há previsão de tutelas contra o ilícito. Com efeito, o referido dispositivo legal condiciona o deferimento da tutela de urgência à demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Não prevê, assim, o deferimento de tutela de urgência para a proteção de situações em que, apesar não existir um dano, há violação do direito, como, por exemplo, em algumas demandas

551 “Art. 283. *Para a concessão de tutela de urgência serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação*”.

que implicam o direito do consumidor, o direito ambiental e o direito administrativo.

É uma lacuna que merece ser sanada, sobretudo porque as hipóteses enumeradas no art. 285 não alcançam todas as situações de tutela contra o ilícito.

Nesse sentido, Marinoni⁵⁵² apresenta valiosa contribuição, ao sugerir nova redação ao art. 283 do projeto, para incluir a tutela contra o ilícito, quando a parte apresentar elementos que evidenciem a verossimilhança do direito.

O projeto também não cuida da tutela de urgência contra a Fazenda Pública.

O art. 285 dispõe sobre a “*tutela da evidência*”, que se constitui novidade normativa muito bem-vinda. Trata-se de medida urgente que poderá ser deferida sem a demonstração da existência dano irreparável ou de difícil reparação. Assim, a tutela da evidência poderá ser deferida nas seguintes situações, quando: a) ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; b) um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; c) a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou d) a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. Estabelece no parágrafo único a regra que independará igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Algumas das hipóteses em que pode ser deferida essa espécie de tutela ensejam cognição sumária (I, III e IV), como no caso do abuso do direito de defesa, outra cognição exauriente (II). A propósito, merece crítica a inclusão do inciso II no art. 285, porquanto o projeto prevê que a solução para o caso de pedidos cumulados e incontroversos - ou parcela deles -, será definitiva. O ideal seria que a hipótese do inciso II, quando todos os pedidos fossem incontroversos, fosse inserida no corpo do art. 353, que cuida do julgamento antecipado da lide⁵⁵³.

Luiz Guilherme Marinoni não concorda com a referida redação, prefere a positivação de uma cláusula geral, seguida de uma lista casuística, de maneira a facilitar

552 MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto da CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 108.

553 MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto da CPC: críticas e propostas*, p. 109.

sua operação prática. Além disso, sugere a previsão de deferimento dessa tutela em razão de precedentes jurisprudenciais, dentre outras hipóteses, com o que se concorda, em vista não só do princípio da instrumentalidade processual, como também em razão da segurança jurídica.⁵⁵⁴

Nos termos do art. 286 do projeto – que passa a figurar como art. 279 em razão das alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira –, “a *petição inicial da medida cautelar requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão*”. Nada a registrar quando a esse dispositivo, porquanto ao exigir a descrição dos elementos da lide na petição inicial viabiliza o contraditório e a ampla defesa.

O requerido, então, de acordo com o art. 287, será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. Do mandado de citação (§1º) deverá constar a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor. O prazo (§2º) será contado a partir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido (I) ou da intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificção prévia. Esse dispositivo traz importante inovação, pois permite a vigência da tutela de urgência, indefinidamente, enquanto não houver impugnação judicial. Trata-se de medida que merece ser aplaudida, porquanto implicará grande economia e celeridade processual.

Não sendo contestado o pedido (art. 288), os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros. O art. 288 fixa ao juiz um prazo de cinco dias para decidir. Contestada a medida no prazo legal, no entanto, o juiz deverá designar audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida (§1º). Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando sua eficácia (§2º). Valioso destacar, no ponto, que a ausência de contestação, no âmbito de medida preliminar, não ensejará a formação de coisa julgada material.

Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 282 do projeto do novo CPC). Esse dispositivo confere ao juiz grande poder discricionário, ao permitir

554 MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto da CPC: críticas e propostas*, p. 110.

que ele fixe o prazo em que deverá ser ajuizada a ação principal. Cuida-se de medida que propicia melhor condução do procedimento, em vista do direito material discutido em juízo. Além disso, merece encômios o quanto disposto no §1º, pois, ao dispensar a parte do pagamento de novas custas processuais em virtude do ajuizamento da ação principal, favorece o acesso ao Poder Judiciário.

O art. 290 – que passou a ser o art. 283 no relatório-geral do Senador Valter Pereira - dispõe que as medidas requeridas em caráter antecedente conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal. Cuida-se de cristalização do entendimento sufragado de há muito pela doutrina, lei e jurisprudência quanto à provisoriedade e à revogabilidade da tutela urgência⁵⁵⁵, assim como sobre a ausência de formação de coisa julgada material nos provimentos de urgência e no processo cautelar.

Conforme o art. 291, que passou a ser o art. 284 no relatório-geral do Senador Valter Pereira, a eficácia da medida concedida em caráter antecedente cessa: a) tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo do caput do art. 282; b) não for efetivada dentro de um mês; c) o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito. No parágrafo único, resta consignado que se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento.

Nos termos do art. 292, o indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição. Essa orientação, em suma, é a que já se encontra hoje positivada no art. 810 do CPC vigente.

O art. 293 do projeto traz importante ressalva, pois destaca que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes. O parágrafo único destaca que qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no *caput*.

Por fim, a seção II do capítulo II veicula importantes regras sobre o procedimento

555 WAMBIER, Luiz Rodrigues; DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*, p. 330.

da tutela de urgência. A primeira delas, veiculada no art. 294, que passou a ser o art. 286 no relatório-geral do Senador Valter Pereira determina que as medidas de urgência podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas, aplicando-se às medidas concedidas incidentalmente as disposições relativas às requeridas em caráter antecedente, no que couber.

De acordo com o projeto, portanto, referidas medidas podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas. Essa normatização deve ser elogiada, por facilitar o acesso ao Poder Judiciário, mediante a redução do custo do processo.

No art. 295, no entanto, é ressaltado que não se aplicam à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada. O art. 296 consigna que tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela da evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais.

Ao fim deste tópico, vale destacar que todo este regramento é aplicável ao regime da ACP, por força do artigo 21 da LACP. Lógico que esta lei possui algumas particularidades, como a tutela das obrigações de fazer e não fazer, mas tais particulares se somam ao quanto exposto.

Os pormenores das outras tutelas de urgência, diferentes das anteriormente estudadas, como aquelas veiculadas nos art. 11 da LACP, art. 84 do CDC e 461 do CPC, serão objeto de análise a seguir, por ocasião do exame das tutelas de mérito. Isto porque a medida de urgência, quando satisfativa, deferida no limiar da lide, corresponde em grande medida ao que será determinado ao fim da lide. Assim, os mesmos instrumentos processuais utilizados para garantir o cumprimento de uma tutela de mérito, são manejados por ocasião da decisão interlocutória.

Para não repetirmos a abordagem do tema, preferimos reservar o exame dessas tutelas juntamente com o mérito, o que faremos a seguir.

2.7.2 Mérito

A espécie de provimento jurisdicional proporcionado pela sentença dependerá do

tipo de pretensão deduzida pela parte em juízo. Se a parte requerer a condenação do réu, e a sua pretensão for acolhida, a sentença veiculará tutela condenatória, preponderantemente. Se o autor requerer a dissolução de uma relação jurídica, a exemplo do que ocorre com os pedidos de divórcio e de rescisão contratual, então a tutela judicial veiculada na sentença de procedência do pedido será, preponderantemente, constitutiva-negativa.

A tutela veiculada na sentença é, preponderantemente, condenatória, constitutiva, declaratória ou mandamental, tendo em vista que o dispositivo da sentença contempla outras disposições além daquela dita principal. Com efeito, a par de condenar, constituir ou declarar alguma relação jurídica, no dispositivo da sentença o juiz ou o tribunal também trata da responsabilidade pelas custas processuais, do valor dos honorários advocatícios, da responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, da necessidade do reexame necessário etc.

Além do mais, é valioso destacar que em um mesmo dispositivo é possível serem tuteladas diversas pretensões. Tudo vai depender da relação jurídica material deduzida em juízo e dos pedidos formulados. Daí porque é possível a existência em um mesmo dispositivo de tutelas constitutiva e condenatória. Figure-se, a esse título, a hipótese em que se cumule pedido de divórcio com danos morais, em virtude de infidelidade conjugal; ou de rescisão contratual cumulado com ressarcimento por perdas e danos. A sentença condenatória pode veicular obrigações de fazer ou não fazer, pagar quantia certa ou entregar coisa. Esse o contexto, é lícito concluir que qualquer tipo de tutela pode ser pleiteado no âmbito da ACP⁵⁵⁶.

2.7.2.1 Tutela declaratória

O pronunciamento do Poder Judiciário quanto à certeza de uma relação jurídica corresponde à tutela declaratória. As partes discutem certa relação jurídica e para desfazer a dúvida levam a questão ao Poder Judiciário. Essa tutela tem por vocação trazer certeza ao que é incerto⁵⁵⁷.

A sentença declaratória tem por objeto a declaração da existência ou inexistência

556 ZAVASCKI, Teoria Albino, *op. cit.*, p. 64.

557 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva: 1997, p. 176. Faltou indicar se o volume 1 ou o volume 2, ver bibliografia final.

de uma relação jurídica, ou então, nos termos do art. 2º do CPC, a declaração autenticidade ou falsidade de um documento. A propósito, cite-se o exemplo da ação civil pública proposta por determinada associação com o objetivo de ver declarada a validade de determinada cláusula contratual ou a existência de uma obrigação tributária acessória⁵⁵⁸.

O espectro das ações que veiculam provimento declaratório foi ampliado com a nova redação atribuída ao art. 475-N do CPC, em virtude da entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005. É que, a teor do inciso I desse artigo, figura entre os títulos executivos judiciais “(...) a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”.

Não obstante, obtempera Araken de Assis que a nova sistemática adotada por esse artigo não eliminou a existência de dispositivos que veiculem sentenças condenatórias, bem como condenatórias mandamentais e executivas *lato sensu*⁵⁵⁹.

É raro ajuizamento de ACP, veiculando apenas provimento declaratório. Em geral, nas ACP's são formulados pedidos de diversas ordens, como pedidos para impor ao réu obrigações de fazer, para pagar quantia, bem como o de declarar a validade ou invalidade de determinados atos administrativos ou negócios jurídicos.

Na causa em que o provimento concedido pelo Estado-juiz for unicamente declaratório, na hipótese em que se defendam direitos difusos, não haverá necessidade de inaugurar-se posterior fase de cumprimento de sentença⁵⁶⁰. A sentença ou acórdão de procedência da tutela declaratória é, em geral, autossuficiente, valendo para o fim pretendido pela parte. Eventualmente, haverá necessidade, apenas, da elaboração de alguns ofícios para os órgãos competentes, para o cumprimento do provimento judicial, como expedição de ofício para a averbação de determinada situação judicial junto a órgãos públicos ou, em última hipótese, a utilização do sistema executivo, tendo em vista a possibilidade criada pelo art. 475-N do CPC⁵⁶¹.

Contudo, se na ACP se demandar a tutela de direitos individuais homogêneos, a sentença ou acórdão de procedência terá feição genérica, fixando apenas a responsabilidade do réu, cabendo aos interessados promover a eventual liquidação e a

558 MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. *Ação civil pública*, p. 290.

559 ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007, 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 157.

560 FERNANDES NETO, Guilherme; ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de; PAES, Eudócio; SÉRVULO, Katia. *Inquérito civil e ação civil pública*, no prelo.

561 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3, Execução, p. 108.

execução do julgado individualmente (arts. 103 e 104 do CDC). A título de ilustração dessa assertiva, citamos a ACP proposta para que se declare a nulidade de determinadas cláusulas de contrato de adesão destinado ao financiamento habitacional; ou então a ACP proposta com o objetivo de que o Poder Judiciário declare a nulidade de determinadas cláusulas em contratos bancários de adesão. No particular, importante destacar que o STJ não admite a revisão de cláusulas de ofício pelo juiz⁵⁶². É mister a provocação do judiciário para tal desiderato, com indicação precisa na causa de pedir e no pedido das cláusulas que se impugnam.

Com efeito, é dever da parte delimitar o pedido; não compete ao juiz tal tarefa, sob pena de violação à garantia do devido processo legal e ao dever de imparcialidade do juiz. Na hipótese da parte formular pedido genérico, como a revisão do contrato e a condenação da parte ré à devolução do que indevidamente cobrado, deve o magistrado, no limiar do processo, determinar a emenda da petição inicial, para a delimitação do pedido, com indicação precisa das cláusulas que se impugnam e o valor que se pretende obter em Juízo do réu. Sanada a falta, não haverá comprometimento do contraditório e da ampla defesa, porque a parte ré poderá impugnar especificamente os pedidos formulados pelo autor. Na hipótese desse defeito não ser sanado, não haverá outra saída que não a extinção do processo sem julgamento de mérito (inciso I do art. 267 c/c inciso I do parágrafo único do art. 295 do CPC)⁵⁶³.

2.7.2.2 - Art. 466 – A do CPC

A declaração de vontade, na visão dos juristas do início do século XX, era considerada ato personalíssimo, de natureza infungível. Daí porque somente a pessoa competente para tanto poderia emití-la. Sendo a manifestação de vontade fruto da intenção da pessoa, somente ela teria aptidão para provocar a ocorrência de determinados efeitos jurídicos⁵⁶⁴. Tal entendimento, contudo, não é mais aceito, atualmente.

Em determinadas situações, terceiros dependem da manifestação da vontade de

562 BRASIL. STJ. Súmula nº 381. “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”

563 FERNADES NETO, Guilherme; ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de; PAES, Eudócio; SÉRVULO, Kata. Inquérito civil e ação civil pública, no prelo.

564 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 41.

determinada pessoa, para que possam exercer direitos. Nessa hipótese, não é admissível que o terceiro sofra prejuízos, em virtude de mero espírito emulativo da pessoa capaz de expressar a declaração de vontade. O terceiro não pode ficar à mercê de ato puramente potestativo.

É o que ocorre nas ações de que trata o art. 10 do CPC. Assim, para que um cônjuge possa propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários, é mister o consentimento do outro. Ora, e se o outro, injustamente, negar o consentimento à propositura da ação? Para remediar essa situação, o CPC (art. 466-A) permite que a parte prejudicada obtenha do Poder Judiciário uma sentença que produza os mesmos efeitos práticos da autorização da outorga uxória.

Esse mesmo art. 466-A terá aplicação quando, na hipótese do art. 1.647 do CC, um cônjuge negar ao outro, injustamente, autorização para gravar ou alienar imóveis. Caberá ao juiz suprir os efeitos da manifestação de vontade do cônjuge renitente, e autorizar judicialmente a venda do bem (art. 1.648 do CC). Assim é que evoluiu o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, uma vez que o Poder Judiciário pode suprir os efeitos da manifestação de vontade negada injustamente, é lícito concluir que essa manifestação configura obrigação de fazer fungível⁵⁶⁵.

A sentença do art. 466-A tem natureza condenatória e constitutiva. Cite-se também como exemplo deste tipo de tutela a ACP proposta por Associação de Moradores ou pelo MP em favor de mais de uma centena de pessoas, para a expedição de alvará pela prefeitura, a fim de que o Judiciário supra a vontade do órgão municipal, autorizando a construção de casas populares por munícipes que tiveram esse pleito injustamente negado, apenas por manifestarem orientação política diversa da preconizada pelo gestor público.

Também quanto a este tipo de provimento, não haverá necessidade de fase de cumprimento de sentença, uma vez que a sentença ou acórdão satisfaz inteiramente à pretensão da parte. Atos posteriores à sentença ou acórdão, como a expedição de ofícios aos órgãos competentes, não reclamam a instauração da fase de cumprimento de sentença. Contudo, como já destacado, se a ACP veicular a tutela de direitos individuais homogêneos, a sentença ou acórdão de procedência terá feição genérica, de modo que competirá aos interessados promover a eventual liquidação e a execução do julgado individualmente (arts. 103 e 104 do CDC). Esse mesmo raciocínio se aplica aos demais

565 Idem, *ibidem*, p. 41.

provimentos a seguir abordados.

2.7.2.3 Art. 466 - B do CPC

Nos termos desse artigo, é permitido ao juiz, instado pelo interessado, proferir uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado, se aquele que se comprometeu a realizar um contrato não cumprir a obrigação, se isso possível e não excluído pelo título. Trata-se de dispositivo legal que protege a eficácia do pré-contrato, nas hipóteses em que não se admite arrependimento⁵⁶⁶. Em verdade, essa modificação da lei processual veio uniformizar o tratamento da matéria com a legislação civil, que permitia o direito de se exigir a celebração do contrato definitivo, quando o contrato preliminar não contivesse cláusula arrependimento (art. 463 do CC).

As promessas de contratar, como as declarações de vontade em geral, consistem em típicas obrigações de fazer. Desse modo, estabelecido o compromisso de contratar, sem possibilidade de arrependimento, já houve a vontade indispensável para a vinculação do promitente. A execução, por isso, poderá prescindir de nova aquiescência do obrigado⁵⁶⁷.

São classificadas como obrigações de fazer, de natureza fungível, as promessas de declaração de vontade, como já dito linhas acima. Havendo, portanto, recusa ou mora do devedor, é possível ao Estado-juiz substituí-lo e outorgar ao credor o contrato ou a declaração de vontade que lhe assegurou o pré-contrato ou a promessa de contratar. Trata-se de execução específica ou *in natura* do quanto requerido na petição inicial.

Existem, porém, hipóteses excepcionais em que a legislação pátria permite ao interessado executar a obrigação de concluir contrato sem recorrer ao Estado-juiz. É o que se verifica no compromisso de compra e venda de imóveis loteados, e com a promessa de contratar ou ceder tal compromisso. Nesse caso, o cumprimento forçado é obtido com a intervenção apenas do Oficial do Registro de Imóveis, conforme

566 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3, Execução, p. 199.

567 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. II, p. 41.

procedimentos administrativos regulados pelos arts. 26 e 27 da Lei nº 6.766/1979⁵⁶⁸.

Convém destacar ainda que na hipótese do artigo 466-B não há necessidade de posterior fase de cumprimento de sentença. A pretensão da parte é plenamente satisfeita com a sentença de procedência, não havendo necessidade de atos executivos posteriores. De fato, a sentença, uma vez transitada em julgado, produz todos os efeitos da declaração não emitida.

Identifica-se esse tipo de provimento na ação proposta por associação de consumidores ou por qualquer outro colegitimado, como o Ministério Público, contra empresa (construtoras ou incorporadoras) que, embora tenha formulado pré-contrato com consumidores, percebendo substancial percentual do valor dos imóveis, se tenha negado a concluir o contrato principal, e por conseguinte, a entregar os imóveis adquiridos.

2.7.2.4 Art. 466-C

Nos termos do art. 466-C, quando o contrato tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.

Esse dispositivo legal diz respeito aos contratos sinalagmáticos (art. 476 do CC), em que as partes da avença têm direitos e obrigações recíprocas. Desse modo, para que o credor obtenha êxito na lide, deverá demonstrar em juízo o cumprimento da contraprestação que lhe cabe⁵⁶⁹. Se não cumpriu com a sua obrigação, deve oferecê-la, depositando-a como medida preparatória da ação (art. 466-C). Quando, no entanto, a contraprestação ainda não for exigível, é lícito ao credor obter a sentença sem a prévia satisfação da obrigação que lhe toca (art. 466-C, *in fine*).

Trata-se de dispositivo que se tem mostrado mais útil ao processo civil previsto no CPC, sendo de pouca aplicação no âmbito da ACP. Nada obstante, cite-se como exemplo de sua aplicação no âmbito da ACP o caso em que se discute o valor de determinada prestação vinculada a algum contrato para a entrega de bem imóvel, com o depósito do montante em juízo,

568 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 43.

569 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3, Execução, p. 200.

2.7.2.5 Provimento condenatório

Como bem destaca Teori Albino Zavascki, o provimento condenatório é cabível quando (a) o direito já foi violado e (b) para que seja aplicada a sanção jurídica correspondente à violação⁵⁷⁰.

Diz-se que as obrigações correspondem a vínculos jurídicos no âmbito do direito material, conferindo a um dos seus sujeitos o poder de exigir do outro certa prestação. A função da sentença condenatória é solucionar o caso em que o sujeito passivo da obrigação não realiza a prestação devida. Desse modo, observa Theodoro Júnior esta modalidade de sentença revela a existência de uma crise na relação obrigacional, à medida que o credor depende de ato do devedor para que seu direito subjetivo seja satisfeito⁵⁷¹.

Essa sentença tem dupla função: declara a existência do direito subjetivo do credor, assim como a sanção aplicável ao inadimplente, especialmente a prestação que esse último deverá realizar em favor do vencedor da lide⁵⁷². Essa sentença, portanto, é fonte da execução forçada.

Após a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, todas as sentenças condenatórias são de cumprimento independente de ação executiva autônoma. Isto porque são efetivadas por intermédio de mandado expedido após sua prolação, na mesma relação processual em que se proferiu a sentença⁵⁷³. O sistema, portanto, é o da *executio per officium iudicis* e não mais o da *actio iudicati*⁵⁷⁴. Ação autônoma de execução somente existirá para os títulos extrajudiciais.

Não obstante, é valioso ressaltar que se a ACP veicular a tutela de direitos individuais homogêneos, a sentença ou acórdão de procedência terá feição genérica, fixando apenas a responsabilidade do réu, cabendo aos interessados promover a eventual liquidação e a execução do julgado individualmente (arts. 103 e 104 do CDC).

570 ZAVASCKI, Teori Albino, *op. cit.*, p. 166.

571 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil volume II*, p. 22.

572 Idem, *ibidem*, p. 22.

573 Idem, *ibidem*, p. 24.

574 Idem, *ibidem*, p. 12.

2.7.2.6 Sentenças nas obrigações de fazer ou não fazer

Nos processos em que se veicula esse tipo de pretensão, a procedência do pedido implica compelir o réu a realizar uma atividade ou deixar de fazer algo em favor de alguém. No caso da ACP, em favor das pessoas substituídas pelo autor da ACP.

A nota característica desse tipo de sentença é a tutela específica da obrigação (art. 461 do CPC e art. 84 do CDC), ou seja, o judiciário deve conceder à parte, na hipótese de procedência total do pedido, exatamente o que ela obteria se a obrigação fosse voluntariamente cumprida pelo devedor, seja uma obrigação de fazer algo ou de cessar alguma atividade nociva (art. 11 da Lei 7.347/1985). Trata-se, no âmbito da ACP, do tipo de tutela mais importante⁵⁷⁵, porquanto a condenação ocorrerá somente em casos excepcionais, quando a tutela específica ou o equivalente prático não puder ser realizado.

A fim de convencer o devedor a cumprir a obrigação de natureza infungível, o juiz poderá valer-se das chamadas “medidas de apoio”, tais como multa por tempo de atraso - que pode ser fixada diariamente ou em parcela única, respeitando-se, em todo caso, o princípio da proporcionalidade⁵⁷⁶ (multa suficiente e compatível)⁵⁷⁷, sobretudo tendo em conta o valor da obrigação principal e a capacidade econômica da parte vencida – busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras etc. (§ 5º do art. 461 do CPC e § 2º do art. 12 da LACP). Desse modo, é dado ao juiz, no âmbito da ACP, ordenar ao réu, sob pena de multa, que determinada empresa ré instale o equipamento necessário à eliminação da poluição em certo local⁵⁷⁸, ou que determine a realização de florestamento em áreas de preservação permanente e de reserva florestal legal, ou, ainda, a demolição de construções erguidas em área de preservação ambiental⁵⁷⁹. Para auxiliar os oficiais de justiça no cumprimento da ordem, o juiz poderá requisitar força policial.

575 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública, comentários por artigo* (Lei nº 7.347, de 24.07.1985). 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro, 2009, p. 343.

576 LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Fundamentos de ética jurídica, 2001, p. 145.

577 CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 351. Autor com duas obras. A qual delas se refere a citação?

578 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Vol. 2, processo de conhecimento, p. 417.

579 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública ambiental e as tutelas jurisdicionais de prevenção e de precaução. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

No entanto, se o pedido, apesar de ter sido julgado procedente, não puder ser cumprido na forma específica, é lícito ao juiz determinar medidas que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Tal alternativa encontra previsão não só no art. 461 do CPC, mas também no art. 84 do CDC. Assim é que, para evitar a poluição, o juiz, em lugar de determinar a cessação das atividades da ré, conforme reclamado pelo autor da ACP, pode, se tal alternativa for a única eficaz para o caso concreto, determinar a interdição da indústria, ao invés da cessação, sob pena de multa⁵⁸⁰.

Caso não seja possível nem mesmo assegurar o resultado prático equivalente - como na hipótese de o devedor se recusar a cumprir prestação ou infungível ou mesmo diante da impossibilidade de se atingir o resultado prático equivalente -, a parte pode requerer ao juiz a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em obrigação de pagar quantia certa, fixando o valor da indenização (§ 1º do art. 461).

2.7.2.7 Sentença nas obrigações de entrega de coisa

O dispositivo da sentença para entrega de coisa deve ser elaborado com atenção à regra do art. 461-A. Desse modo, à semelhança do que ocorre nas obrigações de fazer ou não fazer (art. 461), o juiz, ao julgar procedente o pedido, deve conceder a tutela específica, fixando prazo para o cumprimento da obrigação⁵⁸¹. Também nesta oportunidade o juiz pode valer-se das medidas de apoio, previstas no § 4º e no § 5º do art. 461.

Se a entrega for de coisa fungível, deverá o credor individualizá-la na petição inicial, se lhe couber a escolha; se a escolha for de responsabilidade do devedor, ele a realizará no prazo fixado pelo juiz. Não sendo a sentença cumprida no prazo fixado, o juiz expedirá em favor do credor mandado de busca e apreensão, na hipótese de coisa móvel, ou de imissão na posse, tratando-se de coisa imóvel (§ 2º do art. 461-A).

2.7.2.8 Sentenças nas obrigações de quantia certa

580 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Vol. 2, processo de conhecimento, p. 411.

581 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil volume II*, p. 46.

Nesses casos, em regra, o autor formula o pedido de condenação do réu ao pagamento de determinada quantia, em virtude da prática de um ato ilícito, que pode ser subjetivo ou objetivo⁵⁸² (artigos 186 e 187 do Código Civil). Desde o início do processo já se discute, além da responsabilidade, o *quantum debeatur*.

A sentença somente será proferida quando o juiz dispuser de todos os elementos de prova necessários para a fixação do valor devido: orçamento de uma empresa privada, valor fixado em lei, quantia sugerida pelo perito oficial etc.

No âmbito da ACP, essa espécie de sentença encontra previsão no art. 3º da LACP. Na medida do possível, o montante da indenização deverá ser utilizado na reconstrução do bem lesado. Se não for possível a reconstrução do bem lesado, como nas hipóteses de extinção de animais ou destruição de obra de arte, e tratando-se de danos indivisíveis⁵⁸³, o produto da indenização será revertido para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/1985). O cumprimento da sentença condenatória que fixa quantia certa obedecerá aos artigos 475-J e seguintes, em virtude do disposto no art. 19 da LACP.

Por oportuno, convém observar que esse pedido será mais comum na ACP que defenda direito difuso, normalmente quando se pleiteia a condenação do réu, em virtude da ocorrência de um dano moral coletivo; ou então quando se requer a tutela ressarcitória, em virtude da impossibilidade de cumprimento específico da obrigação ou seu equivalente. Na ACP que se tutele direito individual homogêneo, em razão, sobretudo, do expressivo número de pessoas substituídas, é bem possível que na petição inicial não se tenha condições de quantificar o montante da indenização cabível a cada um. Nesse caso, a sentença de procedência terá natureza genérica, fixando apenas a responsabilidade do réu, cabendo aos interessados promover a eventual liquidação e a execução do julgado individualmente (arts. 103 e 104 do CDC).

2.7.2.9 Sentença de improcedência na hipótese do art. 285-A do CPC

A Lei nº 11.277/2006 trouxe grande inovação quanto à disciplina reservada pelo

582 FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*, p. 209.

583 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 457.

CPC à sentença. Ela introduziu o art. 285-A584, permitindo que o juiz profira, no início da lide, antes da citação do réu, sentença de improcedência, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Esse dispositivo provocou uma grande ruptura na sistemática processual, porque permitiu que a pretensão da parte seja julgada no mérito, antes da citação do réu.

Os requisitos exigidos pela lei para que isso aconteça, no entanto, são muitos. Primeiro, a lide deve envolver apenas questão de direito, isto é, que não dependa da produção de provas durante a fase de instrução. Esse tipo de lide é mais comum nas causas propostas contra a Fazenda Pública, em que se defende a inconstitucionalidade de determinado tributo e, por conseguinte, pretende-se a repetição do indébito, ou então nas causas em que se contesta a legalidade de algum ato administrativo.

Em segundo lugar, a sentença deve ser de total improcedência. A desnecessidade de citação do réu decorre da ausência de prejuízo. A improcedência do pedido formulado pelo autor não causa prejuízo ao réu. Diferentemente ocorreria se a procedência fosse parcial, porque o réu teria que arcar com alguma prestação. Logicamente, se a sentença fosse de algum modo favorável ao autor em detrimento do réu, haveria hipótese de ferimento à garantia do devido processo legal, se o réu não fosse chamado a participar da lide. Ninguém pode ser compelido a fazer algo ou ser desprovido de seus bens ou de sua liberdade sem que lhe seja permitida a participação no processo, com a utilização de todas as faculdades processuais (inciso LIV da CF/1988).

Além disso, há um terceiro requisito exigido, que consiste no fato de o juiz sentenciante ter proferido a mesma sentença em outros casos semelhantes. Isto é, deve haver precedentes sobre o mesmo caso. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o juiz deve transcrever no corpo da sentença os precedentes de sua lavra sobre o tema. Não há necessidade de juntada aos autos de cópias das sentenças anteriores sobre o tema⁵⁸⁵.

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça tem restringido a aplicação

584 Lei nº 11.277/2006. “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz, no prazo de 5(cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

585 BRASIL. STJ. REsp 1086991 / MG RECURSO ESPECIAL 2008/0187729-4, Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI, DJe 06.09.2011.

do art. 285-A, porquanto não permite a aplicação desse dispositivo legal quando o entendimento do juiz de primeira instância estiver em desacordo com a jurisprudência pacífica de tribunal superior ou do tribunal local a que se encontra vinculado. O STJ exige, portanto, que haja um alinhamento vertical entre o entendimento do juiz de primeira instância e o tribunal superior. Cuida-se de um modo de uniformização das manifestações judiciais de primeira e de segunda instância, privilegiando-se a segurança jurídica⁵⁸⁶.

Uma vez proferida a sentença de improcedência, o autor poderá interpor contra essa sentença o recurso de apelação. Nessa oportunidade, é permitido ao juiz o exercício da retratação, reformando a sentença e determinando o prosseguimento da ação. No entanto, se o juiz mantiver a sentença, o réu será citado para responder ao recurso. A necessidade de citação decorre do fato de que o réu tem interesse em que a sentença seja mantida. O acolhimento do recurso pelo tribunal importará no prosseguimento da ação e, com isso, há chance de o réu ser surpreendido ao fim da relação jurídica processual com uma condenação. Daí o seu interesse processual em integrar a lide.

É certo que a participação do réu no feito, a partir do momento em que interposto o recurso de apelação, demandará dispêndio financeiro. Por outro lado, a dispensa da capacidade postulatória ocorre apenas em hipóteses excepcionais, restritas à Lei nº 9.099/1995. No mais das vezes, todos aqueles chamados a integrar uma relação processual terão que contratar advogado e, eventualmente, arcar com os custos da lide. De acordo com o princípio da causalidade, todo aquele que der causa à lide deve arcar com os honorários advocatícios e com as custas processuais. Nesse sentido, o STJ tem precedente no sentido que, na hipótese do art. 285-A, poderá haver a fixação pelo tribunal de verba honorária, a título de consectário pelo sucumbência⁵⁸⁷.

Essa sistemática tem inteira aplicação à ACP, sobretudo em vista dos princípios da economia e da isonomia processual. A propósito, o STJ tem julgados no sentido de que as ações individuais que tenham por objeto a mesma pretensão discutida em caso de ACP, devem ter sua tramitação suspensa, até que o mérito dos pedidos formulados nesta ACP seja julgado. É que em virtude do julgamento da tese central da ACP, o processo individual poderá ser resolvido no seu limiar por sentença de mérito: sendo extinto, se a

586 BRASIL. Resp 1279570/MG RECURSO ESPECIAL 2011/0167995-4, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 17.11.2011.

587 BRASIL. Resp 1117091/ES, RECURSO ESPECIAL 2009/0008304-5, DJe 03.11.2011.

ACP for julgada improcedente; ou, se procedente o pedido principal formulado na ACP, convertido em cumprimento de sentença coletiva⁵⁸⁸.

3. Pressupostos processuais

O processo, por sua vez, pode ser tomado em conta sob diversas acepções. Assim é que para uns o processo é relação jurídica⁵⁸⁹. Para outros, é uma situação jurídica⁵⁹⁰. Existem também os autores que defendem que o processo é procedimento em contraditório⁵⁹¹. De todo modo, é uma técnica imperativa de solução de conflitos⁵⁹²,

588 BRASIL. STJ AgRg no Ag 1125537/RS, Dje 10.06.2010.

589 “O grande mérito de Büllow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Observou também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) por seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) por seu objeto (a prestação jurisdicional); c) por seus pressupostos (os pressupostos processuais)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23 ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, p. 298).

590 “Criticando a teoria da relação jurídica processual, construiu Goldschmidt essa teoria que, embora rejeitada pela maioria dos processualistas, é rica de conceitos e observações que vieram contribuir valiosissimamente para o desenvolvimento da ciência processual.

Observa, inicialmente, o que sucede na guerra, quando o vencedor desfruta de situações vantajosas pela simples razão da luta e da vitória, não se cogitando de que tivesse ou não direito anteriormente; depois faz um paralelo com o que ocorre através do processo. E diz que, quando o direito assume uma condição dinâmica (o que se dá através do processo), opera-se nele uma mutação estrutural: aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada em meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23 ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, p. 299).

591 “Na realidade, a presença da relação jurídica-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. Não há qualquer incompatibilidade entre essas duas facetas da mesma realidade; o que ficou dito no fim do tópico precedente (direitos e garantias constitucionais como sinal da exigência de que o processo contenha uma relação jurídica entre seus sujeitos) é a confirmação de que os preceitos político-liberais ditados a nível constitucional necessitam de instrumentação jurídica na técnica do processo.

É lícito dizer, pois, que o processo é procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os “litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral”, está a Constituição (art. 5º, inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação das sentenças e demais providimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23 ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, p. 303).

592 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I, 4ª edição, rev. e atual.* - São Paulo: Malheiros Editores, p. 35.

que persegue vários escopos (social, político e jurídico) ⁵⁹³.

Inicialmente, vale destacar que os institutos clássicos do processo civil não são adequados para a tutela judicial dos interesses e direitos metaindividuais. O processo civil tradicional (CPC) tem cunho individualista e seus institutos são todos voltados para essa perspectiva⁵⁹⁴.

Para a análise do mérito da pretensão deduzida em juízo, é mister o preenchimento de certos requisitos, sem os quais isto não será possível, tornando o autor carecedor da ação. Assim é que devem estar presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, cuja análise pode ser feito pelo juiz ou tribunal, por provocação das partes ou até mesmo de ofício, tal a importância da matéria para regularidade da relação processual. Tanto assim que não há preclusão para a análise dos pressupostos processuais e das condições da ação, havendo inclusive entendimento de que a sua ausência configura vício transrescisório⁵⁹⁵. Essa assertiva, no entanto, comporta

593 “Constituem conquistas das últimas décadas a perspectiva sócio-política da ordem processual e a valorização dos meios alternativos. A descoberta dos escopos sociais e políticos do processo valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. - São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., rev. e atual., 2004, p. 126).

594 A propósito, confira-se a crítica de Rodolfo de Camargo Mancuso: “Em primeiro lugar, cabe lembrar a concepção clássica, pela qual o processo civil aparece como o receptáculo natural das controvérsias intersubjetivas (Tício versus Caio), sendo ele, em princípio, refratário a servir como veículo de litígios supraindividuais, da mesma forma que se lhe era questionada a aptidão para operar o mero controle de legalidade, e, mais, ainda, o papel de instrumento de consultas jurídicas. Nessa concepção tradicional entende-se que os conflitos que desbordam da esfera individual devem ser tratados ao nível *pré-processual*, sem sede legislativa ou da administração pública; no que tange ao controle da legalidade, o tema só vir enquadrado na seara do direito administrativo, sobretudo nos países que contemplam o contencioso objetivo ou de legalidade, onde tribunais especializados fazem o contraste entre a norma e o ato de gestão pública. Em suma, sob esse parâmetro tradicional, a formação de uma *lide* exige a *atualidade* e a *concreção* de uma controvérsia entre partes definidas, que agitam, de um lado, uma pretensão, e, de outro, uma resistência.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 154).

595 “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA CITAÇÃO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial quanto ao ponto.

2. Os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, assim como as condições da ação - matérias de ordem pública -, não se submetem à preclusão nas instâncias ordinárias.

3. A nulidade da citação constitui matéria passível de ser examinada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte; em regra, pode, também, ser objeto de ação específica ou, ainda, suscitada como matéria de defesa em face de processo executivo. Trata-se de vício transrescisório. Precedente.

4. O defeito ou a ausência de citação somente podem ser convalidados nas hipóteses em que não sejam identificados prejuízos à defesa do réu.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1138281/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em

temperamentos no âmbito do recurso especial e do recurso extraordinário, porque o STJ e STF⁵⁹⁶ costumam exigir, para o conhecimento de impugnações relativas aos pressupostos processuais, o prequestionamento⁵⁹⁷.

Neste momento, faremos uma breve análise dos pressupostos processuais e, a seguir, dedicaremos mais atenção às condições da ação, especialmente à legitimidade *ad causam*, tendo em conta o objetivo desta dissertação.

A categoria dos pressupostos processuais foi criada por Oskar Bülow, a partir da ideia de que o processo encerra uma relação jurídica distinta daquela que constitui o seu objeto⁵⁹⁸. Em verdade, o grande mérito de Bülow foi o de estabelecer a diferença entre as condições da ação (então chamadas exceções dilatórias) e os pressupostos

16/10/2012, DJe 22/10/2012).” (www.stj.jus.br, em 30.01.2013).

596 “EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Recurso especial. Pressupostos processuais. Legislação infraconstitucional. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alegam violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. 2. As questões processuais de natureza infraconstitucional relativas aos requisitos de admissibilidade de recurso da competência do STJ são de reexame inviável no recurso extraordinário. 3. Agravo regimental desprovido, com aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil. (AI 676104 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/05/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-09 PP-02184) “ (www.stf.jus.br, em 30.01.2013)

597 “AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA STJ/211. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. IRREGULARIDADE SANÁVEL. PRECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

1.- A exigência do prequestionamento está adstrita à própria existência do Recurso Especial, que tem por pressuposto constitucional tenha o processo sido decidido em única ou última instância.

2.- Não obstante a interposição de Embargos de Declaração, a matéria veiculada no Especial não foi objeto de deliberação no Tribunal de origem, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 211 desta Corte.

3.- Por constituir irregularidade sanável, da capacidade postulatória, eventual vício existente na regularidade de representação processual deve ser alegado e provado no devido tempo, ou seja, na primeira oportunidade que a parte tiver acesso nos autos, sob pena de preclusão, nos termo do art. 245 do CPC.

4.- Ademais, ainda que comprovada, a aludida irregularidade de representação não teria a consequência jurídica almejada pelo agravante, de extinção do processo de execução, pois, em consonância com o art. 13 do CPC, "verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito." 5.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 173.328/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 25/06/2012)” (www.stj.jus.br, em 30.01.2013).

598 Por sua inegável importância histórica, trazemos à baila as palavras originais de Oskar Von Bülow: “A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se totalmente concluídas; a relação jurídica procesual se encontra em embrião.” (BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*; tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. - Campinas – SP: LZN Editora, 2005, p. 6).

processuais⁵⁹⁹.

Essa categoria é bastante abrangente, possuindo pressupostos objetivos e subjetivos, de validade e de existência, ao ponto de albergar requisitos que não guardam semelhança entre si, apenas o fato de que devem ser apreciados preliminarmente ao mérito da lide⁶⁰⁰. Trata-se de expressão consagrada pela legislação processual civil brasileira, conforme se verifica do disposto no art. 267, VI, do CPC.

Existem pressupostos processuais de existência, de validade e de eficácia da relação jurídica processual ou, para alguns, do procedimento⁶⁰¹. A sua disciplina com

599 Eis o elenco de pressupostos processuais descritos por Bülow: “Se o processo é, portanto, uma relação jurídica, apresenta-se na ciência processual problemas análogos aos que surgiram e foram resolvidos, a respeito das demais relações jurídicas. A exposição sobre uma relação jurídica deve dar, antes de tudo, uma resposta à questão relacionada com os requisitos a que se sujeita a origem daquela. É necessário saber entre quais pessoas pode ter lugar, a qual objeto se refere, que fato ou ato é necessário para seu surgimento, quem é capaz ou está facultado para realizar tal ato.

Estes problemas devem colocar-se também na relação jurídica processual e não se mostram a seu respeito menos apropriados e fecundos do que se mostraram já nas relações jurídicas privadas. Também aqui eles dirigem sua atenção a uma série de importantes preceitos legais estritamente unidos. Em particular, às prescrições sobre:

1. a competência, a capacidade e insuspeitabilidade do tribunal; a capacidade processual das partes (persona legitima standi in iudicio [pessoa legítima para estar em juízo]) a legitimação de seu representante;
2. as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil;
3. a redação e comunicação (ou notificação) da demanda e a obrigação do autor pelas cauções processuais;
4. a ordem entre vários processos.

Estas prescrições devem fixar – em oposição evidente com as regras puramente relativas à sequência do procedimento, já determinadas – os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para tramitação de toda a relação processual. Elas determinam entre quais pessoas, sobre que matéria, por meio de que atos e em que momento se pode constar no processo. Um erro em qualquer das relações indicadas impediria o surgimento do processo. Em sua, nesses princípios estão contidos os elementos constitutivos da relação jurídica processual: ideia aceita em partes, designada com um nome indefinido. Propomos, como tal, a expressão: 'pressupostos processuais'.” (BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*; tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. - Campinas – SP: LZN Editora, 2005, p. 9).

600 DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 101.

601 Essa posição é sustentada por Fredie Didier Jr. nos seguintes termos: “Este trabalho pauta-se em algumas premissas, fincadas no primeiro capítulo. Uma daquelas premissas ganha, neste momento, maior destaque: processo é, também, procedimento, que é ato-complexo de formação sucessiva. Pressuposto do processo é, na verdade, pressuposto do procedimento. Convém, portanto, reservar a designação 'pressupostos processual' a todos os fatos que são os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do ato-complexo procedimento. Os fatos que disserem respeito a apenas um dos atos que compõem o procedimento não podem ser considerados 'pressupostos processuais'.

(...)

Mas não é suficiente para a compreensão do tema simplesmente dizer que 'pressupostos processuais' são os fatos relacionados à existência, validade e eficácia do procedimento (conjunto de atos). É que, como visto no primeiro capítulo, há inúmeros tipos de procedimento no bojo da relação jurídica processual, cada qual com os seus próprios pressupostos de existência e requisitos de admissibilidade: procedimentos principal, incidental e recursal. É preciso distinguir os 'pressupostos' do procedimento principal, do procedimento incidental e do procedimento recursal.

É possível construir uma teoria geral dos 'pressupostos' do procedimento – qualquer

relação aos casos de nulidade absoluta e de anulabilidade é diferente em relação ao direito civil. Isto porque no direito privado a nulidade consistente em grave ofensa à ordem pública, podendo ser suscitada por qualquer pessoa, até mesmo de ofício pelo juiz. Em geral, não admite ratificação e o convalidamento. A anulabilidade, por seu turno, consiste em vícios menos graves, podendo ser sanada ou convalidada pelo decurso do tempo, se não arguída em tempo oportuno.

No campo do processo civil, especialmente em relação à ACP, a orientação é diferente. É que a meta do juiz ou tribunal, ao presidir o procedimento de uma ACP, consiste em julgar o mérito da lide, conforme demonstrado anteriormente, no item reservado à análise do princípio do interesse no julgamento de mérito. Tal se deve à repercussão social dos direitos metaindividuais. Além disso, há também os princípios da instrumentalidade, que recomenda que o processo não seja tomado como um fim em si mesmo, e da cooperação, que enuncia ser dever do juiz colaborar com as partes, para que as irregularidades processuais sejam sanadas. Desse modo, mesmo os vícios mais graves, relativamente aos pressupostos processuais, podem ser sanados, se as partes, intimadas, atenderem ao quanto reclamado pelo juiz ou tribunal.

3.1 Pressupostos processuais de existência

Os pressupostos de existência são requisitos necessários para a existência da relação processual. A sua falta pode ser reconhecida por despacho ou decisão interlocutória, não necessitando de ação específica para tanto, salvo se for arguída após o trânsito em julgado da sentença, oportunidade em que deverá ser questionada no bojo de uma ação rescisória (art. 485 do CPC).

procedimento. Mas é preciso identificar quais são os pressupostos cuja falta inviabilize o surgimento ou o desenvolvimento regular do processo como um todo.

(...)

Já se viu que pressupostos processual é designação que somente deve ser utilizada para referir-se ao ato-complexo procedimento; viu-se, também, que 'pressupostos processual' pode referir-se a qualquer procedimento, mas que isso não é conveniente, pois os regimes jurídicos do juízo de admissibilidade de cada procedimento são diversos. 'Pressupostos processual' deve ser compreendido, em sentido restrito, como tudo quanto se refira ao procedimento principal, instaurado pelo ato que deu origem à própria relação jurídica processual. Todos os demais 'pressupostos' ou dizem respeito a algum (alguns) ato(s) processual(is) ou a outros procedimentos distintos do procedimento principal. A peculiaridade dos 'pressupostos processuais' em sentido restrito é a de que a sua falta implica inadmissibilidade de todo o processo, o que inclui o conjunto de todos os procedimentos." (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 102-103).

Contudo, como ressalvado, a falta de algum pressuposto de existência só pode gerar a extinção do processo em último caso, pois é dever do juiz instar as partes para que sanem o problema. Em geral, são arrolados pela doutrina os seguintes pressupostos processuais de existência: a) existência de jurisdição; b) existência de demanda; c) capacidade postulatória⁶⁰²; d) citação; e) existência de sentença⁶⁰³.

A existência de jurisdição exige um órgão investido desse poder, sendo que no Brasil tal poder é atribuído ao juiz em primeira instância e aos tribunais em instância superior.

A demanda é outro requisito de existência de suma importância, porque é a partir da postulação de uma pessoa (sujeito que possua capacidade jurídica) perante um órgão judicial que a relação jurídica processual passa a existir. Pode-se afirmar que o nascimento da relação jurídica tem início apenas com a presença do autor e do juiz, mas essa existência somente se completará, depois que o réu for regularmente citado (arts. 219 e 263 do CPC)⁶⁰⁴.

O pedido formulado pela parte é outro importante pressupostos, porque traz ao processo o objeto litigioso. No ponto, é importante destacar que a formulação do pedido e a sua apreciação na ACP guardam alguns traços distintivos em relação processo civil regulado no CPC. É que o momento da estabilização da demanda na ACP diferente daquele fixado no CPC. A sistemática delineada no CPC para a estabilização da demanda consiste na existência marcos fixos, assim como de regras inflexíveis no trato da preclusão. A propósito, o princípio da eventualidade tem estreita ligação com a regra da preclusão. Um sistema rígido favorece a solução rápida do litígio, mas não necessariamente sentenças justas, que resolvam o conflito presentes nos autos. Ao que parece, o sistema tradicional não é o mais recomendado para as ações coletivas, a exemplo da ACP⁶⁰⁵.

602 Arruda Alvim observa que a capacidade postulatória não deveria constar no elenco dos pressupostos processuais, porque se trata de uma prejudicial a todos os outros problemas do processo. No entanto, em virtude do disposto no art. 37, parágrafo único, do CPC, acaba por relacioná-la entre os pressupostos processuais de existência da relação jurídica processual (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processua civil*, p. 499).

603 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, vol. 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. - 8. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118.

604 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 106.

605 Ricardo de Barros Leonal apresenta substanciosos argumentos a favor da flexibilização da estabilização da demanda: “Adotar o sistema tradicional, com a rigidez quanto à estabilização da demanda, significa dizer que, se em um demanda coletiva, após onerosa, demorada e complexa prova pericial, descobre-se que os fatos são mais amplos (v.g., a área lesada é muito maior; ou as espécies vegetais atingidas são não só aquelas descritas na inicial, mas inúmeras outras; ou que a fraude

A sentença deve ser proferida por juiz regularmente empossado; a mesma regra vale para os acórdãos proferidos por desembargadores e ministros. A sentença proferida por um estudante universitário, por exemplo, não existe; também a sentença proferida por um juiz aposentado. Um ponto interessante da matéria que tem dado azo a questionamentos, refere-se à natureza da sentença proferida por um juiz ou tribunal inconstitucionalmente incompetente. Concordamos com a maioria da doutrina, no sentido de que se trata de caso de nulidade absoluta. Tanto assim que essa sentença produz todos os efeitos, até que seja declarada inconstitucional. Figure-se a esse propósito a sentença proferida por um juiz estadual em uma causa da competência da justiça do trabalho; ou então uma sentença proferida por um juiz federal, quando o processo deveria ter sido julgado por um juiz estadual. Em todos esses casos, conforme se verifica da vasta jurisprudência, é necessária uma manifestação de uma corte superior, declarando a inconstitucionalidade da sentença e determinando a remessa dos autos ao juízo competente⁶⁰⁶.

praticada em um licitação e contrato administrativo envolvem outros fatos e com prejuízo infinitamente superior ao indicado na petição etc.), deverá ser proposta outra ação.

Esses novos fatos constitutivos e os respectivos pedidos não poderão ingressar no feito pendente. Nova demanda deverá ser proposta, com todos os desdobramentos daí decorrentes.

Ademais, a instauração de nova ação coletiva poderá render ensejo, não há dúvida, ao conflito lógico de julgados, que, embora não vedado pelo sistema processual, o desprestígio, cria o descrédito para o Poder Judiciário e milita contra a proteção aos bens coletivos. Afinal, considerando que a relação jurídica de direito material era uma só (decorrente, v.g., das lesões ambientais decorrentes de certa conduta), ficaria a dúvida: qual das duas decisões está correta? A que reconheceu a prática da lesão e a responsabilizá-la decorrente, ou a que a negou?

Adotar o sistema proposto no anteprojeto, com a flexibilização da regra da estabilização da demanda, significa dizer que, na hipótese acima referida, será aceitável a alteração do pedido e da causa de pedir, para que, no mesmo processo, com uma só decisão, seja resolvida, definitivamente, a crise de direito material.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda*. In: Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/coordenação; Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 153).

606 A título de reforço desses argumentos, confirmam-se as seguintes ementas de acórdãos proferidos pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTELIONATO E ALICIAMENTO DE TRABALHADORES DE UM LOCAL PARA OUTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL (ARTS. 171 E 207, § 1.º, NA FORMA DO ART. 29, § 1.º, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO, NOS AUTOS DE APELAÇÃO CRIMINAL EXCLUSIVA DA DEFESA. REPERCUSSÃO DA DECISÃO ANULADA NO JUÍZO COMPETENTE. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA.

1. O Juiz absolutamente incompetente para decidir determinada causa, até que sua incompetência seja declarada, não profere sentença inexistente, mas nula, que depende de pronunciamento judicial para ser desconstituída. E se essa declaração de nulidade foi alcançada por meio de recurso exclusivo da defesa, como no caso dos autos, ou por impetração de habeas corpus, não há como o Juiz competente impor ao Réu uma nova sentença mais gravosa do que a anteriormente anulada, sob pena de

3.2 Pressupostos processuais de validade

Os pressupostos processuais de validade⁶⁰⁷ também são relevantes. Sem eles, não é possível o desenvolvimento válido e regular da relação processual. Costuma-se elencar os seguintes pressupostos processuais de validade⁶⁰⁸: a) petição inicial regular; b) competência e imparcialidade; c) capacidade de ser parte.

O processo é válido quando a petição inicial é apta. E tal qualidade guarda a

reformatio in pejus indireta.

2. Hipótese em que a Paciente foi condenada, perante a Justiça Federal, com posterior anulação do processo pelo Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, em razão da incompetência absoluta do Juízo, sendo novamente denunciada pelos mesmos crimes perante a Justiça Estadual.

3. A prevalecer a sanção imposta na sentença originária, qual seja, de 8 (oito) meses de reclusão e 8 (oito) dias-multa, pelo estelionato, e 8 (oito) meses de detenção e 08 (oito) dias-multa, pelo crime contra a organização do trabalho, o prazo prescricional é de dois anos, a teor do art. 109, inciso VI, do Código Penal, com a redação anterior à Lei n.º 12.234/2010. Nesse cenário, vê-se que entre a data dos fatos (16 de janeiro de 2006; fl. 23) e o recebimento da nova denúncia perante o Juízo de primeiro grau (28 de julho de 2008; fl. 46), transcorreu o lapso temporal prescricional.

4. Ordem concedida, para declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal nos autos em tela, restando extinta a punibilidade da Paciente.

(HC 124.149/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010)

HABEAS CORPUS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA POR JUIZ ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. OCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. NE REFORMATIO IN PEJUS. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a declaração de incompetência absoluta do Juízo se enquadra nas hipóteses de nulidade absoluta do processo. Todavia, a sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente, embora nula, após transitar em julgado, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado, uma vez que, apesar de eivada de nulidade, tem como consequência a proibição da reformatio in pejus.

2. O princípio ne reformatio in pejus, apesar de não possuir caráter constitucional, faz parte do ordenamento jurídico complementando o rol dos direitos e garantias individuais já previstos na Constituição Federal, cuja interpretação sistemática permite a conclusão de que a Magna Carta impõe a preponderância do direito a liberdade sobre o Juiz natural. Assim, somente se admite que este último - princípio do juiz natural - seja invocado em favor do réu, nunca em seu prejuízo.

3. Sob essa ótica, portanto, ainda que a nulidade seja de ordem absoluta, eventual reapreciação da matéria, não poderá de modo algum ser prejudicial ao paciente, isto é, a sua liberdade. Não se trata de vinculação de uma esfera a outra, mas apenas de limitação principiológica.

4. Ordem concedida para tornar sem efeito a decisão proferida nos autos da ação penal que tramita perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba.

(HC 146.208/PB, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 16/05/2011) (www.stj.jus.br, em 30.01.2013).

607 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. - Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 62.

608 Não incluímos a legitimidade *ad processum* entre os pressupostos processuais de validade, porque concordamos com Arruda Alvim, relativamente à circunstância de que em certas situações ela se confunde com a legitimidade *ad causam*, que é condição da ação (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 506).

petição que respeita o disposto nos arts 282 e 295 do CPC, ou seja: a) indica corretamente as partes, os pedidos e a causa de pedir; b) descreve o órgão competente; c) cuja narrativa dos fatos conduza, logicamente, à conclusão; d) que contiver pedidos compatíveis entre si.

No âmbito da ACP, petição inicial apta é aquela que, em suma, descreve as partes, assim como, de pormenorizadamente, a causa de pedir e o pedido. É que a extensão do dano narrado na petição repercutirá na fixação da competência do juízo, daí a sua importância. Devemos lembrar, no ponto, que os direitos metaindividuais guardam a nota da indivisibilidade e essa característica terá destacado efeito na fixação da competência.

A capacidade ser parte (art. 7º do CPC) diz respeito corresponde à capacidade de estar juízo. No processo civil de cunho individual, tem-na todas as pessoas que se encontrem no pleno exercício dos seus direitos. No âmbito da ACP, esse pressupostos processual recebe um tratamento especial, decorrente do disposto no art. 5º, que LACP c/c art. 83 do CDC, que enumeram as pessoas admitidas a demandar em juízo.

A competência e a imparcialidade do juiz são pressupostos processuais de validade pertinentes à pessoa do juiz. Relativamente à imparcialidade, tratamos do assunto quando abordamos as características da jurisdição. A competência é fixada em função das regras constitucionais e também delimita-a a legislação infraconstitucional, notadamente a Lei de Organização Judiciário e o Regimento Interno dos Tribunais. A seguir, analisaremos, com mais detença, a competência no âmbito da ACP.

3.2.1 Definição da competência na ACP

O art. 2º da Lei Federal 7.347/85 estabelece hipótese de competência territorial absoluta. Isto porque estabelece que o foro competente para a ação civil pública é o do local do dano.⁶⁰⁹

609 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LOCAL DO DANO.

1. Discute-se nos autos sobre qual Juízo deverá julgar ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor de servidores da Receita Federal do Brasil, por terem, supostamente, participado de processo administrativo disciplinar de forma irregular.

2. A competência na ações coletivas utiliza como critério definidor o local do dano, de forma a proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram.

O STJ entende que esta competência é absoluta, esclarecendo que a *ratio legis* dessa regra é a de proporcionar maior celeridade e facilidade na instrução probatória, e, por conseguinte, no julgamento da causa⁶¹⁰. Essa orientação foi endossada pelo Poder Executivo, ao encaminhar ao Congresso Nacional o projeto de lei da nova Lei de Ação Civil Pública⁶¹¹. Não obstante a competência ser absoluta, o STJ tem julgados recentes no sentido de que ela pode ser afastada nos casos de conexão.⁶¹²

Quando o dano for nacional, a competência é estabelecida segundo o regramento do art. 93 do CDC, cuja constitucionalidade foi declarada pelo Superior Tribunal de Justiça (Conflito de Competência 26.842-DF). Porém, existem julgados do STJ no sentido de que compete ao autor escolher o foro competente, o qual se torna funcionalmente competente para o julgamento da causa, nos termos do art. 2º da LACP.⁶¹³ A competência do juízo, por outro lado, é fixada de acordo com as leis de organização judiciária.

A fixação da competência em virtude do critério fixado do art. 2º da LACP

Precedente: CC 97.351/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 10.6.2009.

3. Extraí-se dos autos que, de fato, o Processo Administrativo Disciplinar foi instaurado pela 7ª Região Fiscal da Receita Federal do Brasil, que engloba o Estado do Rio de Janeiro. De modo que a maior parte dos fatos em apuração ocorreram naquele Estado da Federação, ainda que algumas despesas de estada e deslocamento dos integrantes da comissão processante tenham sido determinadas por Órgão Central da Receita Federal em Brasília. Assim, imperioso reconhecer a competência da Justiça Federal do Rio de Janeiro para o julgamento da demanda.

Agravos regimentais improvidos. (AgRg no CC 116.815/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 03/04/2012) (<http://www.stj.jus.br>, 30.01.2013).

610 “DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. ACP. LOCAL DO DANO.

A competência para processar e julgar ação civil pública é absoluta e se dá em função do local onde ocorreu o dano. O art. 2º da Lei n. 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública (ACP), estabelece que as ações da referida norma serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. A *ratio legis* da utilização do local do dano como critério definidor da competência nas ações coletivas é proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram. Precedentes citados: CC 97.351-SP, DJe 10/6/2009. AgRg nos EDcl no CC 113.788-DF, Rel. Min. Amaldo Esteves Lima, julgado em 14/11/2012.” (<http://www.stj.jus.br>, em 30.01.2013).

611 “Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.” (<http://www.camara.gov.br>, em 30.01.2013).

612 BRASIL. STJ, AgRg nos EDcl no CC 113.788/DF, Rel. Ministro Amaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 14/11/2012, DJe 23/11/2012

613 BRASIL. STJ, REsp 1320693/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012

comporta, ainda, algumas considerações. É que referido dispositivo usa a expressão “local do dano” para a fixação da competência. Ocorre que em muitos casos, dano não haverá, justamente em função em alguma medida liminar deferida *inaudita altera pars*, para a prevenção do dano, como ocorre com a tutela preventiva em matéria ambiental.⁶¹⁴

Então, a expressão “local do dano” deve ser interpretado como o local o que ocorreu ou deveria ocorrer o dano.

Valiosa corrente doutrinária sustenta que os arts. 16 da Lei da Ação Civil Pública e o art. 2-A da Lei Federal 9.494/97 são inconstitucionais. A propósito, a doutrina frisa que não se deve confundir limites subjetivos da coisa julgada com jurisdição e competência⁶¹⁵ Os argumentos contrários a essa norma são os seguintes: a) indevida restrição à efetividade do processo; b) inconstitucionalidade das medidas provisórias editadas para alteração da Lei nº 7.347/1985, porque desprovidas dos requisitos essenciais de urgência e relevância da matéria; c) violação do princípio da economia processual; d) violação do princípio constitucional da igualdade; e) o alcance da coisa julgada coletiva decorre da natureza da relação jurídica de direito material; a lesão a um atinge a todos. Indivisibilidade do objeto da tutela judicial; f) indevida confusão entre eficácia da coisa julgada e competência territorial; g) outra incoerência: na hipótese de dano regional ou nacional a competência será do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. h) propicia o conflito prático de julgados; i) violação da garantia constitucional da coisa julgada.

O STJ, em recentes julgados⁶¹⁶, afastou as alterações promovidas pela Lei 9.494/97, restaurando os efeitos da redação original do art. 16 da Lei 7.347/85. Assentou o Corte Especial do STJ⁶¹⁷, com apoio nos arts. 468, 472 e 474 do CPC e 93 e 103 do CDC, que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida no âmbito da ACP podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário. Isto porque, de acordo com o entendimento daquele órgão, os efeitos e a eficácia da sentença de procedência proferida na ACP não estão circunscritos a limites geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do comando sentencial, motivo pelo qual devem ser levados em consideração a extensão do dano e qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.

614 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*, p. 121.

615 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I, p. 504.

616 REsp 1247150 / PR, DJe 12.12.2011; e no AgRg no REsp 1182037 / PR, DJe 14.02.2012.

617 Resp 1243887/PR, DJe 12.12.2011.

Ademais, importante frisar que a tutela coletiva cuida justamente de interesses indivisíveis. Portanto, conspira contra a lógica do sistema a fragmentação de ações coletivas a respeito de um mesmo objeto. Ao revés, a tutela coletiva é vocacionada para a apreciação de uma pluralidade de direitos semelhantes.

No que diz respeito às ações envolvendo direito do consumidor, o foro competente é do domicílio do autor-consumidor (art. 101, I, CDC), que pode ser derogado (competência relativa).

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal entende, a depender da relação jurídica substancial, a competência será da Justiça Federal ou da Justiça Estadual. Acrescenta-se a essa orientação, aquela conforme a qual a presença do MPF como parte determina a competência da Justiça Comum Federal.

3.2.2 Conexão e prevenção

Existem situações em que duas ou mais lides apresentam questões comuns, de fato ou de direito. Para que não ocorram decisões contraditórias nessa hipótese, o ordenamento jurídico prevê critérios para afastar essa possibilidade. Um deles é a conexão, cujo objetivo é garantir a credibilidade da Justiça, assim como zelar pela economia processual. A conexão, além de evitar decisões contraditórias em casos semelhantes, também otimiza a fase probatórias, porque as provas poderão ser produzidas em uma única oportunidade.⁶¹⁸ Cuida-se de uma forma de alteração de competência, quando a hipótese seja suscetível de tal alteração.

Nos termos do art. 103 do CPC, consideram-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir. Portanto, para que duas ou mais ações sejam conexas, é necessária a identidade do pedido ou da causa de pedir. Cuida-se da disciplina originariamente fixada para o processo civil de cunho individual. Por força do art. 21 da LACP, ela tem inteira aplicação à ACP, sendo certo que entendemos que a figura da conexão guarda perfeita compatibilidade com a estrutura da ACP.

618 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 381.

Na eventualidade de duas ou mais ACP's tramitarem conjuntamente, há necessidade de reunião dessas ações, para que não sejam proferidos julgamentos diversos, em causas envolvendo o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir. Cuida-se de um dos consectários processuais do princípio da isonomia material. O Judiciário deve dar a mesma resposta, para pessoas que se encontrem na mesma situação.

Os critérios para a fixação do juiz competente para o julgamento das ações conexas estão expostos no art. 219 do CPC. São eles: a) é competente para processar e julgar as causas conexas o juiz que despachou em primeiro lugar, quando as ações digam respeito à mesma competência territorial (art. 106 do CPC); b) também possui essa competência o juízo onde primeiro se realizou a citação válida, na hipótese das ações tramitarem em juízos distintos (art. 219 do CPC).

Além desses critérios, deve o magistrado avaliar a conveniência da reunião das ações conexas, tem conta o estágio processual em que se encontram. Assim, em primeira vista, não compensa a reunião de uma ação em estágio inicial, com outra que se encontra conclusa para sentença. Há também que se verificar a probabilidade de transtorno processual na reunião das ações. No ponto, é imperioso registrar que não há conexão se uma das ações já foi julgada (Súmula 235 do STJ).

A conexão não obriga o magistrado a julgamento conjuntamente as ações conexas. Tal decisão é uma faculdade do juiz, a fim de evitar decisões conflitantes e privilegiar a economia processual.⁶¹⁹

De acordo com a Súmula 150 do STJ, pertence à Justiça Federal a competência para decidir sobre a existência de interesse jurídico, que justifique a presença, na lide, da União, suas autarquias ou empresas públicas. Desse modo, se não houver manifestação da Justiça Federal, é incabível suscitar conflito de competência entre essa Justiça e a Justiça Comum Estadual perante o STJ.⁶²⁰

Outro ponto a ser analisado, relativamente à conexão, diz respeito à convivência de ACP's proposta por legitimados diversos (legitimação concorrente e disjuntiva), porém com mesmo objeto e causa de pedir. Entendemos que essa hipótese não corresponde à conexão, mas sim a litispendência. Os autores da ACP atuam em favor da mesma coletividade, resultando daí a tríplice identidade: partes, pedido e causa de pedir, de modo que a segunda ação, de acordo com os critérios anteriormente expostos, deverá

619 BRASIL. STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 37.470/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 10/02/2012

620 BRASIL. STJ, CC 117.637/CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 16/05/2012.

ser extinta sem julgamento de mérito.

É importante registrar precedente do STJ no sentido da impossibilidade de se reunir ACP's conexas, quando tal medida implicar alteração de competência absoluta.⁶²¹ No entanto, essa situação não ocorrerá quando as causas aparentemente conexas estejam submetidas a juízos competentes para o julgamento das duas demandas.

Quanto à possibilidade de reunião da ACP, com ação popular e/ou ação de improbidade, não vemos qualquer obstáculo, tendo conta semelhança de ritos, desde que se observem os requisitos anteriormente elencados, sobretudo a competência.

Situação interessante diz respeito à conexão de ações que tratem de direitos individuais homogêneos. É que, em geral, as ACP's que tenham esse objeto, guardam continência (art. 104 do CPC) em relação às ações individuais. O objeto da ACP é amplo que o das ações individuais, justamente porque visa tutelar o direito de um considerável de pessoas.

Entendemos que pode haver a reunião de processos, até porque o pedido na ACP é genérico, enquanto o da ação individual é específico. Isto é, há uma diferença de extensão dos pedidos.

Ainda tratando da conexão, devemos tecer algumas considerações em relação ao direito ambiental. Isto porque o art. 23 da CF/1988 enuncia ser competência comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas. É possível, assim, em virtude da concorrência de atribuições administrativas relacionadas à fiscalização e à preservação ambiental, flagrarmos em determinadas situações o ajuizamento de ACP's com mesmo pedido ou causa de pedir, proposta pelo MPE e pelo MPF. Especialmente porque não existe, ainda, em funcionamento no Brasil, um cadastro nacional de ACP's. Tendo em conta que a competência da Justiça Federal também é absoluta e fixada em razão da pessoa, temos que uma interpretação sistemática do art. 2º da LACP com o disposto no art. 109, I, da CF/1988, conduz à conclusão de que na hipótese de APC's conexas, em tramitação na Justiça Comum Federal e na Justiça Comum Estadual, a precedência é daquela na reunião das ações, que serão julgados pelo juízo federal competente.⁶²²

Outra forma de fixação ou de alteração de competência é a prevenção. Trata-se

621 BRASIL. STJ, AgRg no Ag 1385227/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 26/10/2012

622 BRASIL. STJ, CC 78.058/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 01/02/2011

de uma forma de competência que leva em conta critérios cronológicos.⁶²³ Assim é que a lei define um fato, em função do qual será fixada a prevenção de um órgão judicial, entre dois ou mais abstratamente competentes. Nos termos do art. 2º, parágrafo único, da LACP, a propositura de uma ACP prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente ajuizadas que tenham a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

O STJ, por meio de sua Segunda Turma, ao julgar recurso especial, manifestou o entendimento de que na ACP que veicule causa de pedir relacionada a dano de âmbito nacional, como empréstimos concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES a empresas participantes de certame licitatório de privatização, cumpre ao autor escolher o órgão judiciário que presidirá o feito, o qual se torna funcionalmente competente para o julgamento da causa, nos termos do art. 2º da LACP.⁶²⁴

Diante da possibilidade de reunião da ACP com as ações individuais, em virtude da conexão, é importante ter em vista o disposto no art. 253 do CPC. Isto porque esse dispositivo evita a ocorrência da fraude processual, com violação à regra de competência, mediante a utilização de pseudo desistência. Esse dispositivo estabelece importantes regras para a distribuição por dependência: a) quando as causas se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada; b) quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda; c) quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento. Na hipótese de reconvenção ou intervenção de terceiro, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

Nas instâncias superiores, a prevenção ocorre em função do conhecimento do recurso. Assim, ela pode ocorrer em favor de um determinado relator, ou então em favor de uma turma ou câmara.

3.3 Pressupostos processuais negativos

623 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 375.

624 BRASIL. STJ, REsp 1320693/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012

Há também os pressupostos processuais negativos. Se algum deles se fizer presente, o processo deve ser extinto, sem apreciação do mérito da pretensão deduzida em juízo. São eles: a) litispendência; b) coisa julgada; c) perempção⁶²⁵.

A litispendência ocorre quando encontram-se em curso demandas com as partes, pedido e causa de pedir (art. 301, §3º, do CPC).

Há perempção se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo por abandono de causa, não poderá propor nova ação com o mesmo objetivo, permitindo-se a alegação da matéria em defesa (art. 268, parágrafo único, do CPC).

Nos termos expressos da legislação processual, há coisa julgada, quando se reproduz pretensão anteriormente julgada (art. 301, §1º, do CPC). A doutrina, em geral, afirma que a coisa julgada é a qualidade da sentença que não mais está sujeita a recurso⁶²⁶. É um garantia constitucional (XXXVI do art. 5º da CF/1988) de inequívoca importância, por isso que reputada por alguns doutrinadores como um valor constitucional⁶²⁷. Tanto mais porque figura na relação das normas constitucionais de cunho material que condicionam a validade de outras normas de inferior hierarquia. Isto porque há necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança⁶²⁸ que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica.

Ela comporta uma importante classificação. Pode ser denominada formal ou material, conforme o caso. A coisa julgada formal decorre da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida, o que inviabiliza a interposição de recursos: quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição⁶²⁹. Por outro lado, a coisa julgada material só ocorre nos pronunciamentos que versam sobre o mérito da lide (sentença ou acórdão), configurando a lei das partes. Assim, a sentença ou o acórdão trânsito em julgado, que resolva o mérito da lide, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da pretensão deduzida em juízo.

625 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processua civil*, p. 507.

626 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, volume 1: processo de conhecimento*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 724.

627 VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p. 129.

628 LARENZ, Karl. *Derecho justo, fundamentos de etica jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2001, p. 46.

629 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Vol. 2, processo de conhecimento, p. 642.

Na medida em que não importam em solução da lide, não produzem coisa julgada⁶³⁰: a) os despachos de expediente e as decisões interlocutórias; b) as sentenças proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária; e c) as sentenças proferidas em processos cautelares⁶³¹, ainda por que revogáveis ou modificáveis a qualquer tempo, salvo se for reconhecida a decadência ou a prescrição⁶³² (art. 807 do CPC). Igual sorte segue os motivos da sentença, que se limitam ao plano lógico de elaboração do julgado, mas não são revestidos com a intangibilidade, que é própria do dispositivo, não transitam em julgado⁶³³.

Ao decidir uma lide, o magistrado exerce processualmente a atividade cognitiva e também a decisória. A causa de pedir e a motivação exercem o papel de instrumentos eficientes na compreensão do alcance da coisa julgada, mas não como objeto mesmo da *res iudicata*. Deveras, o exame dos fatos se apresenta apenas como caminho lógico para se alcançar a definição da situação jurídica implicada no litígio e retratada no pedido formulado pelo autor⁶³⁴.

A lide é individualizada em função do pedido e da causa de pedir. A sentença faz coisa julgada sobre o pedido e só se circunscreve aos limites da lide e das questões decididas (art. 468 do CPC). A coisa julgada tem a função de estabilizar uma situação jurídica substancial entre as partes. Nesse sentido, funciona como instituto processual de ordem pública, operando como pressuposto processual negativo⁶³⁵, evitando a propositura de nova ação com os mesmos elementos.

A sentença que extingue o processo, por insuficiência de prova, gera coisa julgada material. Isto porque a parte não se desincumbiu do *onus probandi*. Porém, tal regra não se aplica à sentença proferida na ACP, pois não prevalecerá a coisa julgada se a ação for extinta por falta de provas⁶³⁶ (art. 16 da Lei nº 7.347/1985).

Vale registrar que tem ganhado respaldo na doutrina e na jurisprudência a chamada relativização ou flexibilização da coisa julgada. Cuida-se da possibilidade excepcional de, em certos casos, afastar-se a coisa julgada, para que novo julgamento da

630 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol.1, p. 596.

631 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Vol. 4, processo cautelar, p. 187.

632 SANTOS, Ernane Fidélis dos, *op. cit.*, p. 740.

633 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil: teoria geral: premissas e institutos fundamentais*, p. 247.

634 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. Vol. 2, processo de conhecimento, p. 43.

635 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 235.

636 COSTA, Susana Henriques da, *op.cit.*, p. 296.

lide seja proferido. Isso é possível quando novas técnicas são introduzidas no campo científico, permitindo a produção⁶³⁷ de novas provas, capazes de repercutir substancialmente no mérito da lide. É o que se verifica nas ações de filiação que foram julgadas no passado, sem a realização do exame de DNA. O STF, recentemente, proferiu acórdão, permitindo a reabertura desses casos, para a realização de exame de DNA⁶³⁸, prevalecendo o valor justiça em detrimento da segurança.

Existe a possibilidade de que esse entendimento evolua para outras causas, como as que dizem respeito ao direito ambiental, em virtude do progresso tecnológico a que se assiste na aferição de danos colaterais causados ao meio ambiente por atividades industriais. Desse modo, uma nova prova teria o condão de abrir novamente a discussão judicial sobre o mérito da lide, não obstante o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão. Na Itália, o prazo de um das ações rescisórias cabíveis, denominada *revocazione straordinaria*, inicia-se da descoberta da prova nova, e não do trânsito em julgado da sentença rescindenda⁶³⁹.

3.3.1 Litispêndência e ACP

Importante tema é o que diz respeito à possibilidade de litispêndência entre as ações individuais e ACP. É que não há no Brasil o sistema do *opt in*, tampouco do *opt out*.

Nos termos do art. 104 do CDC, a ACP que tenha por escopo a tutela de direitos individuais homogêneos não gera litispêndência em relação à ação individual, pois, há apenas conexão, em virtude da causa de pedir.

Não poderia ser diferente, pois a lide coletiva, na hipótese de defesa de direitos individuais homogêneos, não apresenta todos os elementos da demanda individual. Com efeito, como já demonstrado, a lide coletiva, em geral, se ressentida da descrição do titular e também do *quantum debeatur*. A lide individual, no entanto, possui todos esses elementos. Há, portanto, diferença de pedidos entre as duas ações, o que impede a

637 CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*, p. 28.

638 RE 363889/DF, DJe 16.12.2011

639 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*, p. 245.

litispendência, não obstante a coincidência de partes e da causa de pedir⁶⁴⁰.

O titular da ação individual, no entanto, poderá ser atingido pela eficácia da coisa julgada na ação coletiva, se requerer a suspensão do andamento de sua ação, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data foi oficialmente informado do ajuizamento da ação coletiva, e o pedido tiver sido julgado procedente. Trata-se da coisa julgada *in utilibus*.

A interpretação desse dispositivo, no entanto, após sofrer sérios questionamentos doutrinários⁶⁴¹ e judiciais⁶⁴², acabou por sofrer uma recente mudança⁶⁴³. Com o propósito de evitar a ocorrência de julgamentos divergentes entre ACP e a ação

640 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos* p. 177.

641 Confirmam-se as razões de Ricardo de Barros Leonel: “Sobre a concomitância de ações – coletiva e individual – e identificação de coisa julgada, o raciocínio é idêntico ao da litispendência.”

“A rigor, não é possível, *a priori*, falar-se em coisa julgada com relação a qualquer demanda individual, quando já decidida a ação coletiva calcada na mesma situação fática, pois entre a ação individual e a coletiva há diversidade de partes e de pedidos.

“Entretanto, o legislador estabelece sistema de exceção, determinando a extensão útil (*in utilibus*) da coisa julgada quando a demanda coletiva é julgada procedente, e vedando a produção dos efeitos abrangentes (*erga omnes*) na hipótese de improcedência por insuficiência de provas. Trata ainda da concomitância da ação individual com a coletiva e da ocorrência ou não da extensão dos efeitos do julgado coletivo, prescrevendo que somente será atingido o indivíduo que propôs demanda individual se postular sua suspensão, que, caso não o faça, não será alcançado beneficentemente, mesmo que a demanda supraindividual seja julgada procedente e na individual não obtenha êxito.

“Mas note-se, o que existe aqui – extensão do julgado coletivo aos interessados em caráter individual – é sistema diferenciado, ditado como solução de política legislativa, com a finalidade de adequar a extensão dos efeitos do julgado à natureza dos interesses em conflito e às peculiaridades da tutela coletiva.

“Não se trata, a rigor, de identificação da coisa julgada no cotejo entre demanda individual e demanda coletiva.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 274).

642 Recurso de embargos. Ação coletiva. Reclamação trabalhista. Litispendência. Dissenso jurisprudencial. Não configuração. Aresto paradigma que trata de ação civil pública. Na hipótese em que, no acórdão embargado, foi consignada a litispendência entre a ação individual, na qual se pleiteava a observância de acordo coletivo de trabalho, no que tange à alternância de promoções por antiguidade e merecimento, e a ação coletiva proposta pelo sindicato como substituto processual da categoria profissional, com o mesmo objetivo, mostra-se inespecífico o aresto colacionado, que trata da configuração da litispendência entre ação individual e ação civil pública. Com esse entendimento, a SDBI-I, por maioria, não conheceu dos embargos. Ressaltou-se, no caso, que, embora haja tendência da Subseção a equiparar a ação coletiva e a ação civil pública em questões de substituição processual, ainda remanesce controvertida a possibilidade de se aplicar os critérios previstos no Código de Defesa do Consumidor a ambas as ações. Vencidos os Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, José Roberto Freire Pimenta e Delaíde Miranda Arantes, que conheciam dos embargos ao fundamento de, quanto aos critérios para a verificação da litispendência, não haver distinção ontológica entre a ação civil pública e a ação coletiva que inviabilize o exame da especificidade da divergência jurisprudencial. TST-E-EDRR-15400-16.2002.5.01.0007, SBDI-I, rel. Min. Brito Pereira, 29.11.2012 (Disponível em <http://www.tst.jus.br>, em 30.01.2013).

643 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SUSPENSÃO DAS AÇÕES INDIVIDUAIS.

Ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se, ainda que de ofício, as ações individuais. Precedente citado: REsp 1.110.549-RS (Repetitivo), DJe 14/12/2009. AgRg no AgRg no AREsp 210.738-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2012.

individual, cuja causa de pedir seja a mesma, determinou o STJ, em julgamento realizado em 2011, que as ações individuais devem ser automaticamente suspensas.

Infere-se desse julgado, que o STJ reputou ser a tramitação concomitante de ACP e ação individual, com mesma causa de pedir, matéria de ordem pública, na linha de um pressuposto processual. Tal orientação justifica a atuação de ofício do magistrado. Concordamos com essa sistemática, pois privilegia a economia processual e a segurança jurídica⁶⁴⁴.

3.3.2 Coisa julgada

A coisa julgada no âmbito da ação civil pública recebe tratamento especial em relação às disposições do CPC. O tema encontra regramento nos artigos 103 e 104 do CDC e no art. 16 da Lei nº 7.347/1985.

De acordo com o direito tutelado em juízo e em função do resultado do julgamento, haverá uma sistemática prevista pela lei para cada situação, com relação aos efeitos subjetivos da coisa julgada.

Assim é que a sentença, nas ações coletivas, fará coisa julgada *erga omnes* quando o pedido for julgado procedente. Isto porque esse provimento não causará prejuízo ao direito individual de terceiros (§1º do art. 103 do CDC). A regra não poderia ser outra. Como bem salienta Suzana Henriques da Costa⁶⁴⁵, mesmo que a lesão ao direito individual provenha do mesmo fato discutido na ACP que verse sobre direito difuso, as partes, a causa de pedir e o pedido não são os mesmos. Figure-se, a título de ilustração dessa assertiva, a hipótese em que se reconheça a responsabilidade de determina empresa pela poluição de um rio, mas não se acolha o pedido individual de indenização contra a mesma empresa, por quebra de um motor de um barco ancorado no mesmo rio, em virtude de supostos danos provocados pela poluição.

Alguns sustentam que essa regra, quanto à extensão dos efeitos da sentença proferido na ACP que trate de direitos difusos, configura-se como extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada, porquanto atinge terceiros que não foram parte da relação

644 FERNANDES NETO, Guilherme; ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão; PAES, Eudócio; SÉRVULO, Katia. *Inquérito civil e ação civil pública*. - São Paulo: Atlas, no prelo.

645 COSTA, Susana Henriques da, *op. cit.*, p. 299.

jurídica processual. Alegam, a propósito, que essa extensão somente ocorrerá em relação ao patrimônio público difuso, como o meio ambiente, não em relação ao patrimônio público pecuniário, como o patrimônio de determinada entidade pública⁶⁴⁶. Outros, no entanto, defendem a tese de que nesse julgamento não ocorre extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada, mas simples decorrência da substituição processual, que, no caso de direitos difusos, abrange todos os membros da coletividade⁶⁴⁷.

Também fará coisa julgada *erga omnes* o pedido julgado improcedente por insuficiência de provas (*non liquet*). Nesse caso, tem-se a coisa julgada *secundum eventus litis*⁶⁴⁸ e *secundum probationem*, porque a não-formação da coisa julgada depende dos resultados da prova e da lide. Em tal situação, como não há prejuízo para os substituídos, todos serão atingidos pelos efeitos da coisa julgada. Nessa hipótese, não haverá óbice à propositura de nova ação civil pública por qualquer colegitimado, com o mesmo objeto da anterior, desde que a petição inicial seja instruída com novas provas (inciso I do art. 103 do CDC). Esse regramento decorre de uma opção política do legislador em prol dos direitos metaindividuais, em detrimento da segurança jurídica. É fruto, igualmente, do fato de não vigorar no processo coletivo brasileiro a “representatividade adequada”, prevista no direito norte-americano, por isso que ao juiz não é dado avaliar a capacidade e competência de quem propôs a ACP⁶⁴⁹. Logo, para que o interesse público não ficasse comprometido com a atuação pífia de algum colegitimado, permite a lei brasileira que nova ação seja proposta, desde que acompanhada de novas provas.

A sentença ou acórdão na ação coletiva produzirá efeitos *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, na hipótese do inciso II do parágrafo único do art. 81 do CDC, ou seja, para beneficiar grupo ou classe titular de direito coletivo *stricto sensu*. Também nesse caso, poderá ser proposta nova ação, com o mesmo pedido, por qualquer colegitimado, se o pedido formulado na primeira demanda coletiva for julgado improcedente por insuficiência de provas (inciso II do art. 103 do CDC).

O efeito será *erga omnes* no caso de procedência do pedido formulado em ação civil pública (*in utilibus*), em que se defenda direito individual homogêneo ou então direito difuso ou coletivo, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, que

646 Idem, *ibidem*, p. 295.

647 LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 288.

648 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, p. 332.

649 COSTA, Susana Henriques da, *op. cit.*, p. 298.

poderão promover a liquidação e execução individual do crédito apurado. Ocorre, nessa hipótese, ou seja, na procedência de ACP que veicule direito difuso ou coletivo, de benefício a direito individual homogêneo por via reflexa, em virtude de disposição legal (art. 103, §3º, do CDC)⁶⁵⁰.

É valioso destacar que, nos termos do art. 104 do CDC, os efeitos favoráveis da sentença de procedência proferida em ações civis públicas, em que se postulem direitos coletivos ou direitos individuais homogêneos, somente serão estendidos às pessoas que propuseram ações individuais, se requereram sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Tal disciplina, contudo, sofreu mitigação nos últimos anos, em virtude da orientação fixada pelo STJ no Resp 1110549/RS (rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 14.12.2009). É que, de acordo com o comando fixado nesse acórdão, a propositura de uma ACP provoca a suspensão automática das ações individuais que versem sobre o mesmo tema. Cuida-se de uma interpretação sistemática dos artigos 81 e 104 do CDC, sobretudo porque há relação de prejudicialidade entre a ação coletiva e as ações individuais. Essa orientação também revela o objetivo de se evitar a ocorrência de processos individuais multitudinários. Nada obstante o acerto dessa orientação, Ricardo de Barros Leonel observa que alguns temperamentos devem ser feitos a essa regra, com a fixação de elementos objetivos, tais como: a) fixação de requisitos para a suspensão; b) momento para a suspensão; c) possibilidade de concessão de medidas urgentes no processo suspenso; d) possibilidade de requerimento do prosseguimento do feito individual suspenso (idoso, processo com sentença etc.); e) ônus de informação da ação individual deve ser do réu⁶⁵¹.

A improcedência do pedido, por falta de provas, na ACP que veicule direito individual homogêneo não prejudicará os substituídos. Cuida-se de uma interpretação sistemática do inc. III do art. 103 do CDC, bem assim em virtude da ausência de controle pelo magistrado (*ope iudicis*) da representatividade adequada⁶⁵².

Ao fim do estudo da jurisdição coletiva, iremos abordar no próximo capítulo as condições da ACP. Cuida-se de tema de extrema importância para a efetividade da tutela dos direitos metaindividuais. Desse modo, cada condição da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade) será estudada separadamente, analisando-se o direito positivo, a jurisprudência e a doutrina que consideramos pertinente e relevante.

650 COSTA, Susana Henriques da, *op. cit.*, p. 303.

651 LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 307.

652 COSTA, Susana Henriques da, *op. cit.*, p. 301.

CAPÍTULO IV

CONDIÇÕES DAACP

1 Introdução

Neste capítulo serão estudadas as condições da ACP. Cuida-se de tema candente tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias. Isto porque o entendimento sobre esse instituto processual ainda não se encontra consolidado. São muitos os questionamentos, especialmente tendo em conta o constante reconhecimento de novos interesses e direitos metaindividuais, como demonstrado no primeiro capítulo.

As regras quanto às condições da ação não podem ser simplesmente trasladadas do processo civil de cunho individual para o processo coletivo. Isto porque a natureza dos direitos discutidos no processo coletivo é substancialmente diversa⁶⁵³ do direito

653 A propósito, confira-se o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso: “Conforme já delineado no primeiro capítulo, o binômio interesse/legitimidade, no polo ativo, revela-se na perquirição de *quem*, dentre os interessados (processualmente falando) pode (= tem o poder de) propor uma certa ação. Visto ser o processo civil tradicional um instrumento de tutela de posições jurídicas individuais, é natural que, ordinariamente, *coincidam* numa mesma pessoa as figuras do titular do interesse e do legitimado (=aquele a quem a norma confere o poder de agir), razão pela qual tal legitimação chama-se *ordinária*.”

Esse esquema, porém, não pode ser trasladado perfeitamente à legitimação para agir nas ações “coletivas”, onde o objeto tutela é metaindividual, como se dá na ação civil pública da Lei 7.347/85. E isso porque, simplesmente, não se vai encontrar o “titular”, o “dono” do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua “partição” ou “fracionamento” (a chamada indivisibilidade do objeto), e, de outro lado, dada a impossibilidade de sua atribuição a certos “titulares” (a chamada “indeterminação dos sujeitos”). Basta pensar, v. g., nos consumidores (efetivos e virtuais) de certo produtos (Lei 7.347/1985, art. 1º, II; CDC, art. 2º: quantos são? Quais são? Ou ainda, no caso da tutela ao meio ambiente, a quem concerne o interesse pela preservação do pantanal matogrossense: aos ‘pataneiros’ somente? Aos habitantes do Estado? Aos brasileiros? Ou a toda a humanidade, já que se trata de um

subjetivo clássico.

Com efeito, no processual civil clássico, de cunho individual, em geral, a mesma pessoa que demanda em juízo é titular do direito material; de modo excepcional, se houver autorização legal, terceiro poderá demandar em nome próprio, no interesse alheio (art. 6º do CPC): é a chamada legitimidade extraordinária⁶⁵⁴.

No entanto, na ACP, acontece o contrário. Quem demanda em juízo não é o titular do interesse ou do direito subjetivo, mas o seu substituto processual (legitimação extraordinária), como será visto com mais detença a seguir. Na linha da fundamentação esposada no primeiro capítulo, pode-se afirmar que os titulares dos interesses ou dos direitos difusos são indetermináveis, sendo que esses interesses e direitos, à semelhança do que ocorre com os coletivos em sentido estrito, são indivisíveis. Portanto, se os substitutos processuais (legitimados extraordinários) não estivessem autorizados, pela lei, a demandar em juízo em favor dos titulares dos interesses ou direitos metaindividuais, a sua tutela ficaria à mercê da vontade de algum indivíduo, que dificilmente teria tempo e recursos suficientes para chegar ao fim da lide.

Além disso, a defesa de direitos metaindividuais pressupõe conhecimento técnico e boa estrutura de pessoal, especialmente na seara jurídica, para fazer face às complexas teses jurídicas alinhadas no decorrer da lide. Outro fator que recomenda a defesa dos direitos metaindividuais reside no fato de que a pulverização ou atomização de demandas poderia gerar julgados com diferentes resultados, o que seria extremamente grave, em virtude da indivisibilidade desses direitos. Quanto aos direitos individuais homogêneos, o substituto processual favorece a economia processual e também evita a existência de julgados divergentes sobre a mesma causa de pedir. Tais são as justificativas da figura do legitimado extraordinário na ACP, como veremos a seguir.

santuário ecológico cuja defesa extravasa os lindes meramente geográficos?” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. - 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 113-114)

654 No ponto, vale destacar a observação de Marcelho Abelha Rodrigues: “A regra estabelecida pelo Código de Processo Civil é a da legitimidade ordinária, *contrario sensu* do que determina o art. 6º do CPC. Aliás, seria de melhor técnica redacional que o Código tivesse dito no art. 6º do CPC que só pode pleitear direito próprio em nome próprio, salvo nos casos em que a lei autorizar exceção a essa regra. Assim, o CPC brasileiro adotou a regra de legitimidade *ad causam*, ou seja, reunião, na mesma pessoa, da titularidade no plano material e no plano processual, ativa ou passivamente.

Quando não há essa sobreposição, ou seja, o legítimo para agir não é o legítimo *ad causam*, estamos diante da legitimidade extraordinária, que, nesse caso, deve ser autorizada por lei.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil: teoria geral: premissas e institutos fundamentais*. - 5. ed., rev., atual. e ampl. p. 184-185).

Outro motivo da necessidade de uma reconfiguração desta categoria processual reside no fato de que novos interesses e direitos estão em amplo processo de nascimento e de amadurecimento, como demonstrado no primeiro capítulo, exigindo novo tratamento processual⁶⁵⁵. Com efeito, há menos de 50(cinquenta) anos não se falava na doutrina jurídica brasileira sobre a natureza jurídica das ONG's, tampouco da possibilidade de atuação judicial de subseções da OAB ou de órgãos da Defensoria Pública em defesa de direitos metaindividuais. Também não se cuidava do direito ambiental como um direito transgeracional. Menos ainda se discutia sobre o dano moral coletivo, ou sobre os direitos das famílias, ou então sobre os direitos dos hipervulneráveis, ou, por fim, sobre os efeitos da propaganda enganosa.

A doutrina e a jurisprudência processual civil brasileira, até o início da década de 1980 foram todas cunhadas para relações jurídicas de cunho individual, de acordo com o modelo clássico. Até então, os direitos metaindividuais eram relegados à invisibilidade. Há aproximadamente trinta anos, apenas, representantes do departamento de processual civil da USP, na figura dos eminentes professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Rodolfo de Camargo Mancuso e Kazuo Watanabe, dentre outros igualmente notáveis, bem como docentes da PUC/SP, como os eminente professores Nelson Nery Júnior e Arruda Alvim, e da PUC/RS, têm revertido essa lacuna, produzindo boa doutrina sobre o tema, que inclusive, como se verá mais à

655 Rodolfo de Camargo Mancuso descreve com percuciência o fenômeno: “Além disso, hoje avultam situações sociais complexas, que desafiam a argúcia do operador do direito, como se dá, por exemplo, com as *ocupações* promovidas pelos grupos ditos *sem terra*, em face das quais os institutos clássicos da posse e do domínio revelam-se em boa medida insuficientes; ainda, os novos problemas surgidos com a comunicação global e massificada através da informática e da internet, em face das garantias e licenças concernentes aos direitos da propriedade intelectual; ou mesmo as questões que relevam da engenharia genética e biossegurança, como a *clonagem* de seres vivos, fazendo repensar o *mínimo ético*, subjacente ao Direito, enquanto ciência e como experiência.

Todo esse contexto vai revelando que, de fato, *a vida é mais rica do que o Direito*, e por conta disso resta à ciência processual disponibilizar *uma ação para cada direito* e para cada interesse legítimo, sem embargo de não se encontrar no vigente Código Civil – Lei 10.406/2002 – dispositivo igual ao art. 75 do precedente Código (1916): 'A todo o direito corresponde um ação, que o assegura'. De todo modo, dispõe o art. 189 da vigente lei civil: 'Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206'.

É claro que a evolução do direito processual, como ciência autônoma, foi acompanhada da alteração quanto ao conteúdo de certos axiomas ou categorias tradicionais. Assim, por exemplo, ainda se pode dizer, no processo civil francês, '*pas d'intérêt, pas d'action*', ou ainda, '*l'intérêt est la mesure des actions*', da mesma forma como dispõe o processo civil brasileiro: 'Para propor ou contestar uma ação é necessário ter interesse'; mas, o *conteúdo semântico e teológico* dessas expressões continua a evoluir, seja em decorrência das elaborações doutrinárias e jurisprudenciais, seja, sobretudo, em face das novas realidades e necessidades sociais, permitindo repensar o próprio conteúdo dos termos 'interesse' e 'legitimação'. Assim, é evidente que o interesse que anima um cidadão a mover ação popular em defesa de um patrimônio cultural não tem a mesma natureza, nem a mesma finalidade do interesse que leva um proprietário a pedir a desocupação de seu imóvel” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 151).

frente, veio desaguar na elaboração do anteprojeto, que, posteriormente foi sancionado e deu nascimento à LACP, bem como deu ensejo à promulgação do CDC⁶⁵⁶, que se tornou legislação-modelo na América Latina⁶⁵⁷.

De todo o modo, dada a recenticidade da produção doutrinária e legislativa brasileira a respeito dos direitos metaindividuais, é natural que ainda haja alguns questionamentos. Vive-se um tempo de transição para novas categorias processuais, ou, se se quiser, assiste-se ao amadurecimento de uma nova espécie do grande gênero direito processual, qual seja, o processo coletivo. De fato, já se encontram em estágio bastante avançado o processo civil de cunho individual, o processo penal, o processo do trabalho, sendo que, neste momento, o ramo que mais desperta a atenção dos processualistas e que mais necessita de aprimoramento técnico é o processo coletivo.

De início, tentou-se simplesmente aplicar as categorias do processo civil tradicional ao processo coletivo. Todavia, os resultados não foram satisfatórios⁶⁵⁸. Com efeito, o CPC em vigor admite apenas a defesa conjunta de direitos individuais, quando guardem afinidade por questões comuns de fato ou de direito, pelo caminho do litisconsórcio facultativo (art. 46)⁶⁵⁹. Ora, a adoção de tal sistemática é praticamente inviável em se tratando de situações envolvendo direitos metaindividuais, dada a indeterminação ou a pluralidade de titulares, salvo em alguns poucos casos relativos a direitos individuais homogêneos.

Por outro lado, romper-se com o sistema do processo civil tradicional, criando categorias processuais inéditas, fruto da elocubração dos juristas, sem uma fase experimental prévia, parece temerário. Ao que parece, a solução está no meio-termo. Assim é que se deve, na medida do possível, preservar as regras do direito processual civil em vigor (*de lege lata*), reinterpretando-as, ou então, em último caso, encontrar-se saídas a partir da analogia e dos princípios gerais, mas sem ruptura com os preceitos básicos do sistema. Haverá casos em que a melhor opção será a originalidade, mas acreditamos que em muitas situações é possível um aprimoramento dos institutos já concebidos e em vigor na processualística pátria. Deveras, o que já foi alcançado ao

656 RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

657 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

658 PAULA, Adriano Perácio. *Direito processual do consumo: do processo civil nas relações de consumo*. - Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 5.

659 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

longo de décadas e séculos, fruto da experiência exitosa e de uma doutrina abalizada, deve ser preservado⁶⁶⁰, se isto for possível e adequado à contemporânea realidade social e constitucional. Muitas vezes, no universo jurídico, é mais útil o aperfeiçoamento que a completa inovação⁶⁶¹, especialmente para fins de segurança jurídica.

O devido processo legal é uma garantia cujo conteúdo tem largo espectro. O seu conteúdo deriva em grande parte das variáveis políticas, sociais e econômicas vigentes em determinado contexto histórico⁶⁶². A doutrina da década de 1970 e 1980 ligava o seu conteúdo à ampla defesa, ao contraditório, à publicidade, à lealdade processual, à iniciativa das partes, ao impulso oficial e ao princípio da juiz natural⁶⁶³. Posteriormente, durante as décadas de 1990 e 2000, vários doutrinadores brasileiros e estrangeiros passaram a defender uma maior abrangência do devido processo legal, de modo a abranger, além daqueles princípios, a proibição da produção de provas ilícitas e o dever de fundamentação das decisões judiciais⁶⁶⁴. Nesta década, novos elementos desse princípio foram descobertos, como a isonomia material e a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente, mesmo quando a causa não cuidar de direito do consumidor⁶⁶⁵. É necessário, portanto, realizar um estudo do devido processo legal no âmbito da ACP, para que se consiga definir a abrangência desse princípio nas lides relativas aos direitos e interesses metaindividuais.

O tema ganha destaque quando se tem em vista que o projeto do CPCO não foi aprovado pelo Congresso Nacional. No entanto, o projeto do novo CPC tem ocupado a mídia, por ser apoiado pelo governo e por ter grandes chances de aprovação. No ponto, é importante destacar que não há um capítulo sequer no novo CPC que trate das ações relativas aos direitos metaindividuais. O que existe é a previsão de um incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 895 do projeto⁶⁶⁶). Cuida-se de um excelente

660 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 152.

661 ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro (subsídio históricos para o novo Código Civil brasileiro)*. - 2. ed. aum. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

662 SABO MENDES, Italo Fioravanti. *O duplo grau de jurisdição no processo civil, um exame à luz da Constituição e da instrumentalidade do processo*. - Brasília (DF): Universidade de Brasília (Faculdade de Direito), 2008, p. 252.

663 SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. 2: 18. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1997.

664 ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 149-150.

665 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. - 15. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 979.

666 Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

reforço à racionalização da atividade dos Tribunais⁶⁶⁷, especialmente, no ponto que interessa à presente dissertação, em relação aos direitos individuais homogêneos. Esse dispositivo também colabora para a redução do acervo processual, na medida em que a solução de um caso automaticamente implicará na solução de outras lides com idêntica causa de pedir. Contudo, tal incidente, em nosso entender, não será capaz de resolver os problemas de estatística do Poder Judiciário. Em que pese aparentar-se uma excelente ferramenta para esse desiderato, é insuficiente para resolver a situação.

O grave problema de estatística que assola o Poder Judiciário não será resolvido com reformas processuais ou edição de novos códigos voltados para o processo individual. Acreditamos que a eficiência no Poder Judiciário será alcançada com uma grande reforma administrativa no seio desse Poder, mediante modernização e o recrutamento de quadros com formação em administração e economia para sua gestão⁶⁶⁸. Há também um grande déficit de investimento que precisa ser remediado.

A simples previsão da Tripartição dos Poderes no texto constitucional não é suficiente ao bom funcionamento do Estado. É indispensável que essa divisão se reflita

§1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§2º O ofício ou a petição a que se refere o §1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

667 Eis a pertinente interpretação de Luiz Guilherme Marinoni: “Uma das grandes novidades anunciadas no Projeto é o incidente de resolução de demandas repetitivas, constante dos arts. 895 a 906. Colima-se mediante sua utilização evitar a 'dispersão excessiva da jurisprudência', 'atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário' e promover o andamento mais 'célere' dos processos (Exposição de Motivos).

Rigorosamente, o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui na essência incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante (art. 903), possibilidade de suspensão dos casos análogos (arts. 899 e 944, §3º), de participação da sociedade civil em geral no seu julgamento (art. 901) e de reclamação para a inobservância da autoridade do precedente firmado (art. 906). Sua previsão foi uma das razões pelas quais o Projeto propôs a supressão do incidente de uniformização de jurisprudência.

É bem intencionada sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada. É improvável, contudo, que consiga atenuar a carga de trabalho da jurisdição. A simplificação do procedimento para julgamento das demandas repetitivas não implica desaparecimento das causas das estatísticas do Judiciário, nem tem o condão de evitar, em regra, o ajuizamento de demandas para obtenção da tutela do direito pelos interessados. Para promover esses objetivos em especial, talvez fosse o caso de insistir no aperfeiçoamento do nosso sistema de tutela coletiva de direitos – na linha das class actions estadunidenses, cujos resultados nessa direção contam com o sólido testemunha da história a seu favor.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 177-178).

668 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 122.

no mundo real, sob pena de erosão da força normativa da Constituição. Com efeito, é preciso que no mundo real os Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) sejam munidos de instrumentos que lhes possibilitem cumprir com suas funções típicas, atendendo aos anseios do povo, titular do poder (art.1º da CRFB). No caso brasileiro, pequena parcela do orçamento é destinada ao Poder Judiciário. Contudo, as atribuições deste Poder não perdem em volume para os outros dois Poderes, especialmente levando-se em conta o crescimento demográfico, e o fenômeno da universalização e democratização do acesso ao Judiciário, fruto da vigente CRFB, a exemplo dos Juizados Especiais e da ACP. Nesse contexto, o Poder Judiciário brasileiro, apesar de contar com um corpo bastante competente e comprometido com o exercício funcional, não tem, ainda, excelentes condições estruturais para atender plenamente à demanda jurisdicional, especialmente em virtude do orçamento que lhe é destinado. Daí porque a população, desinformada a respeito deste fato, culpa os Magistrados pela demora na tramitação processual e pelo não atendimento de suas expectativas. É preciso mudança nesse quadro. Em termos concretos, é preciso um número bem superior de servidores em relação ao quantitativo existente, assim como o recrutamento de quadros mais qualificados para o auxílio nos serviços cartorários. A informatização de todos os setores⁶⁶⁹, também, é medida de ordem, ao lado da construção de novos Fóruns.

Há necessidade, portanto, e com urgência, de uma reformulação da repartição de receitas, a fim de que o Poder Judiciário brasileiro, alimentado financeiramente com recursos suficientes à sua demanda, possa atender plenamente às expectativas da população, e contribuir para o crescimento do Estado, em atendimento ao princípio da eficiência. Sim, porque um Poder Judiciário bem estruturado, significa maior celeridade na tramitação processual, humanização da Justiça e credibilidade do Estado em relação a investidores⁶⁷⁰.

Existe na vigente CRFB uma aparente contradição, porque garantiu o acesso universal ao Poder Judiciário, mas não dotou esse poder de estrutura apta a garantir a resolução expedita dos conflitos. Ou seja, incentivou a judicialização dos conflitos, mas não previu melhor estrutura em favor do Poder Judiciário para a boa solução desses litígios em tempo razoável. O fruto dessa omissão é a crise em que vive hoje o Poder Judiciário. Tal o contexto, não se pode ter a ilusão de que o aprimoramento da técnica

669 NUNES, Elpídio Donizetti. *Novo CPC só terá êxito se alterados serviços judiciários*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, Ano XII, nº 75. - São Paulo: IOB, 2012, p. 109.

670 TUSHNET, Mark. *Domestic Constitutionalism and International Law*. In: *Revista de Direito Público*, Ano VIII, nº 35. - São Paulo: IOB, 2010, p. 167.

processual, através da edição de um novo Código de Processo Civil, será capaz de resolver todos os problemas de que padece o Poder Judiciário. A crise numérica de processos identificada até o momento não foi debelada com a recente edição de leis processuais, como a de nº 11.232/05. Ao que parece, a edição de novas leis, sobretudo quando minuciosas, implica o surgimento de novas dúvidas e controvérsias em relação à interpretação dos seus comandos, sobrecarregando ainda mais os Tribunais com os questionamentos judiciais. Na linha do que assevera Mancuso⁶⁷¹, a *nomocracia* não consegue acabar com as deficiências e carências do sistema.

O Estado-Administração também é outro fator que colabora para o incremento da estatística processual. Além de muitas vezes defender teses carentes de fundamentação jurídica, dispõe de diversos privilégios na relação processual, sobretudo na fase de execução, que prejudicam a celeridade almejada. Como destaca Leonardo José Carneiro da Cunha⁶⁷², não há expropriação na execução intentada contra a Fazenda Pública, de modo que o pagamento deve submeter-se à regra do precatório ou eventualmente à regra da Requisição de Pequeno Valor – RPV. Há necessidade urgente, portanto, de uma reforma orçamentária em favor do Poder Judiciário, assim como uma reforma de ordem administrativa, para que as ações envolvendo o Estado tenham trâmite mais célere.

Essa crise numérica também será debelada, se a par dessa reforma orçamentária, ocorrer uma reforma administrativa. Há necessidade de criação de órgãos especializados dentro do Judiciário⁶⁷³, para o julgamento dos novos conflitos. Assim é que se revela imperiosa a instalação de Varas e Turmas com competência para o julgamento de processos coletivos. Tal medida resultará em uma apreciação mais célere e mais eficiente dessas lides, evitando que milhares de ações individuais sejam propostas perante outros órgãos, com o mesmo desiderato.

Além disso, essas alterações legislativas devem vir acompanhadas da edição de uma legislação processual mais aprimorada no que tange ao processo coletivo⁶⁷⁴.

671 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

672 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Dialética, 2007, p. 233.

673 FARIAS, Jéferson Albuquerque. *Garantia de acesso à justiça*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil, Ano XII – nº 77*. - São Paulo: IOB, 2012, p. 59.

674 ALMEIDA, Gregório Assegra de. *Direito processual coletivo: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85.

Com efeito, a importância do objeto do presente estudo reside também no fato de que é fundamental para a solução da crise numérica de que padece o Poder Judiciário, que o processo coletivo ganhe um lugar de destaque no cenário jurídico nacional, mediante a elaboração de uma legislação robusta sobre o tema. Não obstante essa necessidade, que reputamos premente, o projeto de lei relativo à nova Lei de Ação Civil Pública (que, inicialmente fora denominada projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos – CBPCo, mas depois de apresentado ao Poder Executivo, foi rebatizado projeto de lei - PL nº 5.139/2009, que trata da nova Lei de Ação Civil Pública) ainda não foi aprovado.

Malgrado os reclamos da doutrina sobre a necessidade e a utilidade de uma legislação de tal envergadura⁶⁷⁵, o Parlamento não foi sensível a esse apelo. Ao que parece, uma legislação que ofereça melhores instrumentos para a tutela dos interesses e direitos metaindividuais ainda não se afigura relevante aos representantes do Poder Legislativo.

Apesar desse fato, entendemos que muitos dos dispositivos constantes do projeto da nova Lei de Ação Civil Pública podem ser objeto de análise no âmbito desta dissertação. Isto porque são fruto da elaboração de grandes doutrinadores do direito processual coletivo, afinados com a doutrina internacional mais moderna sobre o tema. Pontos importantes do processo coletivo, como a legitimidade, a possibilidade de modulação do procedimento pelo juiz⁶⁷⁶, a coisa julgada e o regime de prova foram ali tratados, e merecem a nossa atenção. Além disso, o Poder Executivo objetiva, com a aprovação do PL relativo à nova Lei de Ação Civil Pública, introduzir um Sistema Processos Coletivos, com a revogação de vários dispositivos que tratam hoje do assunto, mas que constam de legislação esparsa⁶⁷⁷.

675 RUGGERI RÉ, Aluísio Nunes. *O processo civil coletivo e sua efetividade*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 69.

676 BRUNIERI, Wendel Fernando. *Possibilidade de modulação do procedimento pelo juiz na nova Lei de Ação Civil Pública (artigo 10, §1º, do Projeto de Lei nº 5.139/2009)*. In: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Ano XI, Nº 64*. - São Paulo: IOB, 2010, p. 53.

677 Eis um excerto da exposição de motivos da nova Lei de Ação Civil Pública: “7. Dentre as inúmeras inovações do anteprojeto, destacam-se:

- a) estabelecimento de princípios e institutos próprios indicando ser uma disciplina processual autônoma;
- b) ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela Ação Civil Pública;
- c) aumento do rol de legitimados, englobando a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos, que passam a atuar na defesa dos direitos coletivos;
- d) participação de todos os interessados, inclusive da sociedade civil, para decidir sobre a destinação dos valores originários das ações coletivas, especialmente em se tratando de violação aos direitos difusos, possibilitando resultado mais efetivo para populações ou locais atingidos por danos coletivos;

No entanto, o projeto do novo CPC não trata em capítulo próprio das condições da ação, apenas estipula que o processo será extinto sem julgamento de mérito, se a parte for ilegítima ou não tiver interesse processual⁶⁷⁸ (art. 301, X, do CPC). Como demonstrado no capítulo III desta dissertação, tal orientação não atendeu aos reclamos da moderna doutrina, que segue no sentido de que a extinção do processo, por ilegitimidade e por ausência de interesse, enquadram-se em hipóteses de extinção do processo com julgamento de mérito⁶⁷⁹.

e) criação de dois cadastros nacionais, um para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com Ações Cíveis Públicas ajuizadas, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça;

f) modificação da regra de competência para reparação de dano coletivo que atinja a várias partes do país, possibilitando o ajuizamento da Ação Civil Pública em qualquer juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal;

g) tratamento diferenciado dos institutos de conexão, continência e litispendência, visando a assegurar de maneira mais ampla a reunião de processos e a evitar a proliferação de demandas e a divergência entre julgamentos;

h) disciplina do ônus da prova, voltada à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade;

i) em termos de coisa julgada foi seguida a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ela ser ampla, independentemente da competência territorial do órgão julgador;

j) aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, mediante acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário;

k) proposição de aperfeiçoamento da execução coletiva; e

l) consolidação do sistema jurídico coletivo, mediante revogação de dispositivos de várias leis dispersas, tais como o Código do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Lei 8.884/94).

678 A propósito, leia-se a crítica de Luiz Guilherme Marinoni ao texto do projeto: “O art. 467 do Projeto repete, basicamente, o art. 267 do Código vigente. Duas diferenças a observar: primeiro, excluiu-se a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação e, dentro da conhecida orientação teórica, dos casos em que há extinção do processo sem resolução do mérito. A resolução da causa por impossibilidade jurídica do pedido dá azo, pelo Projeto, à resolução do mérito. Segundo, instituiu-se a possibilidade de o juiz, interposta a apelação, retratar-se no prazo de quarenta e oito horas (art. 467, §5º).

O ideal é que também a legitimidade para agir e o interesse processual fossem retirados do âmbito dos casos em que não há resolução de mérito. Nada obstante a teoria da asserção resolva em parte o problema, ao permitir a construção de que a efetiva verificação da ilegitimidade para a causa e da ausência de interesse procedusla redundem em decisões de mérito, o mais adequado está em desde logo reconhecer-se o fato de que estas categorias pertencem à situação jurídica material deduzida em juízo. Como durante muito tempo se discutiu este tema e o Código vigente veio, por assim dizer, para pacificá-lo, não basta a simples supressão do inciso VI do art. 467. O mais conveniente é que se explicita no art. 469 que o exame da legitimidade para a causa e do interesse processual implicam resolução do mérito e verdadeira improcedência do pedido” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 126-127).

679 A lição doutrinária de Arruda Alvim, quanto à produção de coisa de julgada material, relativamente à sentença que reconhece a ilegitimidade, é precisa: “Esta solução, diante dos inconvenientes trazidos por uma interpretação literal e mecânica do art. 268, parece ser a melhor; e, em rigor, uma construção pretoriana altamente saudável. Porque, quando se decide que, v.g., o autor não é parte legítima, no fundo está se decidindo que o direito pleiteado a esse autor não diz respeito; que, ele, autor, não é o titular do direito postulado. E, nessa medida, justamente porque há eficácia fora do

A produção doutrinária a respeito da tutela dos interesses e dos direitos metaindividuais, portanto, faz-se muito relevante para auxiliar os tribunais na tarefa de julgar as lides envolvendo direitos metaindividuais. Como demonstrado nos capítulos precedentes, há necessidade de atualização da LACP, tendo em vista a grande evolução do direito material, assim como para que o Poder Judiciário seja mais eficiente na tutela dos direitos metaindividuais.

Desse modo, nos próximos itens será feito um estudo das condições da ação vigente no processo civil brasileiro: da possibilidade jurídica do pedido, do interesse de agir e da legitimidade ativa e passiva do processo coletivo, esquadrinhando-se as subcategorias e as possibilidades de aprimoramento, à luz da moderna doutrina e contemporânea legislação, nacional e estrangeira, sobre o tema.

2 Histórico evolutivo do conceito de ação

Antes de delimitarmos o atual conceito de ação, é imprescindível uma análise histórica do instituto, a fim de angariarmos subsídios para essa tarefa. Trata-se de relevante atividade, sobretudo porque essa retrospectiva ensejará a própria análise das razões que motivaram o surgimento do direito processual.

Várias teorias se sucederam no tempo, com o escopo de explicar o direito de ação. Não é pretensão desta dissertação a análise pormenorizada de todas as teorias a respeito da natureza do direito ação. Limitar-nos-emos a expor, sumariamente, as principais teorias, assim como as principais razões que as impulsionaram.

Inicialmente, convém destacar que a primeira tentativa de sistematização do conceito de ação processual, corresponde à teoria imanentista ou privatista, ou ainda clássica, do direito de ação. Essa teoria não trata o direito de ação como autônomo ao direito material. Ao revés, para os defensores dessa teoria, cujo autor foi Savigny, o direito de ação seria a própria reação do direito a uma violação ou então uma qualidade

processo, isto se enquadra no âmbito da coisa julgada material. Do contrário, mercê de entendimento literal e estribado numa lógica 'pobre' seria possível intentar diversas e sucessivas ações, em que juízes reconheceriam a ilegitimidade, até, eventualmente, encontrar o que a pudesse admitir. O único freio a isto seria reconhecer que, a partir da segunda ou terceira vez, estaria havendo abuso do direito de demandar." (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. - 15. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 424).

de todo direito⁶⁸⁰. A ação “processual” corresponderia ao direito de perseguir em juízo que é devido pelo obrigado. Para Cândido Dinamarco, essa fase do direito processual corresponde a um período de sincretismo, em que os conhecimentos relativos ao processo eram puramente empíricos, sem que existissem conceitos próprios, princípios ou métodos⁶⁸¹. A doutrina fornece interessante exemplo dessa teoria na cobrança de um crédito⁶⁸². Trata-se de uma concepção privatística do direito de ação⁶⁸³, uma herança do direito romano⁶⁸⁴. Ela encontrou acolhida no Código Civil de 1916⁶⁸⁵. A crítica que se faz essa teoria reside na circunstância de que há uma indevida confusão entre dois planos distintos, quais sejam, a pretensão de tutela jurídica estatal e o direito material. Assim, não consegue explicar os casos em que a pessoa move uma ação, sem ter o seu direito reconhecido pela sentença⁶⁸⁶.

Em meados do século XIX surgiu uma outra teoria, fruto de uma erudita contenda doutrinária estabelecida entre os romanistas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther a respeito do desenvolvimento da *actio* romana. As razões apresentadas

680 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23 ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, p. 266.

681 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. - 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 260.

682 “Em outras palavras, para a teoria imanentista a ação nada mais era do que uma manifestação do direito material, ou seja, era forma como se manifestava o direito material após sofrer uma lesão.

Tal conceito será melhor compreendido com o seguinte exemplo: um Fulano celebra contrato de mútuo com um Beltrano, emprestando a este uma certa quantia em dinheiro. Vencida a dívida sem que o devedor tenha adimplido sua obrigação, o direito de crédito do Fulano sofreu uma lesão. Tal direito subjetivo irá, então, a juízo em busca de defesa, manifestando-se a partir de então como direito de ação” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. I. 15 ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 118).

683 DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil, volume I: proceso de conhecimento*. - 15 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124.

684 Juan Iglesias destaca que, para os romanos, a *actio* é a sombra ou consequência direito material: “II. *Actio*. - A palavra *actio* é empregada pelos romanos num duplo sentido:

a) Em sentido formal, isto é, como instrumento que abre portas ao processo. Trata-se de um ato das partes dirigido a lograr a tutela jurisdicional.

b) Em sentido material, isto é, como reclamação de um direito – de um direito civil obrigatório. *Actio* se traduz aqui pelo que os modernos chamam de 'pretensão'.

Falta em Roma um conceito unitário de denúncia, ação ou 'reclamação'. Do lado formal, não há uma *actio*, senão particulares *actiones* com nomes diversos. Cada direito se encontra tutelado por uma *actio*, e, em qualquer caso, não há pretensão com acesso aos tribunais que dela não tenha sido concedida uma ação.

No âmbito do *ius civile* e *actio*, no sentido de pretensão – enunciada na *intentio* da *legis actio* ou da *formula* -, é a sombra ou consequência do direito substancial. No campo pretório, o direito é o reflexo da *actio*, mas isso não excluiu que fosse sempre sentido como algo preexistente ao processo: da existência da *actio* se infere a existência da posição jurídica (pretória) que encarna” (IGLESIAS, Juan. *Direito romano; atualizada por Juan Iglesias Redondo; tradução de Cláudia de Miranda Avena*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. - (Coleção direito europeu; v. 2/ coordenação Antonio Garcia-Pablos de Molina, Cláudia de Miranda Avena, p. 264).

685 Art. 75 do CC/1916: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

686 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume I*. - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 94.

pelos contedores tiveram o condão de formar o alicerce do direito processual moderno⁶⁸⁷. Daí a sua importância. Cândido Dinamarco, por exemplo, afirma que foi a partir desse período que ocorreu o nascimento de uma verdadeira ciência do processo civil, correspondendo a um fase que batizou de “autonomista ou conceitual”, prehe de conceitos e também de estruturas bem ordenadas. É nesta fase que se reconhece a distinção entre o objeto das normas de direito material e o das normas de direito processual, que não tutelam bens da vida, mas os fenômenos inerentes ao processo (jurisdição, ação, defesa e processo). Contudo, Cândido Dinamarco destaca que as teorias correspondentes a esse período foram todas apegadas ao tecnicismo, sem comprometimento com um processo civil de resultados justos, o que só viria a ocorrer no período “teleológico ou instrumentalista”⁶⁸⁸. Não obstante, entendemos que essas teorias guardam o mérito de inaugurarem a autonomia do direito processual em relação ao direito material.

Com efeito, Muther, ao expor sua teoria, sustentou a distinção entre o direito material e o direito de ação. Isto porque, conforme sua afirmação, a ação consiste no direito à tutela do Estado, competindo a quem sofre uma lesão em seu direito. O direito de ação é exercido contra o Estado, invocando-se a sua tutela jurisdicional. Trata-se, portanto, na visão de Muther, de um direito público subjetivo, distinto do direito que se visa proteger, mas tendo por pressuposto a existência desse direito e a sua violação⁶⁸⁹.

687 A origem da formação da moderna doutrina geral do processo foi bem descrita por Chiovenda, nos seguintes termos: “Foi, de um lado, a renovação dos estudos do direito público, determinada por causas de ordem histórica, cultural, política (aidnate, n° 32), no princípio do século XIX, e que induziu os pesquisadores a considerar o processo como campo de uma função e de uma atividade estatal, no qual prevalece e domina a pessoa dos órgãos jurisdicionais e a finalidade da atuação, não tanto dos direitos dos indivíduos, *quanto da vontade da lei*. Foi, de outro lado, a renovação, ocorrente no mesmo período, dos estudos do direito romano, que assinalou entre seus mais importantes episódios o trabalho de WINDISCHEID sobre a *actio romana* (1856) e a consequente polêmica sustentada com MUTHER. Esses estudos conduziram a diferenciar nitidamente o direito à prestação em sua *direção pessoal determinada* (*Anspruch = razão ou pretensão*) – que, segundo apuramos, equipara, no limiar do processo, os direitos absolutos e relativos, reais pessoais – do direito de ação, como direito *autônomo*, tendente à realização da lei por via do processo. O reconhecimento dessa autonomia tornou-se completo com ADOLFO WACH, que em seu *Manual* e na monografia fundamental sobre a ação declaratória (*Der Feststellungsanspruch*, 1888) demonstrou que a ação, tanto quando supre a falta de realização que, por lei, se deveria verificar mediante a prestação de um devedor, como, e principalmente, nos numerosíssimos casos em que colima a realização de uma vontade concreta da lei, tal que não deve nem pode realizar-se por outra via a não ser o processo, é um direito que se constitui por si e claramente se distingue do direito do autor tendente à prestação do réu devedor.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1: As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição. Tradução da 2ª edição italiana por J. GUIMARÃES MENEGALE, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. 3. ed., com uma introdução do Prof. Alfredo Buzaid. - São Paulo: Edição Saraiva, 1969, p. 21-22).

688 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. - 6. ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 259.

689 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. - 19. ed. rev.,

Outra conclusão importante é a de que o processo não consiste em um modo de exercício de direitos, mas via pela qual se obtém uma proteção estatal, caracterizada na prestação jurisdicional⁶⁹⁰.

Em 1885, Adolf Wach, demonstrou que uma das características da ação é a sua autonomia. Tal raciocínio foi construído a partir da análise do disposto pela Ordenança Processual Civil (ZPO) alemã de 1877, especificamente o §231 (depois 256, que permitia a formulação de uma pretensão com o escopo de uma simples declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica. A partir dessa perspectiva, conclui que o ingresso em juízo não se resumia à reclamação ou a defesa do que se entendia devido. Era possível, destarte, o ingresso em juízo apenas com o objetivo de que o juiz ou tribunal declarasse a inexistência de uma suposta relação jurídica, ou simplesmente que nada era devido por ninguém. Essa conclusão gerou o supedâneo para se afirmar que era possível a formação de uma relação processual, sem que existisse um interesse ou direito material vindicado ou que fosse necessário proteger⁶⁹¹. A ação, na visão de Wach, consiste em um direito autônomo, com fundamento em um interesse ou direito subjetivo material, sendo dirigida contra o Estado e contra a parte ré, objetivando a tutela jurisdicional. Esse tutela jurisdicional, por sua vez, deve consistir em uma sentença favorável, de modo que a existência do direito de ação dependo, não só de um provimento de mérito procedente, mas pressupõe a concorrência das condições da ação e dos pressupostos processuais⁶⁹². Essa construção doutrinária foi batizada com o nome de teoria do “direito concreto da ação”.

Além disso, essa teoria veio reforçar a conclusão alcançada por Oskar Von Bülow, a respeito da existência de uma outra relação jurídica no bojo do processo, que não a de direito material reproduzida na pretensão, consistente em um vínculo entre o autor da ação e o Estado, com objeto (prestação jurisdicional), sujeitos (a inclusão do juiz) e pressupostos (pressupostos processuais) diferentes⁶⁹³.

A teoria do “direito concreto de ação” recebeu a adesão de Giuseppe Chiovenda, que a incrementou, introduzindo no seu conteúdo os denominados “direitos

atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1997, p. 148.

690 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. - 6. ed., rev. E atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 261.

691 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume I*. - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 95.

692 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. - 19. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1997, p. 149.

693 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. - 6. ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 260.

potestativos”. Tanto assim que há quem afirma que ele incrementou uma nova teoria, denominada teoria da ação “como direito potestativo”⁶⁹⁴. Na lição de Chiovenda, esses direitos correspondem a poderes que o titular do direito subjetivo tem de formar direitos, mediante a realização de um ato voluntário, sem necessidade do obrigado cumprir uma obrigação correspondente. A título de exemplo desses direitos, cita o direito que o contratante possui de rescindir a avença, mediante o exercício de denúncia. No plano processual, o direito de ação corresponderia a um direito potestativo, por isso que a manifestação de vontade do titular do direito subjetivo, corporificada na demanda, realiza a condição necessária para a atuação da vontade da lei, no caso concreto, independentemente da vontade do réu⁶⁹⁵. Esse direito de ação, que na visão de Chiovenda é um poder (direito potestativo), é direcionado contra o adversário, não contra o Estado. Assim, o direito de ação propicia a produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito da relação da processual, com ônus para o outro, que nada pode fazer que não render-se a esse efeito, correspondente à tutela jurisdicional. A ação, portanto, é condição para desencadear a jurisdição, isto é, para que ocorra a atuação da vontade da lei.

Essa teoria também foi alvo de críticas, sobretudo pelo fato de que, ao atribuir o direito de ação processual apenas ao titular do direito subjetivo, ou seja, àquele que obtivesse uma prestação jurisdicional favorável em sentido concreto, não conseguia explicar a situação da sentença de improcedência. Isto porque, nesse caso, foi exercida a

694 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. - 19. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 1997, p. 149.

695 Eis as razões apresentadas por Chiovenda, no original: “*Concetto d'azione* – Fra questi diritti potestativi è l'azione.

Le norme giuridiche tendono ad attuarsi. La coazione è inerente all'idea del diritto, non nel senso che per aversi diritto si debba poterlo effettivamente attuare, ma nel senso che esso tende ad attuarsi con tutte le forze che sono *di fatto* a sua disposizione. Essendo il primo oggetto d'un obbligo giuridico l'esecuzione della legge, si dice *eseguire* la legge chi si conforma ai suoi comandi. Ma non tutte le norme che regolano i rapporti dei soggetti giuridici sono eseguite dall'obbligato; nè tutte esse norme sono di natura da potersi eseguire dal singolo. In casi innumerevoli l'attuazione del diritto è quindi operata da organi pubblici. Ma questi organi talora provvedono all'applicazione della legge di loro iniziativa, per dovere d'ufficio, talora vi possono provvedere soltanto su domanda di una parte: in questi ultimi casi l'attuazione della legge dipende da una *condizione*, cioè dalla manifestazione di volontà di un singolo, il quale si dice che há *azione*.

L'azione è il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge.

L'azione è un potere che spetta di fronte all'avversario rispetto a cui si produce l'effetto giuridico della attuazione della legge. L'avversario non è tenuto ad alcuna cosa dinanzi a questo potere: egli è semplicemente soggetto ad esso. L'azione si esaurisce col suo esercizio, senza che l'avversario possa far nulla nè per impedir-la, nè per soddisfar-la. Essa há natura privata o pubblica secondo che la norma di cui produce l'attuazione è privata o pubblica.

L'azione è an bene e un diritto per sè stante.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*. - Napoli (Itália): Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 44-46).

jurisdição, mas sem outorga de proteção ou vantagem alguma ao autor⁶⁹⁶.

Em 1877, o jurista alemão Degenkolb desenvolveu outra teoria a respeito do direito de ação, denominada teoria do direito “abstrato de ação”⁶⁹⁷. Assim é que esse direito, autônomo como na visão de Wach e de Chiovenda, corresponde, agora na visão de Degenkolb, à proteção daqueles que invocam um direito material, independentemente do reconhecimento de qualquer direito subjetivo pelo Estado-juiz⁶⁹⁸.

De acordo com essa teoria, a ação é um direito público subjetivo conferido a todas as pessoas, sem distinção, sendo despiciendo para a sua existência, que se reconheça ao autor a procedência total ou parcial da pretensão deduzida em juízo. Isto porque tanto nos casos de procedência quanto de improcedência, há manifestação do Estado, consistente no exercício da atividade jurisdicional. Desse modo, para fazer jus à prestação jurisdicional, basta ao autor fazer referência a um interesse ou direito, protegido em abstrato pelo direito, competindo ao Estado-juiz sentenciar o feito em que essa pretensão foi formulada. Constitui o direito de ação um direito da personalidade, por via da qual o autor pode compelir o réu a integrar uma relação jurídica processual, fazendo jus a uma tutela jurisdicional.

Há nessa teoria uma distinção entre interesse principal, que corresponderia ao bem da vida, e interesse secundário, consistente em a pessoa obter a intervenção do Estado para a realização dos seus interesses que se encontram tutelados pelo direito⁶⁹⁹. O interesse secundário, portanto, é aquele correspondente à finalidade de remoção dos óbices opostos ao interesse principal (incerteza ou inobservância da norma aplicável ao caso concreto), mediante a aplicação das normas processuais. Esse interesse secundário consubstancia-se em um direito público, subjetivo, abstrato e geral, pertencente a todos os indivíduos, nacionais e estrangeiros, de invocar a tutela jurisdicional do Estado. É público porque seu objeto consiste em uma prestação positiva do Estado, sendo exercido contra o Estado, e não contra o adversário. Isto porque as atividades das partes, conforme entendem os defensores dessa teoria, não repercutem diretamente uma sobre a outra, mas indiretamente.

Há, porém, críticas. Carnelutti, por exemplo, sustenta que os defensores dessa

696 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 97.

697 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vól. 1: 19. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1997, p. 150.

698 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vól. 1. - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 98.

699 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vól. 1. - 19. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1997, p. 151.

teoria confundem direito de ação com mera possibilidade de agir em juízo⁷⁰⁰. Conforme seu entendimento, o direito de agir em juízo decorre da assunção pelo Estado do poder de dizer o direito, proibindo a autotutela. De conseguinte, para haver direito de ação, não de estar presentes condições autorizadoras de seu exercício (pressupostos processuais e condições da ação). Sustenta-se que o exercício indiscriminado do direito de ação corresponde, em verdade, ao direito de petição.

Com supedâneo nesses argumentos, foi construída a chamada teoria eclética da ação. O autor dessa teoria foi Liebman⁷⁰¹, que sustentou guardar o direito de ação correspondência com a jurisdição. De conseguinte, o direito de ação nada mais é do que direito à jurisdição. A ação é concretizada pela demanda processual, sendo certo que

700 Eis as razões apresentadas por Camelutti: “Esta ação em sentido abstrato, dizem eles, é verdadeiramente um direito, porque está garantida pela responsabilidade civil e penal na qual o juiz incorreria se recusasse injustamente um ato de ofício; enquanto a ação em sentido concreto não é um direito, porque não se pode prever *a priori* se o juiz dará a razão a quem tem, e porque, se a sentença injusta passa como coisa julgada, o chamado direito de ação em sentido concreto permanecerá perpetuamente insatisfeito sem a possibilidade de remédio, o que demonstra que não é um direito.”

Este raciocínio baseia-se sobre uma séria de equívocos. Antes de tudo, a sentença passada como coisa julgada, não pode ser nunca juridicamente injusta, porque a mesma, por definição, '*facit ius*'. Para ver se um direito existe ou não, não existe outro termo de comparação além da sentença do juiz, e quando esta nega a existência da ação, quer dizer que a ação (em sentido concreto) não tem existido nunca, nem já é possível, na falta de todo outro termo de referência, manter o contrário. O caráter de falta de certeza que tem a ação enquanto o juiz não se pronunciou em mérito, é o mesmo fenômeno que se verifica quanto a todos os direitos, dos quais ninguém pode com certeza afirmar que existam, enquanto não tenha intervindo, para declarar oficialmente sua certeza, a sentença do juiz. Por outra parte, este chamado direito abstrato de atuar, entendido como direito do juiz prover sobre a demanda, existe indubitavelmente; mas não tem nada a ver com aquele que os propugnadores das teorias opostas chamam de ação no sentido concreto. Os dois direitos coexistem, não se excluem: o primeiro, como será visto (§46), é pertinente à relação processual e está preordenado à declaração de certeza do segundo; para poder dar a razão a quem a tem, é forçoso aceitar que também quem não tem a razão seja admitido a fazer constatar pelo juiz se tem razão ou não. É necessário não confundir o direito de ação com a mera possibilidade de agir: a ação, como atividade, com a ação como direito.

(...)

Não ação concebida em sentido abstrato, isto é, não já como garantia e instrumento de uma concreta situação e direito substancial, senão como poder correspondente a qualquer *uti civis* que se dirija ao juiz para provocar (talvez sem conteúdo) a jurisdição, não existiria já, como na teoria do direito facultativo, a coordenação de dois interesses bem distintos, o individual e o público, convergentes ao mesmo fim, senão que se teria uma total dissolução do interesse individual no interesse público.

O interesse que movimenta a ação, concebido em sentido abstrato, não deriva, de modo específico e concreto, da posição individual na qual o ator se encontra numa certa relação de direito substancial, em torno da qual possa esperar uma providência favorável para ele, senão que se confunde com aquele interesse genérico e poderia se dizer 'desinteressado' que todo cidadão tem, como tal, no funcionamento da justiça, e que fica igualmente satisfeito qualquer que seja o conteúdo da providência que o juiz emana. Mas isto não seria outra coisa senão o interesse do Estado no mantimento da observância do direito objetivo; não seria um interesse individual convergente com o público, senão que seria precisamente o mesmo interesse público do qual o cidadão que exercita a ação se faz, *uti civis*, momentâneo portador.” (CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Vol. I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. - Campinas (SP): Bookseller, 1999, p. 201).

701 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, I. - 2. ed. - Varese (Itália): Milano Dott. A. Giuffrè Editora, 1968, p. 39.

devem ser preenchidas condições para o exercício da tutela jurisdicional. São elas três condições, conforme inicialmente defendeu Liebman⁷⁰²: interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e *legitimidade ad causam*, sendo que a partir da terceira edição do seu Manual de Direito Processual Civil, editado em 1973, Liebman as reduz para duas, retirando a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação⁷⁰³. Só existirá ação se estiverem presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, ensejando um julgamento de mérito da pretensão deduzida na petição inicial. Cuida-se de uma teoria intermediária entre o “direito concreto de ação” e o “direito abstrato de ação”⁷⁰⁴. Essa doutrina foi recepcionada pela legislador brasileiro, conforme se verifica do disposto nos arts. 267 a 269 do CPC, assim como da Exposição de Motivos do CPC⁷⁰⁵. Para Liebman, deve haver uma distinção entre o direito de ação consagrado na Constituição, que corresponderia, em verdade, ao denominado “direito de petição”, cuja natureza é abstrata e incondicionada, e o “direito processual de ação”, instrumentalmente conexo a uma pretensão e sujeito a pressupostos processuais e condições⁷⁰⁶.

Consolidada a fase autonomista da ciência do direito processual, aperceberam-se os estudiosos de que o seu objeto de estudo não se resumia a conceitualismos, assim como divisaram que o processo não é só técnica de pacificação. Embora essas premissas sejam inoidáveis para o estudioso do processo civil, é bom ter em conta que processo é também método de solução de conflitos repleto de conotações éticas e deontológicas, daí a importância de se atingir escopos metajurídicos⁷⁰⁷ (político, social e jurídico).

702 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, I. - 2. ed. - Varese (Itália): Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 40.

703 WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. - 4. ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

704 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vól. 1. - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 100.

705 Confira-se a passagem em que se explica que a referência a lide no CPC significa julgamento de mérito: “6. Fiel a essa orientação, esforça-se o projeto por aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica.

Haja vista, por exemplo, o vocábulo 'lide'. No Código de Processo Civil vigente ora significa processo (art. 96), ora o mérito da causa (arts. 287, 684, IV, e 687, §2º). O projeto só usa a palavra “lide” para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.” (<http://www.planalto.gov.br/>, em 30.01.2013).

706 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vól. 1 – 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

707 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vól. I. - 6. ed., rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 262.

Doutrinadores de escol, como Mario Cappelletti, defendem, a partir dessa nova percepção do processo, a realização prática do valor acesso à justiça e assim como a instrumentalidade do processo. De conformidade com essa orientação, passou-se a defender a gratuidade judiciário para os reconhecidamente pobres, a criação de órgãos judiciais competentes para julgamento de pequenas causas, tratamento adequado dos interesses e direitos metaindividuais, a concentração de procedimentos, a oralidade, a implementação de métodos alternativos de solução de conflitos e a instituição de procedimentos especiais para determinados tipos de causas⁷⁰⁸.

É dentro dessa perspectiva que se procura encarar, nesta dissertação, a ACP, isto é, como um dos instrumentos do processo civil coletivo, hábil a garantir a eficácia dos direitos metaindividuais. Há, portanto, nessa visão, uma preocupação quanto à obtenção de resultados na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, de modo a que prestação jurisdicional promova pacificação social, além de reforçar a crença da eficácia das normas.

3 Direito de ação

O Estado Moderno trouxe à humanidade novas formas de solução dos conflitos. Vedada a autotutela, salvo em casos excepcionais, compete ao Estado, em regra, a solução dos litígios⁷⁰⁹.

Isto porque, como destacado no primeiro capítulo, é conferido aos particulares, através da autocomposição (mediação e arbitragem), o poder de comporem suas controvérsias, de modo pacífico⁷¹⁰. Cuida-se de método paraestatal de solução dos conflitos⁷¹¹.

Na prática, porém, ainda é muito tímida a solução extrajudicial dos conflitos. O que se verifica, em geral, é uma procura massiva do Poder Judiciário para a solução das

708 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 75-82.

709 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O compromisso do projeto de novo Código de Processo Civil com o processo justo*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 75*. - São Paulo: IOB, 2012, p. 10.

710 JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. - 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 61.

711 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1*. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

lides. Esse ainda é o caminho mais conhecido e mais barato para tanto, afóra a reconhecida qualidade técnica dos quadros do Poder Judiciário, recrutados, no mais das vezes, em concorrido concurso público.

Os conflitos intersubjetivos e também os conflitos envolvendo interesses e direitos metaindividuais têm início no mundo dos fatos. A desobediência aos ditames da norma, mediante o inadimplemento da obrigação, ou o desrespeito ao mandamento constitucional ou legal, ensejam conflitos.

Também a divergência sobre a apropriação e o comércio de bens, ensejam inúmeros conflitos de pretensões⁷¹². Não havendo composição entre os interessados, a solução em geral é dada pelo Poder Judiciário, após o devido processo legal envolvendo as partes ligadas à relação jurídica material controvertida.

Esse direito de provocar o Poder Judiciário, para que solucione determinada lide é o direito de ação que ora se propõe estudar. Cuida-se de instituto jurídico nuclear para a ciência jurídica. Tanto assim que o direito processual⁷¹³ efetivamente surgiu no início do século XX, a partir de estudos sobre o conceito de ação⁷¹⁴.

Trata-se de instituto jurídico de extrema importância para o direito processual⁷¹⁵, ao lado da jurisdição e do processo.

Foram inúmeros os doutrinadores, sobretudo europeus, como alemães e italianos, que se debruçaram sobre o tema, no afã de perscrutar as suas principais características, assim como sua natureza jurídica. Natural, portanto, que se encontre em doutrina diversas correntes, algumas sucessivas no tempo, outras concomitantes; umas compatíveis entre si, outras inconciliáveis. De todo modo, todas elas contribuiram para a formação do alicerce científico de que hoje se dispõe na seara processual.

O tema remanece como um dos institutos jurídicos mais importantes há mais de um século, permitindo-se antever que continuará em voga por muitas décadas. As grandes transformações sociais em curso, a revolução tecnológica a que se assiste, assim

712 JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. - 11. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 60.

713 Dinamarco define-o da seguinte maneira: “Direito processual é o conjunto de princípios e normas destinados a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. - São Paulo: Malheiros Editores, 4ª edição, rev. e atual., 2004, p. 37).

714 DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo* - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 203.

715 Dinamarco conceitua direito de ação nestes termos: “Ação é costumeiramente definida como direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final ou, especificamente no processo de conhecimento, como o poder de exigir a sentença que julgue o mérito da causa ou ainda direito à sentença de mérito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. - São Paulo: Malheiros Editores, 4ª edição, rev. e atual., p. 301).

como a crise quantitativa de lides que assolou o Poder Judiciário, autorizam essa assertiva.

A importância desse estudo, como será visto com pormenor doravante, decorre da circunstância de que a configuração do direito de ação repercute na formação da coisa julgada; também repercute nos tipos de conflito que poderão ser submetidos ao crivo do Poder Judiciário. Mais que esses fatores, a configuração do direito de ação é um excelente termômetro do nível de democracia real em um País, porque o ingresso em juízo também é um das formas de participação no exercício do Poder.

Aliados a esses fatores, existe o fato de que o estudo da ação abrange todas as categorias subordinadas a esse instituto, quais sejam: as partes, o pedido, a causa de pedir e as condições da ação. Essas categorias, por sua vez, desdobram-se em inúmeras subcategorias, que são alvo de variados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito. Logo, cuida-se de tarefa árdua, porém profícua, a análise desse instituto e de suas respectivas categorias e subcategorias.

Esse estudo, portanto, é extremamente relevante para a teoria da ACP, na medida em que esta pertence a um dos novos ramos da grande árvore do direito processual, qual seja, o direito processual coletivo. O estudo da ação, inicialmente sob a perspectiva do processo individual e, posteriormente, na ótica do processo coletivo, é fundamental para a solução ótima de questões como a coisa julgada na ACP, os pressupostos processuais e as condições da ACP, o efeito do exame dessas condições em relação ao mérito da lide, a efetividade das tutelas mandamental e inibitória, assim como a participação em juízo de protagonistas sociais não relacionados no rol legal, tanto no pólo ativo como no pólo passivo da relação processual, desde que em favor de interesses e direitos metaindividuais.

O direito de ação no Brasil encontra guarida no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988. Cuida-se de garantia constitucional consistente no acesso ao Poder Judiciário. Essa garantia não foi inaugurada pela Constituição vigente. De fato, na Constituição de 1946 restou garantido o acesso ao Poder Judiciário, porém apenas em caso de lesão a direito individual⁷¹⁶; a Constituição de 1967 também garantiu o acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão a direito individual, permitindo, contudo, que o ingresso em juízo, em determinadas causas relacionadas em legislação infraconstitucional, fosse condicionado

716 Art. 141. (...)

§4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

ao exaurimento das vias administrativas⁷¹⁷; essa disposição foi mantida pela Emenda n. 1 de 1969. Como se percebe, essa garantia ganhou maior amplitude na CRFB/1988.

Com efeito, o art. 5º, XXXV, permite expressamente o controle judicial não só de lesão a direito, mas também de ameaça a direito. Há também a possibilidade de proteção não só de direitos individuais, mas também de direitos metaindividuais, em virtude de uma interpretação conjugada desse dispositivo constitucional com os artigos 127 e 129 da CRFB/1988. Além disso, no art. 5º, XXXV, não se condicionou o questionamento de atos administrativos ao exaurimento da instância administrativa.

Em virtude dessa amplitude, sustentou-se, logo após promulgação da CRFB/1988, que tal norma constitucional garantiria o acesso ao Poder Judiciário de modo universal, de sorte que toda e qualquer demanda deveria ser analisada pelo Estado-juiz. No entanto, essa interpretação não vingou. A doutrina e a jurisprudência elaboradas após a promulgação da CRFB/1988 cuidaram de certificar a constitucionalidade dos pressupostos processuais e das condições da ação, como requisitos para a análise do mérito da pretensão⁷¹⁸, à semelhança que se fizera perante a CRFB/1969⁷¹⁹. Alguns doutrinadores mais argutos, logo após a CRFB/1988, embora

717 Art. 153. (...)

§4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

718 A título de ilustração dessa assertiva, confira-se a seguinte ementa de acórdão proferido pelo colendo Supremo Tribunal Federal:

I. RE: prequestionamento: falta suprida por embargos de declaração, ainda quando sobre o ponto não se haja manifestado a decisão que os rejeitou: Súmula 356 (cf. RE 210638, 22.04.98, Pertence, Inf. 107; RE 219934, Pl., Gallotti, 14.06.00).

II. RE: processo trabalhista: prequestionamento. Quando o acórdão objeto do RE tenha sido proferido no recurso de revista, exige a jurisprudência do Tribunal que o questionamento da matéria constitucional já esteja presente na interposição daquele recurso trabalhista; é orientação inaplicável à hipótese de decisão de segundo grau, que, de ofício, extingue o processo sem julgamento de mérito por ausência de pressupostos processuais ou de condições de ação (C.Pr.Civ., art. 267, IV, V e VI, e § 3º), caso em que os embargos de declaração constituem a primeira oportunidade para agitar a questão constitucional.

III. Garantia da jurisdição: alcance. O art. 5º, XXXV, assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende - é um truísmo - de presença dos pressupostos do processo e das condições de ação, de regra, disciplinados pelo direito ordinário.

IV. Garantia do contraditório e da coisa julgada. Não configura cerceamento de defesa o julgamento contrário à parte litigante da questão que - conforme a inteligência dada à lei processual ordinária - o Tribunal possa decidir de ofício; pela mesma razão, contra uma decisão que, malgrado não objeto do recurso, no ponto, nele mesmo pode ser revista de ofício, é manifesta a impossibilidade de invocar-se a preclusão e, muito menos, a proteção constitucional da coisa julgada. (RE 273791, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 15/08/2000, DJ 15-09-2000 PP-00133 EMENT VOL-02004-05 PP-01157).

719 Eis a lição de Moacyr Amaral Santos, nos idos de 1978: “Ora, o direito de agir, o direito de ação,

reconhecendo a plena eficácia do art. 5º, XXXV, cuidaram de asseverar a natureza processual do direito de ação, por isso que não obstante a dicção do texto constitucional, o ingresso em juízo continuava subordinado à presença dos pressupostos processuais e das condições da ação⁷²⁰.

Essa garantia não se dirige apenas ao jurisdicionado e ao Estado-juiz, mas sobretudo ao legislador, impedindo-o de produzir legislação infraconstitucional que impeça o ingresso em juízo de determinadas causas ou partes⁷²¹. Assim é que no Estado Democrático o povo é o titular do poder e por isso participa do exercício do poder, não só elegendo os seus representantes, mas também através da participação ativa em juízo, como ocorre com as ações populares e também com mandados de segurança.

A adoção do regime democrático por um Estado implica na abertura do Poder Judiciário a todos, ricos ou pobres⁷²², de modo que qualquer um pode ingressar em juízo, formulando uma ou mais pretensões, cabendo ao Estado manifestar-se a respeito dessa demanda. Se não fosse facilitado o ingresso em juízo dos pobres, com a

se converteria em abuso se, desde que exercido, tivesse o poder de exigir do Estado a realização dos atos processuais destinados a uma sentença de mérito, ainda quando desde logo, mas sempre antes dessa sentença, se possa prever a carência daquele direito, a ilegitimidade do seu exercício. Por isso, o direito de ação se subordina a certas condições, em falta das quais, de qualquer delas, quem o exercita será declarado carecedor dele, dispensado o órgão jurisdicional de decidir do mérito de sua pretensão.

Condições da ação, pois, são requisitos que esta deve preencher para que se profira uma decisão de mérito.” (SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo código de processo civil*. - Vol. 1, 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 1978, p. 142).

720 Essa distinção foi estabelecida por Vicente Greco Filho nos idos de 1990: “O direito de ação é dividido em dois planos: o plano do direito constitucional e o plano processual, tendo o primeiro um maior grau de generalidade. Sob esse aspecto, o direito de ação é amplo, genérico e incondicionado, salvo as restrições constantes da própria Constituição Federal. Sua definição encontra-se no já referido art. 5º, XXV: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.

Já o chamado direito processual de ação não é incondicionado e genérico, mas conexo a uma pretensão, com certos liames com ela. O direito de ação não existe para satisfazer a si mesmo, mas para fazer atuar toda a ordem jurídica, de modo que o seu exercício é condicionado a determinados requisitos, ligados à pretensão, chamados *condições da ação*.

Convém esclarecer, contudo, que não há dois direitos de ação, um constitucional e um processual; o direito de ação é sempre processual, pois é por meio do processo que ele se exerce. O que existe é a garantia constitucional genérica do direito de ação, a fim de que a lei não obstrua o caminho ao Judiciário na correção das lesões de direitos, porém o seu exercício é sempre procesual e conexo a uma pretensão.” (p. 76).

721 A observação de Rodolfo de Camargo Mancuso sobre o tema é precisa: “Numa abordagem ponderada e aderente à realidade judiciária nacional, cabe, desde logo, reconhecer que aquele enunciado é precipuamente endereçado *ao legislador*, antes que ao jurisdicionado, pela boa razão de que este último não tem controle sobre a criação de norma legal futura que pudesse porventura excluir da apreciação judicial algum histórico de direito lesado ou ameaçado. No que toca ao âmbito processual, o dispositivo em questão tem em mira a lei ordinária federal (dada a competência da União nessa matéria – CF/1988, art. 22, I), ficando o legislador avisado para não produzir texto legal que implique em excluir da *apreciação* (sic) judicial lesões ou ameaças a direito.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 194).

722 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, 1. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 87.

implantação da defensoria pública e o regime da gratuidade judiciária, a garantia do acesso à justiça não passaria de uma falácia, constituindo mera declaração de direito. É direito de todos, não apenas dos mais abastados, a efetividade das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais, sobretudo o de acesso ao Poder Judiciário.

A participação em juízo é fator relevante para a reconstrução do sentido das normas, seja de índole constitucional ou infraconstitucional⁷²³. Isto porque, depois que entrar em vigor, a norma, via de regra, incide a todo instante. É natural que na dinâmica dos fatos surjam questionamentos sobre a interpretação de determinados dispositivos dessa norma. Essa interpretação, quem a dá em uma última instância, com o peso da definitividade, é o Poder Judiciário. Logo se verifica, portanto, que é possível uma alteração de interpretação do texto legal entre a sua entrada em vigor e algum momento posterior. Ora, sendo o povo o titular do Poder, deve ser dada a ele toda a chance de participação nesse processo, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Certo que se isso não ocorrer, a participação popular ficará restrita ao momento de elaboração da norma. Não por acaso consta, de modo expresso, no projeto do novo CPC (artigos 1º, 5º e 6º⁷²⁴) disposições a respeito da participação democrática no processo, a cooperação e a observância aos preceitos constitucionais.

723 Luiz Guilherme Marinoni fez uma excelente abordagem do tema, ao apreciar o projeto do novo CPC: “Não há Estado Constitucional, que é Estado Democrático, sem direito à participação no processo.

Durante muito tempo se imaginou que a garantia da democracia na jurisdição estava em que os juízes só poderiam declarar a “*volontà concreta della legge*”, pressupondo-se à base a sua devida votação pelo Parlamento, formado a partir de uma democracia representativa em uma sociedade homogênea. Havia a proibição de decisão *'par voie de disposition générale et réglementaire'*.

Ocorre que deste tempo só existem lembranças da consecução daquilo que hoje se considera um mito. A necessidade de maior participação das partes na condução do processo e na formação do convencimento judicial decorre da óbvia circunstância de o legislador – ou de qualquer outra autoridade incumbida de expressar em larga medida o Direito – o oferecer apenas textos normativos ao juízo. A democracia representativa fica a meio caminho. Não basta influenciar no momento da promulgação do texto. Como texto e norma não se confundem, a democracia do Estado Constitucional só se faz plena com a possibilidade de as partes influenciarem a reconstrução do sentido normativo dos textos jurídicos e do Direito não legislado no processo. Trata-se de acrescentar à dimensão representativo-legislativa da democracia a sua dimensão participativo-jurisdicional, cuja ideia mais bem acabada se encontra hoje consubstanciada no direito fundamental ao contraditório” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 19).

724 Art. 1.º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 5.º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 6.º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. (p. 228)

O direito de ação é um direito público subjetivo do indivíduo, que corresponde a um poder-dever do Estado de exercer a jurisdição⁷²⁵. É público, porque exercido em face do Estado. É um direito subjetivo, porque se trata de uma prerrogativa do indivíduo, um direito potestativo, ou seja, que não está sujeito à aquiescência da parte contrária ou de quem quer que seja, de acionar a jurisdição⁷²⁶. Tal configuração, como bem observa Humberto Theodoro Júnior, decorre do monopólio estatal da jurisdição⁷²⁷.

Doutrina mais moderna tem asseverado que a garantia relacionada no art. 5º, XXXV, da CRFB, garante o acesso da parte não apenas ao Poder Judiciário, mas a um processo justo. Tal processo corresponde a uma relação jurídica processual repleta de todas as garantias constitucionais e de todos os direitos fundamentais processuais⁷²⁸. Portanto, seria um processo visto sob a perspectiva constitucional, incorporando todo a moderna abordagem do sistema de tutela dos direitos⁷²⁹.

Há também doutrina no sentido que o direito de ação garante o acesso do indivíduo à ordem jurídica justa⁷³⁰. Essa promessa constitucional realiza-se na concretização do trinômio qualidade-tempestividade-efetividade. A qualidade decorre da sentença intrinsecamente justa, fundamentada nas mais abalizadas doutrina e jurisprudência, assim como em um conjunto probatório que se aproxime da verdade real. A tempestividade está vinculada à razoável duração do processo à justa distribuição do tempo no processo. É inequívoco que os efeitos deletérios da inércia processual recaem com maior intensidade sobre a parte hipossuficiente, podendo ser

725 DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. - 10ª ed., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 21.

726 Rodolfo de Camargo Mancuso critica essa concepção do direito de ação, porque favorece uma percepção adversarial do processo, o que, em última instância, acaba por acentuar a crise numérica de processos que assola o Judiciário. Em sua percepção, a justiça estatal somente pode ser reservada para casos complexos, por isso que propõe uma releitura do interesse de agir: “Presente esse contexto, e numa exegese sistemática e teleológica dos textos trazidos à realidade judiciária contemporânea, é justo que se promova um *enriquecimento conceitual* do interesse de agir, agregando-se-lhe a exigência do prévio esgotamento de outros meios auto e heterocompositivos, à exceção, naturalmente, dos casos e situações envolvendo crise jurídica especialmente complexa, ou cujas peculiaridades reclamem necessária *passagem judiciária* da controvérsia, tais uma ação rescisória, uma ação no controle direto de constitucionalidade, uma homologação de sentença estrangeira.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 223).

727 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O compromisso do projeto de novo Código de Processo Civil com o processo justo*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 75*. - São Paulo: IOB, 2012, p. 11.

728 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Idem*, ibidem, p. 13.

729 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

730 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*; vol I. 6ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 118.

devastadores⁷³¹. Daí porque é missão do Poder Judiciário garantir a quem ingressa em juízo celeridade na apreciação das pretensões deduzidas em juízo. A propósito, recentes reformas processuais foram adotadas para se alcançar esse desiderato. À guisa de exemplo dessa assertiva, cite-se, no processo de conhecimento, a figura da antecipação de tutela (art. 273); no processo de execução, a figura da fase de cumprimento de sentença (arts. 475-I ss) e, entre os procedimentos especiais vinculados ao direito empresarial, cite-se o processo monitorio⁷³² (arts. 1.102-a, 1102-b e 1102-c).

O acesso à ordem jurídica justa pressupõe, de igual modo, a efetividade do comando judicial⁷³³. Quando isso ocorre as partes ficam satisfeitas com o labor judicial, ocorre de fato a pacificação e o Judiciário ganha credibilidade. A efetividade, atualmente, é alcançada, no que tange às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa mediante a utilização das chamadas “medidas de apoio”, previstas nos artigos 461 e 461-A, assim como em função do dever de cumprir fielmente os preceitos mandamentais (art. 14, parágrafo único).

No âmbito da ACP, citem-se o §5º do art. 84 do CDC e o art. 11 da LACP como dispositivos legais hábeis à assegurar a efetividade da ordem judicial relativamente às obrigações de fazer ou não fazer⁷³⁴, bem assim o disposto no art. 19 da LACP, que prevê a aplicação subsidiária da legislação processual civil à ACP, permitindo-se, por conseguinte, também a aplicação dos artigos 273, 461 e 461-A⁷³⁵. Desse modo, é possível uma aplicação conjugada de dispositivos, todos com vistas a assegurar a efetividade da tutela do direito reconhecido pela sentença. Trata-se de importante medida para assegurar à parte ou aos substituídos pelo legitimado extraordinário o acesso à justiça substancial no âmbito da jurisdição coletiva.

Em geral, os pedidos formulados no âmbito da ACP referem-se à imposições de obrigação de fazer ou não fazer ao réu⁷³⁶. Com menor incidência, normalmente em virtude da impossibilidade da prestação da tutela específica ou do resultado prático

731 MARCATO, Antônio Carlos. *Algumas considerações sobre a crise da justiça*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, Ano XII – nº 77. - São Paulo: IOB, 2012, p. 88.

732 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 6ª ed., rev. E atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 119.

733 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 281.

734 RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. - Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 212.

735 BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. - São Paulo: LTr, 2008, p. 105.

736 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública, comentários por artigo*. 7ª ed., rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 343.

equivalente, é requerida uma condenação pecuniária, como se verifica na hipótese de dano moral coletivo. A referência do art. 11 da LACP diz respeito tanto às decisões interlocutórias, quanto às sentenças de mérito. A propósito, é importante lembrar que o juiz deve se valer das medidas de apoio mais adequadas ao caso concreto, sendo certo que o rol legal dessas medidas não é exaustivo, mas exemplificativo. Assim é que na decisão ou na sentença o juiz poderá fixar multa por atraso no cumprimento da ordem judicial, a busca e apreensão, a remoção de coisas, como forma estimular o réu ao cumprimento da tutela específica; ou até mesmo, embora não conste de maneira expressa na lei, o bloqueio de verbas em conta bancária, a fixação de ônus real sobre determinado imóvel, se assim convier para a efetividade da ordem judicial.

Embora a ação seja exercida pelo autor, o processo civil não serve apenas a ele. A tutela jurídica também pode ser conferida ao réu, em parte ou no todo, se ele tiver razão. Por Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar do processo civil brasileiro, prefere batizá-lo de um processo civil de resultados⁷³⁷. Uma das máximas do Estado-juiz, ao lado de proferir uma decisão intrinsecamente justa, deve ser a de cumprir, com efetividade, o julgado, seja em favor do autor, seja em favor do réu.

O exercício da ação assegura ao indivíduo o direito de obter um provimento jurisdicional, que poderá ser uma sentença extintiva ou definitiva, procedente ou improcedente, a depender do caso e da configuração do direito de ação, conforme será visto nos próximos itens. Em caso de procedência do pedido, o autor tem direito à efetividade dessa sentença, mediante a utilização dos meios executivos adequados para tanto⁷³⁸. Significa dizer que o direito de ação assegura ao indivíduo ou à coletividade a efetiva tutela do seu direito, se estiverem reunidos os pressupostos processuais e as condições da ação⁷³⁹.

Os elementos da ação são as partes, o pedido e a causa de pedir (art. 301, §2º, do CPC). É que o direito brasileiro adotou a teoria das três identidades, para o reconhecimento das ações⁷⁴⁰.

737 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 6ª ed., rev. E atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 111.

738 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

739 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 6ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 108.

740 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. - 15. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 449.

4 Condições da ação

O direito de ação é uma garantia prevista no texto constitucional (inc. XXXV do art. 5º da CRFB), que garante a todos o acesso ao Poder Judiciário. Contudo, à semelhança das outras garantias constitucionais, não se cuida de um direito absoluto. Com efeito, as garantias e os direitos fundamentais relacionados na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º) não têm caráter absoluto, mas relativo. Sim, porque na medida em que todos eles, normas constitucionais, gozam da mesma hierarquia, estão sujeitos a condicionamentos recíprocos. Além disso, o princípio da proporcionalidade (inciso LIV do art. 5º da CRFB) autoriza o afastamento temporário de garantia constitucional ligada a determinada pessoa, desde que em favor da efetividade de outros direitos fundamentais da coletividade. Desse modo, é lícito ao legislador estabelecer requisitos para o ingresso em juízo, em prol da economia processual e da eficiência da atividade jurisdicional.

Razões éticas e econômicas também justificam o regramento do direito de ação. É que não se afigura ético submeter uma pessoa à qualidade de ré em uma ação, sem que exista uma justa causa para tanto. Do mesmo modo, não é legítimo impor ao réu despesas, em função de uma lide que não irá resultar em uma sentença de mérito. Há, ainda, do ponto de vista do Estado, razões de ordem econômica para esse regramento, porque o trâmite de todo processo gera um custo, assim como mobilização de servidores e de juízes para o seu bom andamento. Tudo isso será desperdiçado se não houver apreciação do mérito da lide.⁷⁴¹ Há, portanto, necessidade de fixação de requisitos mínimos para o estabelecimento e o desenvolvimento da relação processual, sendo certo que tais regras afiguram-se constitucionais, conforme demonstrado acima⁷⁴².

741 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 6ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 305-306.

742 No ponto, vale trazer à colação a brilhante análise de Rodolfo de Camargo Mancuso, sobre a constitucionalidade das condições da ação: “Por todo esse contexto, observa-se que o inc. XXXV do art. 5º da CF/1998 não autoriza a interpretação à outrance, usualmente feita, e que tem permitido inferir que a oferta da justiça estatal está disponibilizada, em modo franco, genérico e prodigalizado, a toda e qualquer situação de interesse contrariado ou insatisfeito, como o Judiciário um *guichê geral* de reclamações. De resto, citada norma não tem foco em situações concretas e presentes (que devem estar subjacentes a qualquer ação judicial, donde o interesse de agir ser real, atual e pessoal), mas apresenta uma *conotação principiológica e prospectiva*, buscando preservar situações futuras cuja apreciação judicial não deverá, *a priori*, ser afastada pelo ordenamento positivo.

Assim se dá porque, ao contrário do que se passa com o direito de petição (genérico e incondicionado: CF/1998, art. 5º, XXXIV,a), já o direito de ação é *específico* (porque necessariamente reportado a uma definida *fattispecie*) e (muito) *condicionado*, porque seu reconhecimento depende do

Os pressupostos processuais, conforme estudo realizado em item anterior, são requisitos elementares para a existência e a validade da relação jurídica processual. As condições da ação representam um acréscimo especializante a esses pressupostos. Os pressupostos processuais fazem parte de uma categoria, cujo escopo é verificar o preenchimento dos requisitos mínimos para o válido exercício da atividade jurisdicional. Por outro lado, as condições da ação compõem uma categoria cujo objeto de análise é a relação jurídica material deduzida em juízo. Enquanto os pressupostos processuais dizem respeito a aspectos meramente processuais, como a ausência de litispendência, a competência jurisdicional e a capacidade postulatória, as condições da ação pertinem à relação jurídica material controvertida judicialmente. Trata-se de uma categoria que figura entre os pressupostos processuais e o mérito da lide. É mais um degrau rumo à apreciação do mérito dos pedidos formulados pelas partes⁷⁴³. Isto é importante para se compreender que a sua análise não deve se confundir com o mérito da lide. Se assim fosse, não haveria necessidade de existência dessa categoria jurídica.

Há quem defenda que as condições da ação situam-se no plano da eficácia processual⁷⁴⁴. Com o devido respeito a defensores dessa corrente doutrinária, discordamos dessa orientação, por entender que as condições da ação se posicionam no plano da validade. Como será visto mais à frente, a ausência de uma ou mais dessas condições enseja a extinção do processo, por carência da ação. Se estivessem localizadas no plano da eficácia, a sua ausência ensejaria apenas o diferimento ou a suspensão dos efeitos da sentença eventualmente proferida; nunca a extinção do processo, sem análise do mérito. É próprio do plano da eficácia, como visto no primeiro capítulo, abranger os efeitos dos atos e fatos jurídicos, ou a aplicabilidade, a exigibilidade ou executoriedade da norma⁷⁴⁵. A formação da relação processual ou a validade ou a nulidade do processo, são aspectos relacionados aos planos da validade e da eficácia.

Desse modo, o direito ao provimento de mérito só existirá de presentes os

antedimento a específicos quesitos e exigências, ditos, justamente por isso, *condições da ação*.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 195-196).

743 ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

744 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. - Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63.

745 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

pressupostos processuais, já abordado precedentemente, e as condições da ação. Isto porque o provimento jurisdicional somente será realizado quando for útil a alguma das partes, o instrumento processual utilizado for adequado e houver necessidade de manifestação judicial a respeito da lide.

As condições da ação não são as mesmas em todos os Países que integram o sistema romano-germânico. Portanto, verifica-se que a configuração dessas condições depende da concepção adotada pelo respectivo ordenamento relativamente à natureza do direito de ação⁷⁴⁶.

5 Condições da ação no processo civil brasileiro tradicional e na ACP

O Brasil adotou a teoria do trinômio, preconizada por Liebman⁷⁴⁷, estabelecendo três condições da ação, quais sejam: a) legitimidade *ad causam*; b) interesse de agir; c) possibilidade jurídica do pedido. Essas condições valem não apenas para processo de conhecimento, mas também em relação ao processo de execução e ao processo cautelar⁷⁴⁸. Além disso, é importante destacar que essas três condições referem-se, respectivamente, a cada um dos elementos da ação: a) a legitimidade *ad causam* diz respeito às partes; b) a possibilidade jurídica vincula-se ao pedido; c) o interesse de agir pertine à causa de pedir⁷⁴⁹.

A doutrina mais tradicional, partindo de uma interpretação gramatical do CPC, considera que a ausência de uma ou mais condições da ação importa na extinção do processo sem julgamento de mérito⁷⁵⁰. Por outro lado, outra parte da doutrina assevera que as condições da ação, especialmente a legitimidade *ad causam* nos processos individuais, e a possibilidade jurídica do pedido, aproximam-se sobremaneira da

746 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

747 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile, I*. - 2. ed. - Varese (Itália): Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 40.

748 WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

749 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. - São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 278.

750 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. - Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63.

apreciação do mérito da lide⁷⁵¹, motivo pelo qual deveria ser proscrita do ordenamento jurídico essa categoria jurídica, restando apenas os pressupostos processuais e o mérito, como categorias inerentes ao processo. A ausência de qualquer pressuposto geraria a extinção do processo sem julgamento de mérito, ao passo que tudo o mais seria julgamento de mérito⁷⁵². Desse modo, sustentam que a legitimidade de parte e a possibilidade jurídica do pedido não fariam parte do elenco dos pressupostos processuais, mas seriam hipóteses de julgamento de mérito da lide.

No entanto, esse raciocínio não se aplica ao interesse de agir e à legitimidade extraordinária, que são condições da ação que não se relacionam ao mérito da causa⁷⁵³.

Além disso, com o devido respeito aos renomados autores que compartilham dessas posições, entendemos que ainda se presente a distinção entre os pressupostos processuais e as condições da ação, tendo em conta CPC vigente adotou o modelo italiano.

751 Eis as razões de Fredie Didier Jr. para fazer esta afirmação: “Se (a) o objeto litigioso do processo de compõe da relação jurídica substancial deduzida; (b) esta relação jurídica tem por elementos os sujeitos, o objeto e o fato jurídico; (c) o objeto da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico; (c) o objeto da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico alegado; (d) a legitimidade ordinária, ao menos, no âmbito da tutela individual, constata-se a partir da relação jurídica material; (e) a possibilidade jurídica a ser investigada é a do pedido, que para muitos é o próprio mérito da causa, fica difícil, então, defender que a análise das mencionadas condições da ação não é uma análise do mérito (da relação jurídica substancial deduzida).” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 213).

752 Essa é a posição adotada por Sérgio Cruz Arenhart, que a fundamenta nos seguintes termos: “Calha adiantar que se defende aqui a ideia de que, realmente, não há distinção entre condição da ação e mérito da pretensão. Ao que parece, as condições da ação (na verdade a sua ausência) não são mais do que *hipóteses evidentes de improcedência do pedido*, em que a solução para o caso independe de maiores aprofundamentos, haja vista a obviedade da solução da controvérsia. Para quem admite a existência da ação de direito material (a que é esta a categoria com a qual lida o processo, e não com a do direito subjetivo em si), como aqui se o faz, a falta de qualquer das condições da ação seria caso em que, evidentemente e a priori, não teria o autor da ação processual aquela outra ação (de direito material), porque evidentemente não teria direito subjetivo ou pretensão a ser exercida contra o réu. Assim, por exemplo, ao dizer que a parte (autora ou ré) é ilegítima, está-se a indicar que o autor *não tem ação de direito material contra o réu*; igualmente, se alguém pretende cobrar dívida ainda não vencida, caberá a conclusão de que não tem interesse de agir, o que novamente indicará que esse autor *não tem ação de direito material contra o réu*. Partindo dessa premissa, obviamente, todo o questionamento que ora se põe perde seu sentido, já que o exame das condições da ação não é mais que um aspecto do exame de mérito do pedido. Cai, assim, por terra, qualquer interesse na discussão.

Não é excessivo lembrar, por oportuno, que o direito alemão não conhece a categoria das condições da ação, sendo certo que ela não lhe faz falta. Em verdade, o direito processual civil alemão apenas alude à necessidade (*Rechtsschutzbedürfnis*), figura assemelhada ao interesse de agir, e que corresponde naquele regime a um pressuposto processual.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 231-232).

753 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. - São Paulo: Saraiva, 2005, p.215.

5.1 Possibilidade jurídica do pedido

Como descrito no tópico reservado ao estudo do direito de ação e suas correntes históricas, não se obtém, no Brasil, uma tutela judicial sem o preenchimento de determinados requisitos, uns ligados à relação processual, os pressupostos processuais, outros ligados à relação jurídica material, as condições da ação. Trata-se de uma legítima constrição do direito universal a uma tutela judicial, em função da conveniência de impedir a tramitação de processos sem qualquer possibilidade de produzir um resultado útil ou que contrariem regras fundamentais da CRFB/1988⁷⁵⁴.

Desse modo, para que a parte tenha sua pretensão analisada, a causa de pedir e/ou pedido formulado(s) ao Estado-juiz não pode(m) encontrar óbice no ordenamento jurídico⁷⁵⁵. Há quem sustente que a impossibilidade jurídica também pode alcançar partes, em virtude de determinadas prerrogativas da Administração Pública (art. 100 da CRFB/1988)⁷⁵⁶.

Embora parte da doutrina seja resistente à sua aplicação, é fato que a mesma se encontra em pleno vigor, tendo em vista o disposto no art. 267, VI, do CPC. Assim, as considerações doutrinárias devem ser tomados como *de lege ferenda*, não como *de lege lata*.

A verificação da carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, deve ser feita no início da lide, a fim de se evitar o desnecessário trâmite da lide. Deve ser feita por exclusão, isto é, em função de situações impeditivas, porque em regra toda pretensão é juridicamente possível.

Hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido são cada vez mais raras, como o caso da proibição da cobrança de dívida de jogo ou o pedido de expropriação de bens da Administração Pública, em desobediência ao quanto disposto no art 100 da CRFB/1988 e arts. 730 e ss do CPC. É que uma das tendências contemporâneas do direito processual é a garantia do acesso universal, que encontrou guarida no art. 5º, XXXV, da CRFB. Desse modo, são cada vez mais raros os casos de óbices legais ao ingresso em juízo.

Essa realidade se faz sentir com mais intensidade no plano dos interesses e

754 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. - 6. ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 305.

755 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, 1. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 411.

756 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. - 6. ed., rev. E atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 308.

direitos metaindividuais, porque em geral são relacionados pela CRFB (art. 129, III) e pela legislação infraconstitucional (art. 1º, IV, da LACP) em *numerus apertus*⁷⁵⁷. Daí a conclusão lançada no primeiro capítulo de que o rol está em plena construção, sobretudo mediante a ação do Poder Judiciário.

Não obstante, existem hipóteses no ordenamento jurídico brasileiro de impedimento ao trâmite de uma ACP. Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985, com redação fixada pela MP 2.180-35/2001, não será cabível ACP para a tutela de tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

Esse dispositivo já foi e ainda é objeto de várias impugnações, tendo em conta a sua aparente inconstitucionalidade, por ofensa ao art. 5º, XXXV, da CRFB. Não obstante, o STF ainda tem entendimento que se trata de norma constitucional⁷⁵⁸ e que o MP não pode defender interesse fazendário, atuando na defesa de direitos individuais homogêneos de contribuintes⁷⁵⁹. Esse entendimento é sustentado na alegação de que entre o Poder Público e o contribuinte não há relação de consumo.

No entanto, quando o STF teve a oportunidade de se manifestar sobre o TARE, o entendimento foi diferente⁷⁶⁰. Naquela causa o MPDFT ingressou com ACP em

757 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 436.

758 “Agravamento regimental em Agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Matéria devidamente prequestionada. Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício. 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde logo, provido o recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória (AI 382298 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/05/2004, DJ 28-05-2004 PP-00053 EMENT VOL-02153-7 PP-01373)” (<http://www.stf.jus.br>, em 30.01.2013).

759 DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. CONTRIBUENTES. DESPESAS COM EDUCAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA RECEITA FEDERAL DEVOLUÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. A jurisprudência desta Casa se encontra firmada no sentido de que o Ministério Público não ostenta legitimidade para a propositura de ação civil pública contra a Fazenda Pública em defesa de interesses individuais homogêneos de contribuintes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 604481 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 08-11-2012 PUBLIC 09-11-2012)” (<http://www.stf.jus.br>).

760 “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO

desfavor do DF, sustentando que aquele ente político, invadindo matéria reservada à lei complementar federal, editou o Decreto Distrital nº 20.322/99, à guisa de regulamentar a Lei Distrital nº 2.381/99, autorizando o comércio atacadista ou distribuidor a abater, indevidamente, o montante do imposto cobrado nas operações anteriores, na forma de alíquotas variáveis. Acrescentou que a Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, deixando de observar os parâmetros estabelecidos no próprio decreto, editou a Portaria 292/99, que estabeleceu percentuais de créditos fixos para os produtos que enumera, tanto para as saídas internas quanto para as interestaduais, diminuindo, assim, o valor que deveria ser recolhido à título de ICMS. Além disso, a aludido Secretaria não teria procedido à apuração do imposto devido, com base na escrita regular, o que gerou um prejuízo para os cofres públicos da ordem de aproximadamente 4% do valor do ICMS. O STF, então, entendeu o que pleito do MPDFT era juridicamente possível, porque a causa não versava sobre a defesa de contribuinte, mas sim do erário, hipótese que se enquadra na autorização constitucional (art. 129, III, da CRFB).

Cuida-se, a nossa ver, de importante precedente, para a delimitação do que é juridicamente possível no âmbito da ACP, especialmente no que diz respeito ao direito tributário. Não obstante, entendemos que o parágrafo único do art. 1º, na redação fixada pela Medida Provisória 2.180/2001 é inconstitucional, com o que aderimos ao entendimento de Nelson Nery⁷⁶¹.

Os arts. 5º, XXXV, c/c 129, III e IX, da CRFB garantem a tutela de toda e qualquer lesão ou ameaça a interesse ou direito metaindividual, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo. Além disso, não estabelecem, tampouco permitem qualquer

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE. POSSÍVEL LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LIMITAÇÃO À ATUAÇÃO DO PARQUET. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 129, III, DA CF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - O TARE não diz respeito apenas a interesses individuais, mas alcança interesses metaindividuais, pois o ajuste pode, em tese, ser lesivo ao patrimônio público. II - A Constituição Federal estabeleceu, no art. 129, III, que é função institucional do Ministério Público, dentre outras, “promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Precedentes. III - O Parquet tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, em face da legitimação ad causam que o texto constitucional lhe confere para defender o erário. IV - Não se aplica à hipótese o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/1985. V - Recurso extraordinário provido para que o TJ/DF decida a questão de fundo proposta na ação civil pública conforme entender. (RE 576155, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-226 DIVULG 24-11-2010 PUBLIC 25-11-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-05 PP-01230)” (<http://www.stf.jus.br>, em 30.01.2013).

761 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1652.

óbice à tutela judicial, muito menos de ordem legal. Essa tutela é reforçada por dispositivos constante da legislação infraconstitucional (art. 1º da LACP e arts. 81 e 83 do CDC).

Logo, revela-se inconstitucional a imposição reconhecida pelo STF, de que o direito individual homogêneo deve referir-se a uma relação de consumo, para que possa ser tutelado no âmbito da ACP.

A diretriz constitucional é no sentido inverso. Como visto, o legislador constituinte expressou nos art. 5º e 129 a garantia de amplo acesso ao Judiciário das causas relacionados aos direitos metaindividuais, na linha do quanto preconizado por Mauro Cappelletti⁷⁶².

Por outro lado, o fato de o direito individual homogêneo não referir-se a uma relação de consumo não retira a sua natureza de direito metaindividual.

O que é decisivo para a existência do direito individual homogêneo, nos termos do art. 81, parágrafo único, III, da Lei nº 8.078/1990 e art. 21, parágrafo único, II, da Lei nº 12.016/2009 é a divisibilidade e a origem comum, isto é, a existência de danos aos direitos subjetivos respectivos, decorrentes do mesmo evento, ainda que esse evento ocorra diferentes oportunidades ou lugares⁷⁶³. Encontram-se direitos individuais homogêneos na mais variadas hipóteses, além da relação de consumo: causas trabalhistas, desastres, investidores, idosos, enfim, em todos os casos envolvendo fenômenos típicos de massa⁷⁶⁴.

A vingar o entendimento do STF, para outros casos que não aqueles relacionados no parágrafo único da LACP, a ACP destinada a tutela de direitos individuais homogêneos, restringir-se-á à tutela de direito do consumidor. Tal orientação gerará enorme prejuízo social, dados os inúmeros outros direitos individuais tutelados no âmbito da ACP, como anteriormente destacado. Ainda mais porque os direitos individuais homogêneos têm uma ampla repercussão social, justamente pela circunstância de o seu núcleo de homogeneidade ser compartilhado por centenas, milhares ou milhões de pessoas.

762 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. - Porto Alegre: Fabris, 2002, 49.

763 LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 60.

764 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*; apresentação à 1.ª ed., Luiz Guilherme Marinoni; prefácio à 1.ª ed., José Carlos Barbosa Moreira. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 221.

Como se percebe, a orientação do STF não coaduna com a própria natureza do direito individual homogêneo.

Outras razões que também amparam a inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, da LACP residem na afronta ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CRFB/1988), assim como ao princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB/1988). O princípio da proporcionalidade resta violado na medida em que não há uma justificativa convincente para a limitação de um direito fundamental⁷⁶⁵. Quanto ao princípio da moralidade, como destacado por Nelson Nery Júnior, o parágrafo único é fruto de uma medida provisória editada pelo Poder Executivo em defesa própria⁷⁶⁶, quando se viu premido por diversas ACP's que questionavam a instituição de tributos inconstitucionais.

Há violação aos princípios da economia processual e da eficiência. Ao impedir demandas moleculares, o STF está incentivando a propositura de demandas individuais (atomização), e, por conseguinte, o inchaço da máquina judiciária. Com efeito, em lugar de julgar uma lide, o Judiciário se vê na contingência de julgar milhares de processos, relativos a idêntica causa de pedir, como sói ocorrer com ações de repetição de indébito tributário e pedido de correção de expurgos inflacionários em contas de FGTS.

Além disso, é importante destacar que se persistir a orientação do STF quanto à constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da LACP, é possível que se inviabilize em grande parte uma das principais novidades do projeto do novo CPC, qual seja, o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, cujo escopo é debelar a crise quantitativa que assola o Poder Judiciário.

Ainda quanto à possibilidade jurídica do pedido, é interesse tecer algumas considerações a respeito da implementação de políticas públicas. Isto porque existem precedentes que não admitem o exercício da tal competência pelo Poder Judiciário, sob a alegação que tal decisão gera um desequilíbrio nas contas públicas, além de ferir o princípio da separação dos Poderes⁷⁶⁷.

Essa missão, quem a confere ao Poder Judiciário, é a CRFB (art. 1º)⁷⁶⁸. Portanto,

765 CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. - 4. ed. - New York: Wolters Kluwer, Law & Business, 2011, p. 558.

766 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1652.

767 RMS 28.962/MG Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009, em <http://www.stj.jus.br>, em 30.01.2013.

768 A título de reforço desses argumentos, confira-se a doutrina de Gregório Assagra de Almeida: “O Poder Judiciário brasileiro tem hoje uma função primordial: a de implementar materialmente o

acima de qualquer discussão relacionada à legislação infraconstitucional, encontra-se a Constituição. A utilização dessa medida coercitiva encontra amparo no art. 461 do CPC e no art. 84 do CDC.

De outra parte, não há falar-se em violação ao princípio da separação dos Poderes, tendo em que atualmente, diante do perfil social do Estado, não se admite o isolamento entre os Poderes, mas sim a sua coordenação⁷⁶⁹.

Não cabe, no ponto, inclusive, a alegação de que tal medida se insere no campo do mérito administrativo, isto é, na conveniência e oportunidade do administrador. Tal justificativa não pode ser escudo para o descumprimento de direitos fundamentais com eficácia direta.

Os direitos fundamentais, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, encontram-se não somente no art. 5º, mas em vários outros artigos da Constituição, e não são normas programáticas, mas de aplicação direta, em virtude do já citado §1º do art. 5º da CRFB.

As competências reservadas aos agentes públicos são, na lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, “deveres-poderes”, ou poderes instrumentais para que se atinja do bem-estar coletivo. É que o titular do poder é o povo. E o interesse primário da Administração deve ser a satisfação do titular do poder, mediante a observância das normas constitucionais e legais⁷⁷⁰.

Ademais, nos termos do *caput* do art. 37 da CRFB, a Administração Pública

Estado Democrático de Direito delineado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

Essa implementação material do Estado Democrático de Direito brasileiro pela via jurisdicional é fundamental e ocorrerá se o Poder Judiciário, consciente e lúcido de seu dever, desenvolver atividade interpretativa: de um lado, de proteção dos direitos e garantias constitucionais já consagrados formalmente; de outro, de efetivação, no plano material, desses direitos e garantias constitucionais, sejam eles de natureza individual, sejam eles de natureza coletiva.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 150).

769 SALLES, Carlos Alberto de. *Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades*. In: *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*/organizador Carlos Alberto de Salles. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 215.

770 “Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam ou melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. - 25ª ed., rev. e atual.. - São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 72)

deve primar pela eficiência. Isto implica no atingimento de metas e na realização ótima de suas incumbências. Esse princípio respalda o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, para a verificação do atingimento desse objetivos. Caso isso não se verifique, compete ao Poder Judiciário a emissão de provimentos - condenatório ou mandamental, conforme a hipótese – para a fiel observância dos mandamentos constitucionais e legais.

O super princípio⁷⁷¹ da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) também respalda a intervenção do Poder Judiciário. Esse princípio figura entre os fundamentos do Estado, sendo um dos pilares da CRFB. Irradia, desse modo, seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando não só a aplicação das normas, mas sua interpretação. Significa que o ser humano é o ponto central do ordenamento jurídico, sendo ele o ponto de partida e ponto de chegada de qualquer interpretação jurídica. Todo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, a máquina estatal, devem ser construídos em prol da realização espiritual e material do ser humano.

Tal princípio justifica a proteção estatal em favor de todos os grupos marginalizados, como, por exemplo, os quilombolas, os órfãos, os idosos e os “sem-teto”. Do mesmo devem ser incluídos nessa proteção os deficientes físicos e os deficientes mentais, que por alguns são chamados de “hipervulneráveis”. Tanto assim que existe legislação especial em favor desses grupos, como a Lei nº 7.853/89, dando concretude ao preceito constitucional. Como já deixou expresso o STJ, em brilhante precedente, quanto mais democrática uma sociedade, mais fácil deve ser o grau de acesso aos tribunais, individual ou coletivamente⁷⁷².

771 “Pois bem, é sob esse concepção metafísica do ser humano que reputamos adequado analisar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios – desde logo considerado de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional – em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. - 3 ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150).

772 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. FORNECIMENTO DE PRÓTESE AUDITIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA ad causam. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89.

1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente.

2. Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário – Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex –, sobretudo se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte.

3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental.

4. É dever de todos salvaguardar, da forma mais completa e eficaz possível, os interesses e

A implementação de políticas públicas está na ordem do dia. Trata-se de uma

direitos das pessoas com deficiência, não sendo à toa que o legislador refere-se a uma "obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade" (Lei 7.853/89, art. 1º, § 2º, grifo acrescentado).

5. Na exegese da Lei 7.853/89, o juiz precisa ficar atento ao comando do legislador quanto à finalidade maior da lei-quadro, ou seja, assegurar "o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social" (art. 1º, caput, grifo acrescentado).

6. No campo da proteção das pessoas com deficiência, ao Judiciário imputam-se duas ordens de responsabilidade: uma administrativa, outra judicial. A primeira, na estruturação de seus cargos e serviços, consiste na exigência de colaborar, diretamente, com o esforço nacional de inclusão social desses sujeitos. A segunda, na esfera hermenêutica, traduz-se no mandamento de atribuir à norma que requer interpretação ou integração o sentido que melhor e mais largamente ampare os direitos e interesses das pessoas com deficiência.

7. A própria Lei 7.853/89 se encarrega de dispor que, na sua "aplicação e interpretação", devem ser considerados "os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito e dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito" (art. 1º, § 1º).

8. Por força da norma de extensão ("outros interesses difusos e coletivos", consoante o art. 129, III, da Constituição de 1988; "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", nos termos do art. 110 do Código de Defesa do Consumidor; e "outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos", na fórmula do art. 25, IV, alínea "a", da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), cabe ao Judiciário, para fins de legitimação ad causam na Ação Civil Pública, incorporar ao rol legal – em numerus apertus, importa lembrar – novos direitos e interesses, em processo de atualização permanente da legislação.

9. A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar uma única pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é pública, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (= critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da própria natureza da relação jurídica-base de inclusão social imperativa. Tal perspectiva – que se apóia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e o legitimam – realça a necessidade e a indeclinabilidade de proteção jurídica especial a toda uma categoria de indivíduos (= critério qualitativo dos beneficiários diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como jus cogens.

10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos.

11. Maior razão ainda para garantir a legitimação do Parquet se o que está sob ameaça é a saúde do indivíduo com deficiência, pois aí se interpenetram a ordem de superação da solidão judicial do hipervulnerável com a garantia da ordem pública de bens e valores fundamentais – in casu não só a existência digna, mas a própria vida e a integridade físico-psíquica em si mesmas, como fenômeno natural.

12. A possibilidade, retórica ou real, de gestão individualizada desses direitos (até o extremo dramático de o sujeito, in concreto, nada reclamar) não os transforma de indisponíveis (porque juridicamente irrenunciáveis *in abstracto*) em disponíveis e de indivisíveis em divisíveis, com nome e sobrenome. Será um equívoco pretender lê-los a partir da cartilha da autonomia privada ou do ius dispositivum, pois a ninguém é dado abrir mão da sua dignidade como ser humano, o que equivaleria, por presunção absoluta, a maltratar a dignidade de todos, indistintamente.

13. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedentes do STJ.

14. Deve-se, concluir, por conseguinte, pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar, na hipótese dos autos, Ação Civil Pública com o intuito de garantir fornecimento de prótese auditiva a portador de deficiência.

15. Recurso Especial não provido. (REsp 931513 / RS)" (<http://www.stj.gov.br>, em 30.01.2013).

transformação no perfil do Poder Judiciário decorrente da nova feição do Estado brasileiro, assim como da adoção de novos instrumentos processuais para a tutela dos “novos direitos”, quais sejam, os direitos metaindividuais, que, requerem, em muitos casos, para a sua plena eficácia, prestações positivas do Estado. Esse papel, inicialmente reconhecido pelos órgãos judiciais de primeira instância, cada vez mais tem sido reafirmado pelas instâncias extraordinárias, como o STJ⁷⁷³.

Diante desse contexto, entendemos que a implementação de políticas pelo Poder Judiciário, a fim garantir a eficácia de direitos fundamentais, não encontra óbice no ordenamento jurídico.

Quanto ao mais, registramos que, recentemente, a oportunidade de analisar uma preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, no âmbito da ACP, envolvendo pedido formulado pelo MP para que a Brasil Telecom S/A se abstinhasse de prestar serviço sem autorização expressa do consumidor. Neste julgado, o STJ firmou a orientação de que, à míngua de óbice, em abstrato, no ordenamento, para o julgamento dessa pretensão, não haveria impossibilidade jurídica do pedido.⁷⁷⁴

5.2 Interesse de agir

773 “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – PRETENSÃO RESISTIDA – INTERESSE DE AGIR – CONTRATO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA (TV A CABO) – LESÃO A DIREITOS DOS USUÁRIOS – AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE – VINCULAÇÃO À FINALIDADE LEGAL – RESERVA DO POSSÍVEL – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO.

1. Os fatos consignados pelo acórdão recorrido, noticiam que a ré resistiu à pretensão do autor da ação civil pública, motivo pelo qual, não há que se falar em ausência do interesse de agir do Ministério Público.

2. Nos termos do art. 19 da Lei. n. 9.472/97, compete à Anatel a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como, de reprimir as infrações aos direitos dos usuários. Com efeito, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização.

3. A discricionariedade, porventura existente, circunscrever-se-ia na escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida. Todavia, ainda assim, o administrador está vinculado à finalidade legal, de modo que, o meio escolhido deve ser necessariamente o mais eficiente no desempenho da atribuição fiscalizadora.

4. Isto ocorre porque a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.

5. A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior.

Recurso especial improvido. (REsp 764.085/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 10/12/2009)” (<http://www.stj.jus.br>, em 30.01.2013).

774 (BRASIL. STJ, RESP 976.217/RO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 15/10/2012)

A função dessa categoria jurídica, à semelhança das outras condições da ação, é a de evitar o abuso do exercício do direito de ação. Assim, o interesse de agir condiciona a admissibilidade do provimento de mérito à demonstração da adequação do instrumento utilizado, à efetiva necessidade da tutela jurisdicional e do proveito que será alcançado com essa tutela. Essa condição da ação encontra previsão nos arts. 3º; 267, VI; 295, II; e 301, X, do CPC.

Chiovenda definiu essa categoria jurídica como o interesse em obter o bem garantido pela lei, por força de decisão judicial⁷⁷⁵. Cuida-se, portanto, de um interesse processual, e não de interesse material, que diz respeito ao mérito da lide⁷⁷⁶. Tanto assim que uma pessoa pode ter reconhecido o interesse de agir, mas sua pretensão ser julgada improcedente.

Constitui-se, para Cândido Rangel Dinamarco, no núcleo do direito fundamental de ação⁷⁷⁷.

Parte da doutrina brasileira assevera que o interesse de agir compreende um binômio, consistente na necessidade-utilidade⁷⁷⁸. Outra corrente doutrinária afirma que o interesse de agir deve ser desdobrado em três subcategorias, representadas pelo trinômio necessidade-utilidade-adequação⁷⁷⁹, sendo certo que para uma terceira corrente existem duas subcategorias, abrigando os três elementos: o interesse-necessidade e o interesse-adequação⁷⁸⁰.

775 Eis as razões apresentadas por Chiovenda: “C) L'interesse ad agire. Per proporre una domanda in giudizio o per contraddire alla medesima è necessario avervi interesse (Cod. Proc. Civ., art. 36). L'interesse ad agire non consiste soltanto nell'interesse a conseguire il bene garantito dalla legge (ciò forma il contenuto del diritto), ma nell'interesse a conseguirlo per opera degli organi giurisdizionali. Si può dunque avere un diritto e non avere ancora alcuna azione (l'interesse è la misura della azioni – 'point d'intérêt point d'action).

In via generale può dirsi che l'interesse ad agire consiste in questo, che senza l'intervento degli organi giurisdizionali, l'attore soffrirebbe un danno. Del resto esso varia secondo il modo d'attuazione della legge che s'invoca (sentenza di condanna o di accertamento; misura preventiva di cautela ecc.): e però se ne parla nei seguenti paragrafi. Qui basti osservare che l'interesse ad agire è la condizione specifica dell'azione, quella in cui si manifesta l'autonomia dell'azione, ciò che più manifestamente appare nelle mere azioni (sopra p. 49).” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*. - Napoli (Itália): Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 155).

776 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 209.

777 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. - 6. ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 309.

778 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. - São Paulo: Saraiva, 1997, p. 170.

779 ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 176.

780 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, vol. I*. - 15. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 130.

Entendemos que o interesse de agir está presente quando se encontram as três subcategorias: a necessidade, a utilidade e a adequação.

A necessidade está praticamente presente em todas as pretensões invocadas em juízo, na medida em que, como visto no primeiro capítulo no início deste capítulo, a ninguém é dado o exercício arbitrário das próprias razões, a chamada autotutela, salvo em casos excepcionais descritos em lei, como a legítima defesa e o estado de necessidade. A necessidade está correlacionado ao caráter substitutivo da função jurisdicional⁷⁸¹.

A necessidade, ínsita ao interesse processual, diz respeito à imprescindibilidade da tutela jurisdicional para a satisfação de um interesse ou direito subjetivo ou potestativo, individual ou coletivo⁷⁸². Desse modo, deve ser descrito na inicial o comportamento do(s) réu(s), contrário à pretensão do autor, que justifique o seu ingresso em juízo, ou os fatos da vida relativos interesses que só podem ser tutelados judicialmente, as chamadas ações constitutivas necessárias, como o divórcio e a anulação de casamento⁷⁸³. Isto porque, se a obrigação for espontaneamente cumprida, o autor não interesse processual em socorrer-se do Poder Judiciário. A análise da necessidade é feita apenas em função do quanto narrado pelo autor na petição inicial.

Esse requisito deve se fazer presente em todas as espécies de tutela (condenatória, declaratória e executiva lato sensu), inclusive em relação às tutelas constitutivas. Isto porque não há como se modificar uma situação jurídica, sem o que o fato da vida pertinente seja descrito.⁷⁸⁴

A utilidade diz respeito à causa de pedir remota, isto é, ao bem da vida ou ao proveito que se pretende obter com a tutela judicial. A tutela é útil quando trazer alguma melhora ao autor ou quando satisfaça a sua necessidade⁷⁸⁵. No caso da ACP, não se afigurará útil a propositura desta ação, quando o MP ou qualquer dos entes públicos relacionados no art. 5º da LACP já dispor de um Termo de Ajustamento de Conduta, porque esse documento, em virtude do disposto no art. 5º, §6º, da LACP c/c art. 585, II,

781 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, 1. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409.

782 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. - 3.ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 303.

783 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, vol. I*. - 15. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 130.

784 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. - 3. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 306.

785 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. - 6. ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 309.

do CPC possui força executiva⁷⁸⁶.

Arruda Alvim tece preciosa distinção entre o interesse de agir no âmbito do direito público e aquele presente em relação ao direito privado. Isto porque, no âmbito do direito público, o interesse de agir se faz presente diante de uma lesão ou ameaça de lesão a direito, citando como exemplo o mandado de segurança preventivo, para obstar a concretização de uma lançamento tributário indevido. Por outro lado, no âmbito do direito privado, normalmente o interesse de agir dependerá da prática de algum ato, ou de ter havido alguma omissão contra o Direito⁷⁸⁷.

A adequação diz respeito à adoção do correto instrumento processual para a tutela da pretensão deduzida em juízo⁷⁸⁸. Assim é não se mostra adequada uma tutela declaratória no âmbito de uma ação de execução fundada em título executivo extrajudicial. Todavia, entendemos que, à vista dos princípios da instrumentalidade e da cooperação, não deve o magistrado se apegar, de modo intransigente, com a aplicação dessa fórmula. Isto porque, deparando-se o magistrado com alguma petição inicial que não tenha adotado a tutela judicial correta, deve conceder prazo razoável à parte, para que emende a petição inicial, se isto por possível, sanando a defeito. Não devemos esquecer que o escopo desse requisito é justamente garantir a produção dos resultados esperados. E tal objetivo somente será alcança com a utilizado correta dos instrumentos processuais. Todavia, a parte não pode ser penalizado, se o seu advogado ou se a substituto processual não observou corretamente o disposto na legislação.

Em tema de ACP, essa sistemática não se aplica com inteireza. É que, como visto, no início deste item, a lei processual exige o que o interesse seja direto e pessoal.

No entanto, nos direitos metaindividuais, sobretudo nos direitos difusos, a utilidade pretendida é insuscetível de atribuição exclusiva⁷⁸⁹. De conseguinte, o autor coletivo comparece em juízo na qualidade de adequado representante (correspondente ao *ideological plaintiff*, das ações coletivas do direito norte-americano). Comparece em juízo, portanto, não em virtude de um interesse direto, mas porque tem necessidade de acesso à Justiça.

786 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. - 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 54.

787 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. - 15. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 422.

788 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

789 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

Outro fator relevante, que deve ser levado em consideração, é que a ACP é uma forma de participação popular na gestão pública⁷⁹⁰. Especialmente porque a eficácia das sentenças proferidas nas ACP's voltadas à tutela de direitos difusos e individuais homogêneos, é *erga omnes* (art. 103, I e III, do CDC). Desse modo, deve ser facilitado o acesso dos interesses e direitos metaindividuais ao centro de decisão, qual seja, o Poder Judiciário.

Com relação ao Ministério Público, alguns consideram que se trata de interesse presumido, isto é, *ope legis*, tendo em conta a sua atribuição constitucional (art. 127 da CRFB)⁷⁹¹. No entanto, não se trata de presunção absoluta. Isto porque, à luz do caso concreto, é possível identificar situações em que a ACP proposta não gerará nenhuma utilidade. Podemos citar o caso de uma ACP ajuizado em desfavor de determinado Município, para que seja compelido a realizar licitação para a concessão de linha de transporte coletivo urbano. Ora, poucos dias antes da propositura da ACP, publica-se o edital da pretendida licitação, mas tal fato não chega ao conhecimento do MP, que mesmo assim, protocoliza a petição inicial. Por óbvio, deve o juiz, sendo informado pelo Município da realização da licitação, abrir vistas dos autos ao MP, para que diga se tem interesse de agir, isto é, se o edital de licitação corresponde à pretensão. Em sendo positiva a resposta, o feito deve ser extinto, sem julgamento de mérito, por ausência de interesse de agir.

Concordamos, portanto, com Ricardo de Barros Leonel, quando afirma que essa presunção em relação ao Ministério Público diz respeito ao interesse material, não ao interesse processual⁷⁹². A atuação do Ministério Público se faz mercê da relevância social de determinadas situações.

Nesse sentido, não há distinção ontológica entre o interesse de agir dos MP e dos demais legitimados. A diferença, que cremos existir, como será visto a seguir, diz respeito à abrangência do interesse de agir, cujo espectro, no caso MP é maior que os dos demais legitimados, por não se lhe exigir pertinência temática. A CF usou a técnica exemplificativa para descrever a competência do MP quanto aos direitos metaindividuais (arts. 127 e 129), permitindo a interpretação extensiva e também a

790 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

791 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. - 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

792 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - 2. ed rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 209.

analgica.

No que tange aos demais colegitimados (as pessoas jurídicas de direitos público e as pessoas jurídicas de direito privado), esse interesse não seria presumido, necessitando ser demonstrada a pertinência temática⁷⁹³.

Assim quanto às associações, o interesse de agir deve guardar pertinência com os objetivos estatutários⁷⁹⁴, que, por sua vez, deve se enquadrar em alguma das hipóteses descritas no art. 5º, V, “b”, da LACP. No que pertine aos órgãos públicos e as demais pessoas jurídicas de direito público, deve haver alguma correlação com as finalidades institucionais.

O interesse de agir na ACP deverá ser aferido à luz da espécie de interesse ou direito metaindividual discutido em juízo, como explicados no primeiro capítulo desta dissertação.

Assim é que a adequação da tutela deve levar em conta a configuração da espécie de direito metaindividual discutido em juízo: direito difuso, direito coletivo em sentido estrito ou direito individual homogêneo.

Outro ponto importante para a fixação do interesse de agir na ACP refere-se à premissa, derivada de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, de que esta via deve produzir melhores resultados do que aqueles obtidos com as ações individuais. Trata-se da superioridade qualitativa da tutela coletiva em face da individual.⁷⁹⁵ No que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, essa premissa conduz à conclusão de que deve haver a prevalência dos aspectos comuns, em detrimento dos individuais, sob pena de remeter-se os substituídos às vias individuais, e o da melhor efetividade da tutela coletiva.

Fato que merece reflexão diz respeito à (in)existência de interesse de agir de algum colegitimado, quando algum outro colegitimado houver firmado acordo extrajudicial (art. 5º, §6º, da LACP) com o réu e submetido este acordo à homologação judicial. Entendemos que o colegitimado tem interesse de agir, desde que demonstre a existência de alguma fraude ou nulidade naquele acordo. É seu ônus a demonstração da

793 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. - 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

794 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 155.

795 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. - 12. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

incorreção deste, sob pena de falta de interesse de agir.⁷⁹⁶

Outra situação que afasta o interesse de agir de alguns dos colegitimado ocorre quando o direito metaindividual que se pretende efetivar insere-se na esfera de competência do próprio colegitimado⁷⁹⁷. É a hipótese em que algum órgão incumbido da defesa de direito de consumidor ingressasse com ACP em desfavor do ente político ao qual pertence, para que implemente política pública voltada à defesa do consumidor.

5.3 Legitimidade *ad processum*

É a capacidade de estar em juízo⁷⁹⁸, de propor a demanda e prosseguir na lide por si, sem necessidade de assistência ou de representação. Não se confunde com a capacidade de ser parte, tampouco com a legitimidade para a causa (legitimidade *ad causam*)⁷⁹⁹.

A capacidade de ser parte, por ser uma categoria processual autônoma em relação ao direito material, tem o seu conteúdo fixado pela lei processual⁸⁰⁰. A lei habilita a ser parte no processo não só pessoas físicas (art. 1º do CC/2002) e jurídicas (arts. 40-47 do CC/2002), mas também órgãos públicos, em certas hipóteses, e algumas universalidades de bens e de pessoas, como o espólio, a massa falida, a sociedade irregular e a herança jacente, mas nesses últimos casos, a causa de pedir deverá

796 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, p. 405.

797 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Legitimidade ativa da Defensoria Pública em ações civis públicas*. In: *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007/Coordenador José Augusto Garcia de Sousa*. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 163.

798 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, volume I: processo de conhecimento*. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 139.

799 A diferença entre legitimidade *ad processum* e legitimidade *ad causam* foi bem destacada por Chiovenda: “Como se pode ser sujeito de direito e não ter o exercício dos direitos ou tê-lo limitado, assim se pode ter a capacidade *de ser parte em juízo* e não se ter o exercício dos direitos processuais. A capacidade de estar em juízo, ou seja, de realizar atos processuais com efeitos jurídicos no próprio nome, ou por conta de outro, chama-se *capacidade processual (legitimatío ad processum)*, que não se deve confundir com a *legitimatío ad causam*, supra, nº 39.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. - Campinas (SP): Bookseller, 2009, p. 805).

800 No ponto, confira-se a lição de Eduardo Arruda Alvim: “A legitimidade *ad causam* distingue-se da legitimidade *ad processum*. A *legitimidade ad causam* é condição da ação e se relaciona com a pertinência subjetiva ativa e passiva da ação. Já a legitimidade *ad processum* é pressupostos de validade do processo. Desde que o legitimado ad causam tenha capacidade processual, será também legitimado ad processum. Neste caso, fala-se em legitimação ordinária para o processo (regra geral).” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 178-179).

relacionar-se apenas a matérias de cunho patrimonial⁸⁰¹. A capacidade de ser parte corresponde apenas à possibilidade de ocupação de um dos pólos da relação processual.

É que a prática dos atos da vida civil, dentre eles a postulação em juízo requer maiores predicados. Assim é que o menor de 16(dezesseis) anos, embora seja sujeito de direito, não está habilitado a litigar sozinho em juízo, por ser absolutamente incapaz (art. 3º, I, do CC/2002). Se desejar fazê-lo, deverá ser representado por um dos genitores.

5.4 Legitimidade *ad causam*

A legitimidade das partes ou legitimidade para agir⁸⁰² é uma das categorias mais importantes do direito processual. Cuida-se de relevante requisito de eficácia da sentença judicial, sem o que o provimento jurisdicional não afetará terceiro, eventual titular do direito material ou do dever jurídico, que restou ausente da lide.

Ela figura entre as condições da ação⁸⁰³, que são requisitos de admissibilidade para o julgamento de mérito da causa⁸⁰⁴. Portanto, a pretensão da parte só será analisada se estiverem presentes todas as condições da ação previstas no inciso VI do art. 267 do

801 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, volume I: processo de conhecimento*. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138.

802 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 406.

803 A propósito, Chiovenda o seguinte conceito de condições da ação: “Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável. Variam segundo a natureza do pronunciamento. Assim, se se pleiteia uma sentença condenatória, veremos que as condições para obtê-la normalmente são: 1º a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2º a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3º o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos.

A sentença, pois, que se pronuncia sobre a demanda pode negar a ação por falta, seja de interesse, seja de qualidade, seja de um bem garantido pela lei; em todos os três casos, é favorável ao réu, reconhece-lhe um bem produz a coisa julgada, mas em graus diferentes. Se nega a ação por ausência de interesse, não nega que a ação possa vir a surgir relativamente ao próprio direito já deduzido na lide, quer dizer, com fundamento num interesse novo (por exemplo, nova lesão de direito, recusa efetiva de adimplir). Se nega a ação por ausência de qualidade, não nega que o autor possa propor de novo a ação relativamente ao próprio direito, quer dizer, com fundamento num fato que lhe confira a qualidade (cessão, sucessão). Se nega, ao revés, a ação por ausência de uma vontade de lei que assegure um bem, a absolvição do réu é completa e definitiva: é o máximo que se concede ao réu. O autor, neste caso, não poderá mais agir, a não ser que prove que a vontade da lei, antes inexistente, surgiu apoiada num fato novo.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. - Campinas (SP): Bookseller, 2009, p. 109-110).

804 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 212.

CPC (interesse de agir, legitimidade de parte e possibilidade jurídica do pedido), como dimostrato no capítulo II.

Para Jaime Guasp, a legitimidade *ad causam* deve ser aferida à luz do caso concreto⁸⁰⁵. Salvatore Satta definiu parte como aquele que é titular do interesse⁸⁰⁶, sendo certo que entende que o reconhecimento da ilegitimidade de parte enseja julgamento de mérito da lide⁸⁰⁷. Ele também sustentou uma nítida diferença entre

805 Confira-se o excerto: “El requisito de la capacidad, em su doble grado de capacidad para ser parte y de capacidad procesal de obrar, resuelve el problema de la aptitud para figurar y actuar como parte em un proceso. Pero, por el mismo sentido de esta exigencia, tal aptitud se refiere a cualquier proceso en general y a ninguno em particular. Para poder figurar y actuar eficazmente como parte, no ya em un proceso cualquiera, sino em un determinado, no basta com disponer de esta aptitud general, sino que es necesaria condición más precisa, referida singularmente al litigio de que se trate. Tal condición, que afecta al proceso, no em su dimensión común, sino el lo que tine de individual y determinado, es la que recibe el nombre de legitimación em causa o legitimación procesal.” (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. - vol. I. - 3. ed. - Madrid (Espanha): Instituto de Estudios Politicos, 1968, p. 185).

806 Eis o conceito: “Da quanto abbiamo detto, emerge che la parte non si può dissociare dalla titolarità dell'interesse che si fa valere in giudizio, cioè in definitiva dalla titolarità dell'azione – v. *infra*, nn. 73, 77 -. Ma poiché l'azione si concreta nella domanda, cioè própria nella postulazione del giudizio come favorevole, è la domanda che attribuisce la qualità di *parte*, onde è esatta la formula tradizionale che definisce la parte como il soggetto che in próprio nome domanda o il soggetto contro il quale la domanda, sempre n próprio nome, è proposta.

Senonché questo inevitabile riferimento alla domanda è stato inteso dalla dottrina nel senso di escludere il riferimento all'interesse, e ciò sulla base della considerazione che la domanda, como atto del processo, potrebbe essere proposta da chi no è titolare dell'interesse: onde la scissione della parte (che domanda) dala giusta parte (che há título per domandare, ma non ha domandato, e quindi non è parte). La titolarità a domandare si indica col termine, entrato largamente nell'uso, di *legittimazione ad agire* e rispettivamente a contraddire (*legitimatio ad causam*); e dalla accennata scissione si fa conseguire che la questione relativa alla legittimazione è secondaria rispetto alla regolarità del processo tra le parti determinate in base alla domanda, questione di merito da risolvere dopo le questioni inerenti alla regolare costituzione del processo.

La pretesa scissione della parte dalla giusta parte è frutto di un equivoco, e precisamente della arbitraria distinzione fra posizioni processuali e posizioni sostanziali della parte. In realtà chi domanda, e per ciò solo che domanda, afferma la própria legittimazione, cioè postula che l'ordinamento giuridico riconosce e tutela como suo l'interesse che vuol far valere. Egli è quindi sempre parte e giusta parte, o per meglio dire non há senso distinguere in lui la parte dalla giusta parte. Che se poi il giudice gli dice che l'interesse che egli vuol far valere non è suo, ma è di un altro, o comunque non è riconosciuto dall'ordinamento (es. L'interesse del locatore a far riconoscere o a disconoscere la servitù relativa al fondo locato), la sua domanda sarà respinta próprio per questo, e non perché egli pur essendo parte, nono è la giusta parte.

(...)

Piuttosto conviene accennare che quando si parla di parte e si fa, giustamente, riferimento al titolare dell'interesse, non si deve dimenticare che nel processo si può avere una serie di soggetti che tutti concorrono, ciascuno secondo una sua atribuzione, a formare la parte, onde si è parlato di parte complessa. Così il rappresentante e il rappresentato, così la società di persone e i soci he la compongono, così la parte e il difensore. Questi soggetti sono tutti insieme la parte, onde non possono, como terzi, testimoniare nella causa, e la sentenza fa stato nei loro confronti.” (SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. - 30.ed. - Roma (Itália): Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000, p. 100-102).

807 No ponto, trazemos à colação os ensinamentos de Satta: “Deriva da quanto detto che la decisione sulla legittimazione è sempre una decisione de merito, e negare la legittimazione equivale a negare il diritto. Onde giustamente la regola della legittimazione è data dal diritto sostanziale, non dal processuale (decisiva riprova nel nostro assunto), como chiaramente si evinceva dall'art. 27 delle disp. Prel. Al codice civile, e nel diritto sostanziale bisogna ricercare anche i casi che si sogliono chiamare

representante e substituto processual⁸⁰⁸.

A legitimidade é definida pela lei, que estabelece o legitimado dentre os vários interessados. Em geral, a lei estabelece o titular do interesse⁸⁰⁹ como a pessoa legitimada a defendê-lo em juízo (art. 6º do CPC), permitindo, de modo excepcional, que terceiro, legalmente autorizado, litigue em nome próprio no interesse alheio. Esta é a legitimidade ativa para a causa. Assim é que entre os diversos interessados no reconhecimento da paternidade, como o tio materno ou um primo, apenas a criança, representada por sua mãe, pode ingressar em juízo contra o suposto pai. Trata-se de um direito personalíssimo, conforme determinação legal (citar CC). Ou então o caso do Sindicato que, autorizado por lei (CLT, art. 872, parágrafo único) pode ingressar em juízo, com o objetivo de que melhorias salariais sejam conferidas em favor da categoria que representa, nessa hipótese há legitimidade extraordinária.

Cuida-se, portanto, de um poder atribuído pela lei a determinada pessoa, legitimando-a a ingressar em juízo e a prosseguir na lide, até final provimento de mérito acerca de sua pretensão⁸¹⁰. A escolha do legislador em favor do titular do interesse, e não de outra pessoa, como o legitimado ativo para a causa (legitimidade ordinária),

di legittimazione anomala (sostituzione processuale), e che in realtà di anomalo non hanno propria nulla, perché sono casi normali di interessi presi in considerazione e tutelati dalla legge (v. supra, n. 57).” (SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. - 30. ed. - Roma (Itália): Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000, p. 139).

808 Confira-se a passagem: “Individuati i casi di sostituzione processuale come casi di *esercizio di un diritto próprio relativo a rapporti altrui*, cade anche la ragione pratica di creare la figura del sostituto como contrapposto a quella di rappresentante. Tal contrapposizione formale non è nemmeno priva di pericolo, in quanto indurrebbe a far credere che il rappresentante (a differenza del sostituto) non sia parte, mentre, como abbiamo visto, egli è parte, *sia pure non in proprio nome, e su lui, sia pure como rappresentante, e non in proprio*, ricadono tutte le conseguenze del processo. Né d'altra parte il sostituto há, per il solo fatto della pretesa sostituzione, alcun diritto al rimborso delle spese da parte del sostituito, salvo che ciò non derivi dal particolare rapporto sostanziale che lo vincola al sostituito medesimo. Infine è da notare che, dovendo i soggetti del rapporto essere presenti in causa quando il terzo agisce per la tutela del proprio diritto, l'estensione ad essi della cosa giudicata non presenta particolari difficoltà. Ben s'intende l'estensione nei confronti del terzo, perché non è affatto da escludere che la cosa giudicata non si costituisca fra i soggetti del rapporto, e relativamente all'oggetto del rapporto stesso, che rimane impregiudicato: com che si conferma ancora di più l'inconsistenza della presa sostituzione.” (SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. - 30. ed. - Roma (Itália): Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000, p. 109-110).

809 SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, volume I: processo de conhecimento*. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129.

810 Convém trazer à baila a reflexão de Donald Armelin sobre o critério de definição do legitimado para agir em Juízo, pela lei: “Portanto, o poder nem sempre resulta de convergência de vontades majoritárias, mas de imposição de quem tem condições de o empolgar e manter, independentemente de refletir a vontade da maioria. Por isso mesmo, tal como sói acontecer em outros sistemas jurídicos, em nosso ordenamento quem tiver condições de influenciar na formação da norma jurídica terá evidentemente condições de distribuir poder para atuar no plano jurídico, ou seja, fixar a legitimidade para agir nos vários quadrantes do universo jurídico.” (ARMELIN, Donald. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social/organizador Carlos Alberto de Salles*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 114).

decorre de uma opção, por entender que esta pessoa é a que detém melhores condições, e de fato será a maior beneficiada com o provimento jurisdicional.

Além disso, é importante destacar que a legitimidade para a causa é vista também sob a perspectiva passiva. É que a relação jurídica processual é bilateral e, sempre que possível, deve retratar os elementos da relação jurídica material deduzida em juízo⁸¹¹. Assim, a legitimação no pólo passivo da lide (réu) corresponde àquele resiste à pretensão do autor. É o caso do locatário inadimplente, que resiste em sair do imóvel, por isso que réu em ação de despejo ajuizada pelo proprietário do imóvel. Ou então da empresa que não concorda em recuperar área que degradou às margens do rio, mediante a utilização não adequada de tratores com correntes, de modo que será ré em ACP proposta pelo Ministério Público, para a recuperação da vegetação, assim como para ser condenada a ressarcir os demais danos.

Não se olvida que qualquer um pode ingressar em juízo, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da CRFB, que consagrou o direito de ação. Cuida-se de um direito público, subjetivo, autônomo e abstrato de requerer a manifestação do Poder Judiciário, e, em caso de procedência do pedido, obter uma tutela jurisdicional adequada⁸¹². Contudo, apenas as pessoas legitimadas poderão prosseguir na lide e obter um provimento de mérito a respeito de sua pretensão. Esse o motivo de Alexandre Câmara questionar a denominação dessa categoria processual como condições da ação, preferindo denominá-la requisitos do provimento final⁸¹³.

811 A pertinência subjetiva de direitos, como elemento presente na legitimidade ad causam, foi enfatizada por Chiovenda: “No tocante às condições da ação, basta, em geral, que existam no momento da sentença (mais precisamente no encerramento da discussão, adiante, nº 38), e regulam-se em parte pela lei substancial, desde que essa é a lei que informa sobre a existência duma obrigação, sobre o inadimplemento, sobre a pertinência subjetiva dos direitos.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. - Campinas (SP): Bookseller, 2009, p. 112-113).

812 A observação quanto ao direito à tutela adequada é feita por José Roberto dos Santos Bedaque: “Insuficiente afirmar que a Constituição assegura o denominado direito abstrato ou incondicionado de ação. É preciso identificar o que isso efetivamente representa para o patrimônio jurídico da pessoa. Importante fixar que todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados para alcançar esse objetivo. Significa, portanto, que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed., rev. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 66).

813 Confira-se a sua justificativa: “Como afirmamos no tópico anterior, as tradicionalmente chamadas 'condições da ação' são, a nossa juízo, requisitos do provimento final. Não se mostra adequada a utilização da designação 'condições', uma vez que não se está aqui diante de um evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico, sendo por esta razão preferível falar em requisitos. Ademais, não parece que se esteja aqui diante de requisitos da ação, pois esta, a nosso sentir, existe ainda que tais requisitos não se façam presentes. Mesmo quando ausente alguma das condições da ação, o que levará à prolação de sentença meramente terminativa, a qual não contém

Em relação aos direitos metaindividuais, há, em suma, três correntes doutrinárias a respeito da legitimação: a) legitimação ordinária; b) legitimação extraordinária; c) legitimação autônoma para a condução do processo.

5.5 Legitimação ordinária

A legitimidade ordinária obedece a disciplina fixada no item anterior. Assim, nos termos do art. 6º do CPC, são partes legítimas, para fins de admissibilidade da pretensão deduzida em juízo (permissão para julgamento do mérito), aqueles que, conforme as alegações lançadas na petição inicial, figuram, respectivamente, como o titular do interesse ou direito lesado, que se busca proteger ou reconhecer, e réu, aquele a quem se imputa uma ação ilícita ou a responsabilidade pela prática de um dano.

A doutrina assevera que para a configuração da legitimidade, deve haver uma correspondência entre a situação legitimante (relação fática) e a situação legitimada (previsão legal), revelando a pertinência subjetiva do interesse positivada⁸¹⁴. Daí a conclusão de que a legitimidade é uma condição provisória ou transitiva⁸¹⁵, existente apenas em face de determinada pessoa e em virtude de determinado fato, que produz efeito jurídicos.

A aferição das condições deve ser feita em virtude das alegações descritas na petição inicial (*in statu assertionis*)⁸¹⁶.

Há, na legitimidade ordinária, uma completa correspondência entre os integrantes da relação jurídica material questionada em juízo, e os integrantes da relação jurídica processual. Em suma, têm legitimidade ordinária aqueles que, conforme as alegações constantes da petição inicial, possam ser atingidos pelos efeitos da tutela

resolução do mérito, terá havido exercício de função jurisdicional, o que revela ter havido exercício do poder de ação. Assim, e considerando que a presença de tais requisitos se faz necessária para que o juízo possa proferir o provimento final do processo (a sentença de mérito no processo cognitivo, a satisfação do crédito no processo executivo, a sentença cautelar no processo dessa natureza), é que preferimos a denominação requisitos do provimento final.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, volume I*. 15 ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.126).

814 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*, p. 167.

815 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 420.

816 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*, p. 167.

jurisdicional⁸¹⁷. Desse modo, se uma pessoa tem um carro abalroado, ela tem legitimidade ordinária para demandar em juízo contra o autor do dano, reclamando-lhe a competente indenização. Ambos serão afetados pela futura sentença de mérito, a pretensão for julgada procedente: o réu terá que arcar com o ressarcimento dos danos, e o autor terá direito à indenização. Do mesmo modo, um menor que tem necessidade de pensão alimentícia, para a sua subsistência, terá legitimidade ordinária para ingressar em juízo, em desfavor do pai, cujo vínculo jurídico consta em certidão de nascimento. No ponto, convém observar que, não observar ostentar legitimidade, o menor de 16 (dezesesseis) anos (incapacidade absoluta) deverá ser representado em juízo pela mãe. Essa não se confunde com a substituição, como se demonstrará a seguir. O representante age em nome alheio, no interesse alheio⁸¹⁸. Na legitimidade ordinária, é o próprio titular do interesse quem o defende em juízo. É o modo clássico de defesa do judicial dos interesses. Essa categoria está vinculada ao princípio clássico da autonomia privada.

No tocante aos direitos difusos, há quem sustente que a legitimidade para a sua defesa é ordinária⁸¹⁹. Isto porque dada a indeterminabilidade do seus titulares, toda e qualquer pessoa, inclusive as jurídicas, seriam titulares desses direitos, daí a sua legitimidade ordinária. Esse corrente doutrinária ganharia maior respaldo na hipótese da legitimação das associações, cujo objetivos estatutários correspondessem à defesa de determinados interesses e direitos metaindividuais. Em tal, situação a legitimação ordinária seria da própria associação, e não de terceiros. É como se os próprios associados estivessem a agir, ideologicamente representados pela associação.

Há também doutrina que sustenta que a legitimidade do Ministério Público para a ACP é uma legitimação ordinária constitucional, por isso que deflui diretamente do

817 COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, p. 178.

818 A lição de Cândido Rangel Dinamarco, a respeito do tema, é bastante salutar: “Representante não é parte. Regras de direito material e processual impõem que, em diversas situações, os interesses de uma pessoa sejam geridos ou defendidos por outra. Assim são todas as pessoas jurídicas porque, consistindo numa abstração, não têm existência física e sempre atuam pela mão do agente que alei ou o estatuto indicar (CPC, art. 12); assim também, os incapazes em geral, que, por serem impedidos de administrar sua pessoa e bens, ou somente os bens, são necessariamente representados pelos pais, tutor ou curador (em caso de incapacidade relativa os pais os assistem e não representam, mas da mesma forma não são partes – CC, arts. 3º e 4º; CPC, art. 8º). Como o representante não é parte, não se está diante de demandas iguais ou mesma demanda, mas demandas diferentes, quando a primeira iniciativa é tomada por um sujeito em nome próprio e a segunda, na qualidade de representante: na primeira delas ele é autor, mas na segunda é autora a pessoa representada (física ou jurídica, conforme o caso).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume II*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 119).

819 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. – 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 177.

disposto no art. 129, III, da CRFB⁸²⁰.

Os argumentos contrários a essa corrente doutrinária, fundamentam-se no fato de que as associações e o Ministério Público não são titulares exclusivos dos interesses e direitos metaindividuais. Desse modo, ao agir em juízo, se defendem objetivos próprios, também defendem posições jurídicas de terceiros. A legitimidade ordinária não se coadunaria com a configuração dos direitos metaindividuais, sobretudo os difusos. Isto porque nesta defesa, aquele que postula, não o faz em função de algo que lhe é próprio, mas também alheio e indivisível. Não haveria, portanto, o interesse direito e exclusivo, própria da legitimidade ordinária.⁸²¹

5.6 Legitimação extraordinária

A legitimidade extraordinária corresponde a uma ruptura com o direito material. Em geral, é parte legítima para a causa o titular do interesse ou do direito. No entanto, quando à legitimidade extraordinária⁸²², o mesmo não acontece. Isto porque nesse caso o litigante não corresponde ao titular do direito, mas a uma pessoa que o substitui na relação processual.

A legitimação extraordinária não se confunde com a substituição processual, na percepção de Alexandre Câmara⁸²³. É que na percepção desse prestigiado jurista, na

820 ALVIM, J. E. Carreira. *Ação civil pública e direito difuso à segurança pública*. In: Revista de processo, n. 124, ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

821 LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo, p. 152.

822 Cassio Scarpinella Bueno bem descreveu esse fenômeno processual: “Excepcionalmente, o sistema processual admite uma *ruptura*, uma verdadeira *quebra* entre os planos do direito material (provável titular do bem da vida) e do direito processual (quem se apresenta em juízo para tutelar este bem da vida). São os casos de *legitimidade extraordinária* – parte no plano processual e no plano material, assunto também mencionado no n. 3.2.4 do Capítulo 3, *infra*. Isto, no entanto, não infirma o paralelo que pode ser traçado entre a 'capacidade jurídica' (no plano do processo, 'capacidade de ser parte') e a 'legitimidade para a causa' naqueles casos em que quem aparece em juízo é quem se afirma titular da relação jurídica deduzida em juízo, fazendo com que as duas realidades coincidam. Não será por outra razão, aliás, que parcela da doutrina nacional – forte nos processualistas alemães – não deixa de querer ver a *legitimidade extraordinária* como fenômeno que se dá no âmbito dos pressupostos processuais (legitimidade para o processo – quem pode, em nome alheio, ser *condutor do processo*) e não no das condições da ação (legitimidade para a causa – a quem pertence o bem da vida deduzido em juízo). É dizer: para estes doutrinadores, a 'legitimidade extraordinária' só tem relevância para o processo, só diz respeito a saber quem pode *conduzir validamente* o processo, sendo menos importante, *para este fim*, saber de quem é o bem da vida nele deduzido.” (p. 408-409).

823 A justificativa apresentada por Alexandre Câmara, para tanto, é a seguinte: “Não se pode confundir a legitimidade extraordinária com a substituição processual. Esta ocorre quando, em um processo, o legitimado extraordinário atua em nome próprio, na defesa de interesse alheio, sem que o

legitimação extraordinária aquele que litiga em juízo também tem interesse na causa, sendo certo que poderá ser secundado na lide pelos demais titulares do direito discutido em juízo, ao passo que na substituição processual o autor age em nome próprio, sem qualquer vínculo com o direito material, e não pode ser auxiliado pelo titular do direito material. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, divergindo apenas com relação à terminologia, destaca que a substituição processual corresponde a uma legitimação extraordinária exclusiva, pois é a lei quem determina a substituição do legitimado ordinária pelo legitimado extraordinário.⁸²⁴

Há quem defenda que vigora quanto à legitimidade extraordinária o princípio da disponibilidade da ação, porque o titular da ação, pode propô-la ou não, ao seu alvedrio⁸²⁵. No entanto, esse raciocínio não poder aplicado, na íntegra, em relação à ACP, como será visto à frente.

Alguns doutrinadores, como Alexandre Câmara, que a legitimação extraordinária exclusiva está presente na ação popular⁸²⁶. Cuida-se da hipótese em que legitimado extraordinário atua com exclusividade em juízo, privando aquele que, não fosse a disposição legal especial, seria o legitimado ordinário para figurar na lide⁸²⁷.

A doutrina também enumera outra espécie de legitimidade extraordinária, qual

legitimado ordinário atue em conjunto com ele. Assim, por exemplo, se o Ministério Público propõe 'ação de investigação de paternidade', atuando em defesa do interesse de um menor, temos substituição processual. O fenômeno não se caracterizará, porém, se a demanda for ajuizada, em litisconsórcio, pelo MP e pelo menor, legitimado ordinário. Em outros termos, só ocorrerá substituição processual quando alguém estiver em juízo em nome próprio, em lugar do (substituindo) legitimado ordinário." (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, volume I*. 15 ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 129).

824 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p. 242.

825 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, volume I: processo de conhecimento*. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130.

826 Eis a sua fundamentação: "A legitimidade extraordinária pode ser exclusiva, concorrente ou subsidiária. É exclusiva quando apenas o legitimado extraordinário pode ir a juízo, mas não o legitimado ordinário. Sempre se usou, como exemplo, a hipótese de defesa em juízo, pelo marido, dos bens dotais da mulher (art. 289, III, do Código Civil de 1916, sem correspondente no Código Civil de 2002). Parece-nos, porém, e com apoio em moderna doutrina sobre o tema, que a proibição que se faça ao titular do interesse de ir a juízo pleitear sua tutela é inconstitucional, o que faz concluir que não se pode admitir a existência de legitimidade extraordinária exclusiva nos casos em que exista um legitimado ordinário, por ferir a garantia constitucional da inafastabilidade do acesso ao judiciário. Admite-se, assim, a existência de legitimidade extraordinária exclusiva, em nosso sistema constitucional vigente, apenas nos casos em que inexistir um titular do direito subjetivo ou da posição jurídica de vantagem afirmada, como, por exemplo, na ação popular, em que a legitimidade do cidadão é extraordinária, mas não há legitimado ordinário, uma vez que o interesse submetido à tutela jurisdiccional é um interesse supra-individual." (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, volume I*. 15 ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 128).

827 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas*. In: *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*/Coordenador José Augusto Garcia de Sousa. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 55.

seja, a concorrente. Essa legitimidade é aquela atribuída a várias pessoas e órgãos. Assim, uma mesma pretensão material pode ser deduzida em juízo por qualquer dos entes legitimados. No entanto, não pode haver duplicidade ações. Nessa hipótese, tanto o legitimado ordinário, quanto o extraordinário podem demandar em juízo, isoladamente, assim como em litisconsórcio, facultativamente.

A legitimidade concorrente pode ser conjuntiva ou disjuntiva. Na conjuntiva, há mais de um legitimado, mas todos devem atuar conjuntamente, em litisconsórcio necessário. Na disjuntiva, os legitimados podem comparecer em juízo, separadamente ou em conjunto. Não há necessidade de aquiescência dos demais legitimados para a propositura da ação⁸²⁸.

Há também outra classificação da legitimidade extraordinária: primária e subsidiária. Não primeira o legitimidade estaria habilitada a agir, sem ter de aguardar qualquer prazo ou condição, enquanto que na subsidiária o legitimado só pode agir em virtude da inércia de outra legitimado.⁸²⁹

Quanto à ACP, há quem sustente que se trata de legitimidade extraordinária⁸³⁰. Com efeito, José dos Santos Carvalho Filho entende que, à luz do disposto no 129, III, da CF/1988, assim como em virtude do que rezam o art. 25, IV, da Lei nº 8.625/1993, e art. 6º, VII, da Lei Complementar nº 75/1993, é lícito afirmar que a legitimidade do MP somente é reservada para a tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, isto é, interesses e direitos sociais indisponíveis. Diante do quadro normativo constitucional e legal em que se insere o MP, não há fundamento jurídico para essa instituição atuar na defesa de direitos individuais homogêneos, divisíveis e de cunho individual. Assevera que a norma constitucional só legitimidade o MP para a defesa do que se revele como social ou o que é individual, porém fora de disposição do titular. A propósito, critica os precedentes jurisprudenciais que autorizam o MP a atuar na defesa de direitos individuais homogêneos, sob o argumento de que as causas envolvendo esses direitos refletem interesse social relevante.

A crítica que se faz a essa corrente doutrinária é no sentido de que o colegitimado para a ACP não atua apenas em nome próprio na defesa de interesse

828 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Ações coletivas no direito processual civil brasileiro: exame de alguns casos julgados pelos tribunais brasileiros*. In: *Ação civil pública após 25 anos/coordenador Édis Milaré*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 613.

829 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p. 241.

830 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*, p. 144.

alheio, mas também atua em favor de seus próprios interesses e direitos.⁸³¹

5.7 Legitimidade autônoma para a condução da lide

Essa espécie de legitimação diverge da estrutura das duas espécies anteriormente analisadas. Há quem afirme que a legitimação autônoma para a condução da lide caracteriza uma terceira espécie de legitimidade, sendo que outra corrente sustenta que se trata uma subespécie da legitimação extraordinária.

Entre os defensores da primeira corrente, citamos Nelson Nery e Rosa Maria de Andra Nery, que estabelecem uma distinção precisa entre legitimidade extraordinária subordinada e legitimidade extraordinária autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*)⁸³². Na visão desses renomados professores, a legitimação autônoma para a condução do processo é própria da tutela de direitos difusos e coletivos, consistindo em uma verdadeira legitimação ordinária. Em relação aos direitos individuais homogêneos, entendem que na ACP haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária⁸³³.

Entre os adeptos da segunda corrente, citamos Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, na medida em que sustenta que a legitimação extraordinária pode ser classificada em subordinada ou autônoma, quando a atuação do legitimado extraordinário estivesse ou não subordinada à presença do legitimado ordinário⁸³⁴.

Entendemos que a melhor opção para a defesa dos direitos metaindividuais é a legitimação autônoma para a condução do processo. Como consignado nos itens precedentes, a legitimidade ordinária, em suma, corresponde à situação em que aquele que litiga em juízo é o titular do interesse ou direito que se objetiva tutelar. Por outro lado, na legitimação extraordinária, quem demanda em juízo o faz em nome próprio, porém no interesse alheio, porque não é titular do direito discutido em juízo.

Em matéria de direitos difusos, especialmente no âmbito dos direitos

831 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 153.

832 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. - 13. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 209.

833 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 1661.

834 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, p. 240.

difusos e coletivos, que guardam a nota da indivisibilidade, quem litiga em juízo também é titular do interesse ou direito que se objetiva tutelar.⁸³⁵ De fato, como demonstrado no primeiro capítulo, os direitos pertencem a todos, os seus titulares são indeterminados ou indetermináveis. É o caso da associação cujo objetivo estatutário seja a defesa de direitos difusos, como o meio ambiente. Ou então o MP, cujas atribuições para a defesa dos direitos metaindividuais têm previsão constitucional (arts. 127 e 129).

Assim, diz-se que é legitimidade extraordinária, porque o autor age em nome próprio, no interesse alheio; mas também é autônomo, porque o autor também age no interesse próprio, sem depender da presença ou da aquiescência dos outros titulares para demandar em juízo.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, entendemos que não se trata de hipótese de legitimação autônoma, mas de legitimação extraordinária. Deveras, esses direitos são divisíveis e, portanto, disponíveis. Apenas em função da quantidade de lesados, é que ganha importância social. Assim, o colegitimado para a ACP não atua na defesa de interesse próprio, mas exclusivamente no interesse alheio. É o caso, por exemplo, de determinada associação que ingressa com ACP em favor dos associados, na busca por indenização derivada da não entrega de unidades imobiliárias.

5.8 Legitimidade conglobante

Cuida-se de legitimidade derivada do sistema. Assim é que, para a defesa de certos interesses ou direitos, embora não haja previsão legal expressa, é possível que pode determinada compareça em juízo, desde que o sistema autorize essa conduta

Isto porque a legitimidade para agir deve ser identificada não só a partir da leitura da legislação processual, mas sobretudo das normas constitucionais e das demais normas do tecido infraconstitucional.

Tratando-se de interesses metaindividuais inéditos, sem previsão legal, entendemos que essa legitimação será conferida pelo Poder Judiciário, tendo em vista a

835 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 152.

sua competência para a juridicização de novos interesses, conforme exposição lançada no primeiro capítulo. Com efeito, de acordo com a doutrina clássica, figurará no processo quem a lei permitir. Acreditamos que este raciocínio esteja parcialmente correto, sobretudo em função da configuração do interesses e direitos metaindividuais. É que, conforma demonstração lançada no primeiro capítulo, o Poder Judiciário, desde que de maneira fundamentada, com apoio na CF/1988 e nos princípios gerais de direito, poderá reconhecer novos direitos metaindividuais. Isso poderá implicar no reconhecimento da legitimidade a novos atores, a par dos já existentes no catálogo legal.

A fixação da parte legítima deverá ser aferida à luz do caso concreto, de acordo com a relação jurídica material deduzida em juízo. É determinante a localização do sujeito da demanda em determinada relação jurídica. Isto porque no âmbito das relações jurídicas bilaterais, como a relação jurídica processual, a legitimidade deve se fazer presente nos dois polos, sob pena de ineficácia em relação à parte legítima, que não se fez presente no processo. Assim é que o autor, ao deduzir a lide em juízo, deve demonstrar não só a sua qualidade, mediante a correta demonstração de sua posição na relação jurídica material posta à apreciação judicial, como também a do réu.

Deste modo, em uma ação de indenização por danos material em virtude de acidente de veículo, deve demonstrar a propriedade do veículo abalroado, assim como a culpa do réu, em virtude da inobservância das regras de trânsito. Da mesma maneira, em uma ação de reintegração de posse, compete ao autor demonstrar, de acordo com o disposto no art. 927 do Código de Processo Civil e nos artigos 1.196, 1.204 e 1.210, bem como no inciso I do art. 1.225 e no art. 1.227, todos do Código Civil, que era possuidor da área litigiosa e que sofreu esbulho perpetrado pelo réu.

É fundamental, portanto, que ambas as partes integrem a relação jurídica material deduzida em juízo, ou estejam autorizadas a demandar, em nome próprio, direito alheio (art. 6 do CPC), sob pena de extinção do processo sem análise da pretensão esposada na petição inicial. É que se essa não fosse a sistemática, pessoas sem qualquer relação com o direito discutido pelas partes, poderiam ingressar em juízo para obter um provimento de mérito a respeito. Ora, em tal situação a sentença em nada lhe seria útil⁸³⁶. Daí porque sustenta-se que há uma íntima conexão entre legitimidade e

836 Cândido Rangel Dinamarco destaca que o direito de ação, embora univesal e autônomo, deve se compatibilizar com razões de ordem ética ou econômica: “Razões de ordem ética ou econômica legitimam certas limitações impostas pela lei ao direito ao provimento de mérito. Quando se diz que todos têm direito ao pronunciamento dos juízes sobre suas pretensões, esse todos não significa que qualquer pessoa o tenha, em qualquer circunstância (Liebman). A tendência à universalização da tutela

interesse de agir⁸³⁷.

Até porque poucos são os legitimados para a ACP, em comparação com a dimensão das pessoas atingidas pela coisa julgada, sobretudo no que diz respeito aos direitos difusos e aos coletivos em sentido estrito.

Um dos princípios do direito processual coletivo é a máxima proteção dos interesses socialmente relevantes. Essa proteção, com efeito, será alcançada franqueando-se a mais pessoas e a mais órgãos públicos a sua tutela⁸³⁸.

5.9 Controle judicial da “representatividade adequada”

Há autores, no Brasil, que repudiam a possibilidade de controle judicial de legitimidade coletiva para a tutela de direitos metaindividuais. De acordo com essa corrente doutrinária, para conferir a legitimidade basta a análise do rol legal de legitimados. Não poderia o juiz ou o tribunal, portanto, declarar que determinada pessoa ou órgão não tem o direito de integrar a relação jurídica processual. Esta análise, conforme essa doutrina, é reservada, em caráter absoluto, ao legislador, daí porque é uma legitimação *ope legis*. Além disso, o modelo do controle judicial da legitimidade ativa no processo coletivo (*ope judicis*) é própria do sistema norte-americano (*Rule 23*), que dispõe sobre o procedimento (*defining function*), a certificação (*certification*), o

jurisdicional é refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei (supra, n. 42). Daí os requisitos do interesse de agir, caracterizado pela utilidade do provimento jurisdicional postulado ou a postular; da *legitimatío ad causam*, sem a qual o provimento se endereçaria a pessoas que não são titulares dos interesse em conflito e por isso seria também inútil; e da possibilidade jurídica da demanda, que é a compatibilidade, em tese, entre esta e a ordem jurídica nacional como um todo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume II*. 6ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 305).

837 A observação de Marcus Vinicius Rios Gonçalves é pertinente: “Se o sujeito processual litiga sobre causa com a qual não tem pertinência subjetiva, o resultado não lhe poderá ser útil. Por isso que, em certo aspecto, a falta de legitimidade *ad causam* avizinha-se da falta de interesse de agir, havendo quem diga que a ausência daquela implica a inexistência deste. Quem litiga sobre interesse alheio obterá um provimento inútil, pois não poderá realizá-lo concretamente. Daí por que, às vezes, é difícil detectar-se se a condição faltante é a legitimidade ou o interesse, questão de cunho apenas teórico, porque a falta de qualquer um deles produz a mesma consequência.” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. - 8. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103).

838 TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; MARIANO, Patrícia. *A legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública*. In: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Ano IX, nº 59*. - São Paulo: IOB, 2009, p. 112.

caráter vinculante do julgado (*binding effect*) e a *adequacy of representation*.⁸³⁹

No entanto, entendemos que o exame da representatividade adequada é fundamental, para o bom trâmite da ACP. Desse modo, o autor da ACP deve comparecer em juízo com condições de efetivamente defender a classe, sob pena de grave prejuízo ao substituídos, o que, ao fim, representaria ofensa aos princípios do devido processo legal e do acesso à ordem jurídica justa, além de grave prejuízo à ordem social.

Como demonstrado no primeiro e no terceiro capítulos, os direitos metaindividuais possuem grande importância social. Logo, o papel do magistrado nas lides coletivas não pode ser de indiferença, ou de total subserviência ao formalismo. Ao revés, deve preocupar-se com a boa tutela desses direitos e com sua efetividade, devendo adotar medidas, de ofício, o se o caso requerer.

O controle da adequada representação impede o uso oblíquo da ACP, evitando-se a utilização temerária desse instrumento processual por pessoas jurídicas que não tenham estrutura, tampouco boa-fé.

Portanto, entendemos que o magistrado pode realizar o controle da legitimidade na ACP. Isto porque a presunção de legitimidade daqueles elencados no art. 5º da LACP não é absoluta, podendo ser afastada, desde que de maneira fundamentada. Assim, o magistrado, percebendo que o autor da ACP não detém condições estruturais, técnicas ou morais para conduzir a ACP, deverá afastá-lo, intimando os outros colegitimados para assumirem a ação ou, em último caso, extinguir o processo, em julgamento de mérito, por ausência de legitimidade.

6. Modelos de legitimidade ativa no processo coletivo

Em função da concepção adotada pelo ordenamento jurídico em relação aos interesses e direitos metaindividuais, é possível verificar a configuração da legitimidade ativa para a tutela em juízo. Isto porque uma concepção publicista desses interesses e direitos ensejará a competência de órgãos públicos para a sua defesa em juízo, ao passo que uma concepção privatista franqueará essa tutela apenas a pessoas jurídicas de

839 VENTURI, Elton. *Comentário ao art. 2º*. In: *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo ibero-americano*. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2009. p. 49.

direito privado ou aos cidadãos⁸⁴⁰. Há também uma terceira via, denominada organizacional, consistente na atribuição de legitimidade ativa a organizações não-governamentais⁸⁴¹.

A outorga da legitimidade ativa somente em favor de órgãos e pessoas jurídicas de direito público conta com a vantagem de que esses entes têm melhor estrutura técnica e em geral gozam de isenção de custas, não tendo que suportar o ônus financeiro do processo. De fato, esses entes dispõem de um corpo jurídico extremamente profissional e acostumado a litigar, o que facilita e favorece a tutela em juízo dos interesses e dos direitos metaindividuais. Além disso, não sofrem as agruras das pessoas físicas, quanto à ausência de recursos para pagamento de bons advogados ou eventualmente de peritos.

No entanto, essa deferência exclusiva em favor de órgãos públicos sofre a pecha de ser antidemocrática. Isto porque não permite que os particulares participem do devido processo legal, e, por conseguinte, do convencimento judicial. Esse sistema pode eventualmente servir de empecilho ao reconhecimento judicial de novos interesses metaindividuais. Não há negar o fato de que a depender do regime político ou do matiz ideológico dos representantes dos órgãos públicos, certos interesses ou direitos metaindividuais não serão levados à apreciação do Poder Judiciário. É natural o desgaste político resultante da propositura de certas ações relativas a direitos metaindividuais, o que pode resultar na exoneração daquele que propôs a ação, se quem o nomeou não concordar com a medida judicial. Também existe o fato de que existe certa subjetividade na avaliação da conveniência da propositura da ação em favor desses interesses.

Portanto, reduzindo-se os titulares dessas ações a pessoas integrantes da Administração Pública, é possível que somente uma parcela dos interesses e direitos metaindividuais seja levada à apreciação do Poder Judiciário. Ora, tal sistema não atende à dinâmica do regime democrático, tampouco aos escopos da jurisdição. Especialmente no Brasil, tal sistema estaria inquinado de inconstitucionalidade, por malferir o disposto no artigo 1º e no art. 5º, XXXV, ambos da CRFB.

A outra possibilidade, consistente na outorga exclusiva a pessoas jurídicas de direito privado e/ou pessoas físicas, também apresenta aspectos positivos e negativos.

840 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - 2. ed rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

841 SALLES, Carlos Alberto de. *Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos*. In: Revista de processo, n. 121, ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

De positivo, há a circunstância de que essas pessoas são justamente os titulares dos interesses e direitos metaindividuais. Logo, os maiores interessados na defesa dessas pretensões. Se o respectivo sistema judicial lhes facilitar o acesso, é natural haja uma grande procura do Poder Judiciário para a tutela desses interesses e direitos. Assim, o direito material assistirá a uma constante evolução, provocada pelos precedentes judiciais. O que pode ser considerado negativo é que, não raro, os particulares não dispõem da mesma estrutura técnica, profissional e financeira dos órgãos públicos, o que lhe compromete a possibilidade de vitória em juízo. De fato, na maior parte dos casos, quem figura no polo passivo de uma lide relativa a direitos metaindividuais é uma pessoa jurídica de direito público ou uma pessoa jurídica de direito privado de grande porte econômico. Tais pessoas estão acostumadas a litigar, e, por isso, geralmente, possuem um excelente quadro de advogados e de procuradores, além de um ótimo quadro de técnicos. O que ocorre nestas lides é uma desigualdade processual: um litiga eventual, de poucos recursos, contra um litigante habitual, com excelente estrutura técnica. Ora, os interesses e os direitos metaindividuais, por repercutirem no patrimônio de um considerável número de pessoas ou quiçá no de todos os integrantes da sociedade, não pode ficar à mercê destas circunstâncias. A própria relevância intrínseca desses interesses e direitos recomenda melhor proteção judicial, com a participação de órgãos públicos em seu favor. Não só essa preocupação com a isonomia processual recomenda a atuação dos órgãos e pessoas jurídicas de direitos públicos nas lides envolvendo direitos metaindividuais. É que esses órgãos também funcionam como excelentes fiscais, impedindo a ocorrência de fraudes e de lesões graves à sociedade. Não se olvida que, diante da ausência de fiscalização estatal, seria possível a propositura de ação por alguma pessoa jurídica de direito privado em desfavor de outra pessoa jurídica, já previamente acertadas quanto à realização de acordo em termos amplamente favoráveis à ré. Ora, pela natureza indivisível dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, tal acordo geraria prejuízos a toda ou a uma parcela relevante da coletividade, em total desrespeito à lei.

Um sistema intermediário tem a vantagem de unir os aspectos favoráveis das concepções publicista e privatista, facilitando o acesso ao Judiciário, ao mesmo tempo em que garantindo uma boa defesa desses interesses e direitos e evitando a ocorrência de fraudes. Assim é que nesse sistema admite-se a legitimidade de órgãos e pessoas jurídicas de direito público, bem como de pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Quando a ação for deflagrada por pessoas de direito privado, necessariamente um dos

órgãos públicos, eleito pela lei, deverá intervir a fim de fiscalizar a fiel observância à Constituição e à legislação infraconstitucional, assim como zelar pela boa tutela dos interesses e direitos metaindividuais⁸⁴².

Em geral, os países que possuem em sistema de processo coletivo adotam uma posição intermediária, conferindo a legitimidade para a defesa em juízo dos direitos metaindividuais, tanto a órgãos públicos, como a pessoas jurídicas de direito privado. Na hipótese da tutela de direitos individuais homogêneos, alguns países permitem que uma pessoa física represente os direitos de outras pessoas. Com efeito, nos termos do art. 52, n. 3, da Constituição Portuguesa de 1976 e art. 2º da LAP não só pessoas jurídicas de direito privado e órgãos governamentais, estão autorizados a defender em juízo direitos metaindividuais, mas também as pessoas físicas. O mesmo ocorre na Colômbia, conforme se verifica do disposto no art. art. 88 da Constituição Política de 1991 e art. 12 de la Ley 472 de 1998; na Argentina, nos termos do art. 43 da Constitución Nacional, desde que demonstrado o respectivo interesse jurídico⁸⁴³.

O Brasil adotou o modelo intermediário, no que diz respeito à ACP, por isso que a LACP e o CDC, bem como outras leis especiais, autorizam a propositura de ação para a tutela de interesses e direitos metaindividuais por órgãos e pessoas jurídicas de direito público, bem assim por pessoas jurídicas de direito privado. No que tange aos direitos individuais homogêneos, o art. 101 do CDC permite que pessoas físicas se habilitem como litisconsortes ativos, se preencherem determinados requisitos. O modelo brasileiro será estudado com mais acuidade nos próximos itens. Por ora, registramos apenas essas informações, para situar a opção brasileira em relação às ordens jurídicas dos outros países que adotaram o processo coletivo ou algumas leis de tutela de interesses e direito metaindividuais.

A configuração da legitimidade ativa para a tutela de interesses e de direitos metaindividuais também deve ser analisada sob outra perspectiva. Trata-se de identificar

842 A melhor estruturação dos órgãos públicos para a defesa de interesses e direitos metaindividuais foi bastante realçada por Ricardo de Barros Leonel em sua obra, assertiva com a qual concordamos. Eis as suas palavras: “Em que pese a validade da atuação tanto de entes públicos como privados, ou mesmo do cidadão na defesa de interesses supraindividuais, a perfeição do modelo de legitimação não é identificada somente em um, e tampouco em outro polo da equação. A concessão de legitimação para agir a órgãos públicos apresenta maior probabilidade de êxito na implementação da tutela coletiva, em virtude da melhor estruturação destes para a promoção da respectiva defesa em juízo, e ainda da possibilidade de adoção do princípio da indisponibilidade da ação, o que é inviável com relação ao particular legitimado.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - 2. ed rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 147-148).

843 PINTO, Júnior Alexandre Moreira. A tutela coletiva no direito argentino. In: Revista de processo, n. 124, ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 164.

a natureza da titularidade, assim como se há possibilidade de formação de litisconsórcio ativo entre os cotitulares.

Com efeito, de acordo com a doutrina tradicional, a legitimidade processual pode compreender duas espécies: a) ordinária, em que o titular da ação é o titular do direito material discutido em juízo, que age por si ou por representante legal; b) extraordinária, quando um substituto processual age em nome próprio, mas no interesse alheio⁸⁴⁴ (art. 6º do CPC).

A legitimidade ordinária bem calha para o direito subjetivo clássico, contudo, parece não se adaptar à conformação dos interesses e direitos metaindividuais. Por sua própria natureza indivisível, esses direitos reclamam, de acordo com a regra da legitimidade ordinária, a presença em juízo de todos os seus titulares, para a formação do litisconsórcio necessário, porque a decisão deverá produzir efeitos uniformes para todos os titulares. No caso dos direitos difusos, esta tarefa, em algumas situações, é impossível, sendo certo que, relativamente aos direitos coletivos em sentido estrito, inviabilizaria a tramitação do processo, tendo em vista a enorme quantidade de titulares e mais ainda o número de volumes processuais, decorrentes da juntada da respectiva documentação pessoal dos titulares. Como facilmente se percebe, a legitimação ordinária não serve à tutela processual dos direitos metaindividuais, especialmente os difusos e os coletivos em sentido estrito.

De acordo com a doutrina tradicional, a legitimação extraordinária é a que melhor se adapta à espécie. Isto porque a presença de um substituto processual, com boa estrutura técnica, processual e econômica, facilita a trâmite processual, além de não causar prejuízo à tutela dos direitos metaindividuais. No entanto, em virtude da especial configuração dos interesses e direitos metaindividuais, também se questiona se é possível conceber-se a legitimação extraordinária para a defesa em juízo desses direitos. É que, algumas situações, a pessoa jurídica de direito privada que figura no polo ativo da lide não é substituto processual, mas sim cotitular do direito material. Dessa maneira, não poderia ser considerada legitimada extraordinária. É o que ocorre com a associação que demanda em juízo a condenação de uma empresa a uma obrigação de fazer, consistente na recuperação de um mata ciliar, cujo estatuto incluía como finalidade a defesa do meio ambiente. Por isso, há doutrina no sentido de que a legitimidade das pessoas jurídicas de direito privado seria ordinária, não extraordinária. Contudo, há

844 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil, vol. I.* - São Paulo: Saraiva, 1974, p. 159.

posição doutrinária em sentido contrário, no Brasil⁸⁴⁵. O argumento apresentado por essa corrente é no sentido de que nem todos os legitimados à propositura de ACP são titulares de interesses e de direitos metaindividuais, como o Ministério Público ou a Defensoria Pública. Desse modo, não haveria justificativa em se imputar a eles a legitimação ordinária. Além disso, sustenta-se que as associações não são titulares exclusivas de direitos metaindividuais, pois decorre da própria natureza desses direitos, especialmente os difusos e os coletivos, a existência de inúmeros titulares. Outro argumento aduzido é no sentido de que a legitimação ordinária e a extraordinária foram cunhadas para um processo civil de cunho individual, cujo substrato não é o mesmo do processo coletivo.

Em virtude desse estado de coisas, essa corrente preconiza a adoção de uma nova fórmula para a legitimação em tema de direitos metaindividuais. Cuida-se da legitimação autônoma para a condução do processo. Essa espécie de legitimação seria cabível apenas em sede de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, marcados pela indivisibilidade e com inúmeros titulares, cuja estrutura não seria compatível com a legitimação ordinária ou a extraordinária, como demonstrado acima. A mesma legitimação, porém, não teria cabimento em tema de direitos individuais homogêneos, cuja essência corresponde ao direito subjetivo clássico, motivo pelo qual a essa espécie de direito metaindividual seria adequada a legitimação extraordinária, quando a associação pleiteasse em defesa de seus associados, como os consumidores, ou então a legitimação ordinária, na hipótese em que o titular do direito individual homogêneo atuasse como litisconsorte ativo da associação autora da ACP, nos termos do art. 101 do

845 Eis os argumentos de Ricardo de Barros Leonel: “Este argumento ganharia maior peso quando se trata da legitimação das associações. Criadas e destinadas à defesa de determinados interesses, com reconhecimento estatutário de sua finalidade, a defesa em juízo seria interesses da própria entidade e não de terceiros.

Em que pese a respeitabilidade do posicionamento acima (legitimação ordinária), há contrapontos a serem indicados.

A afirmação de que a associação atua em defesa de interesse próprio – difusos -, posto que construída para tal fim, serve para as associações, porém não fica isenta de críticas com relação a outros legitimados, como, v. g., o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público. Estes agem em defesa de interesses supraindividuais, para os quais são vocacionados, mas dos quais não são propriamente titulares.

Ademais, as próprias associações não são titulares exclusivas de tais interesses, pois estão defendendo também posições jurídicas alheias, de uma coletividade indeterminada e indeterminável.

Há necessidade abandonar as concepções tradicionais da legitimação como premissas absolutas. A dualidade de conceitos – legitimação ordinária e extraordinária – não serve de forma adequada à identificação da legitimação em matéria de interesses supraindividuais. O princípio da identificação do interesse ainda aqui é válido, bem como seu liame com aquele que o postula em juízo, mas de forma peculiar, fugindo do raciocínio inflexível ligado à concepção individualista.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - 2. ed rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 152).

CDC. Até porque não há questionamentos quanto à natureza jurídica dessa legitimação, apenas em relação à identificação dos legitimados para tanto. Haveria, portanto, a legitimação autônoma para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a a legitimação ordinária ou extraordinária, conforme o caso, para os direitos individual homogêneos⁸⁴⁶.

7. Rol dos legitimados à propositura da ACP

A LACP dispensou tratamento uniforme para a propositura da ACP. Assim é que não fez distinção de legitimados em razão da espécie de interesse ou direito metaindividual em litígio⁸⁴⁷.

Nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, podem propor a ACP: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e) a associação que, concomitantemente: 1) esteja constituída há pelo menos 1(um) ano nos termos da lei civil; 2) 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 ou paisagístico.

O art. 82 do CDC reforça esse elenco, porque também autoriza a propor ACP: a) 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; b) as associações legalmente constituídas há pelo menos um

846 Essa ressalva é apresentada textualmente por Ricardo de Barros Leonel: “A legitimação autônoma não se confunde com a ordinária ou com a extraordinária. Parte de premissas distintas, e da peculiaridade de defesa em juízo de interesses que são, por natureza, indivisíveis e inerentes conjuntamente a toda uma coletividade, composta por membros indeterminados (na hipótese dos difusos) e eventualmente determináveis (na hipótese dos coletivos).

Esta questão comporta equação diversa quando se trata da tutela de interesses individuais homogêneos, que são apenas acidentalmente coletivos (em essência são individuais), e apenas tratados processualmente como coletivos por razões de política legislativa e de economia processual.

Assim, na tutela dos interesses individuais homogêneos, o que fica patente é a substituição processual – legitimação extraordinária – em que os legitimados postulam em juízo interesse alheio, fazendo-o em nome próprio.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - 2. ed rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 153).

847 BARROSO, Luís Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana*. In: *Revista de Processo*, nº 130, Ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 142.

ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. Porém, o parágrafo primeiro consigna que o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

7.1 Ministério Público

O MP é o colegitimado que ostenta as melhores condições para a propositura da ACP⁸⁴⁸. Afora o seu destacado aparato estrutural (assessores, consultores técnicos, interface com órgãos públicos), detém independência funcional (art. 127, §1º, da CF/1988) e valiosas atribuições funcionais, como poder de requisitar documentos de quaisquer órgãos públicos (art. 129, VI, da CF/1988).

O MP, quando não intervier como parte na ACP, atuará como fiscal da lei. Além disso, nos termos do art. 5º, §2º, da LACP, faculta-se ao Poder Público e a outras associações legitimadas habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. Permite-se, também, o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, para a defesa dos direitos metaindividuais. Nesse caso, a competência pertence à Justiça Federal.

Uns entendem que o rol é taxativo; para outros, o rol é exemplificativo. Compartilhamos da segunda corrente. Entendemos que se trata de norma processual, cuja analogia é plenamente permitida. Deve ser perquirida a finalidade da norma. Também deve ser feita uma interpretação constitucional atualizada da norma.

Nos termos do art. 129, III, da CF/1988 compete ao MP promover o inquérito civil e a ACP, com a finalidade de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses e direitos difusos e coletivos.

Emerge como certa da redação desse dispositivo a competência do MP para defender em juízo os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, cujos exemplos e

848 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. - 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

configuração foram estudados no primeiro capítulo. Assim, é incontroversa a legitimidade do MP para propor ACP em defesa do meio ambiente, em defesa do patrimônio histórico, ou em favor de determinada categoria de trabalhadores.

No entanto, em função da ausência de referência expressa, no citado art. 129 e no art. 127, *caput*, da CF/1988 aos direitos individuais homogêneos, assim como pelo fato desses direitos serem disponíveis, alguns doutrinadores, notadamente José dos Santos Carvalho Filho, sustentam a ilegitimidade do MP para a sua defesa, tanto no âmbito extrajudicial, como judicialmente.⁸⁴⁹ Especialmente em virtude do disposto no art. 25, IV, da Lei nº 8.625/1993 e art. 6º, VII, da Lei Complementar nº 75/1993, que conferem legitimidade ao MP para a proteção dos interesses sociais e direitos individuais disponíveis. Além disso, sustenta-se que os direitos individuais homogêneos não configurariam espécie de direitos metaindividuais.

Com o devido respeito aos defensores desse corrente doutrinária, discordamos desse entendimento.

Bem se verifica da parte final da redação do art. 129 da CF/1988, que o elenco de competências relacionadas no texto constitucional é apenas exemplificativo⁸⁵⁰. Desse modo, o legislador constituinte permitiu que outras competências, semelhantes às aquelas descritas no texto constitucional, fossem outorgadas ao MP.

No mesmo sentido dispõe o art. 129, IX, da CF/1988. De acordo com essa norma, compete ao MP o exercício de outras funções além daquelas relacionadas no texto constitucional, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades.

Esse contexto indica que o próprio texto constitucional não impôs limites à competência do MP, apenas balizas na incorporação das mesmas. Não vemos, desse modo, óbice ao reconhecimento da atribuição do MP para a defesa dos direitos individuais homogêneos, especialmente porque, como consignado no primeiro capítulo, tais direitos possuem grande repercussão social.

Os direitos individuais homogêneos são aqueles que, embora divisíveis, apresentam um núcleo de homogeneidade compartilhado por dezenas, centenas ou até mesmo milhares de pessoas. Isto é, embora possam existir nuances, que os diferencie entre si, como a diferença na expressão monetária, o seu aspecto comum prepondera. A

849 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*, p. 127.

850 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 180.

dimensão e a abrangência desses direitos, bem a extensão dos lesados⁸⁵¹, revela a sua relevância social, o que autoriza a atuação do MP. É o que ocorre no abuso da cobrança de taxas bancárias ou na cobrança de juros abusivos por instituições financeiras; ou na demora da construtora em entregar unidades habitacionais de centenas de pessoas. Em todos esses casos, identificamos direitos individuais homogêneos: embora o valor pecuniário do direito de cada titular possa ter valor específico, todos os seus titulares compartilham do mesmos direitos à reparação dos prejuízos em face de um mesmo obrigado.

Como já consignado no primeiro capítulo, a tese contrária à tutela dos direitos individuais homogêneos pelo MP olvida o fato de que é esse órgão o mais habilitado à defesa da sociedade em juízo. Além disso, a tutela dos direitos individuais homogêneos pelo MP enseja grande economia processual. Em lugar de milhares de ações individuais, consumindo o tempo de juízes em vários pontos do território nacional, com possibilidade de decisões contraditórias.

A legislação infraconstitucional outorga, expressamente, ao MP a competência para, em alguns casos, zelar pelos direitos individuais homogêneos, como se verifica do CDC e da Lei de Defesa dos Investidores.

É nosso dever registrar, porém, que o assunto não se encontra pacificado na jurisprudência do STJ, tampouco no âmbito do STF. Existem julgados autorizando ao MP, em determinados casos, a defesa judicial de direitos individuais homogêneos; outros, não. Percebe-se que ainda não há uma definição completa da legitimidade nesse campo. É dever da doutrina, portanto, extrair desses julgados a linha mestra para a legitimação do MP em tema de direitos individuais homogêneos e criticar esse critério, se for necessária, para a boa tutela e a efetividade dos direitos metaindividuais.

O STJ já firmou orientação no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos⁸⁵², sendo inúmeros os precedentes na matéria, a exemplo do julgado proferido no Resp 753159/MT⁸⁵³. A propósito, convém registrar que um dos casos mais emblemáticos do país, envolvendo consumidores lesados pela Construtora Senap, na época gerida por Sérgio Naya, foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos idos de 1997, fixando-se a legitimidade do Ministério Público para a defesa de

851 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 158.

852 BRASIL. STJ – AgRg no Ag 1323205-SP.

853 BRASIL. STJ – Resp 753159/MT – Data do Julgamento 05.04.2011.

direitos individuais homogêneos, não só na fase de conhecimento, como também na fase executiva (processo na origem nº 7.288/1993). Hoje, existe precedente do STJ no sentido de que a defesa do direito individual homogêneo em juízo pode corresponder a direito que não se refira aos consumidores⁸⁵⁴. Apenas a título de curiosidade, registre-se que o maior número de julgados do STJ, em tema de ACP, refere-se a direitos individuais homogêneos. A casuística do STJ e do STF, em relação a legitimidade do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos revela alguns aspectos interessantes: a) o MP tem legitimidade para defender em ACP titulares de benefícios previdenciários;⁸⁵⁵ b) é imprescritível a ACP que vise ressarcimento;⁸⁵⁶ c) o STF, como já demonstrado, e o STJ entendem que o MP não tem legitimidade para discutir relação tributária;⁸⁵⁷ d) O MP tem legitimidade para impugnar o aumento abusivo de mensalidade escolar, de acordo com precedentes do STJ;⁸⁵⁸ e) O STJ entende, com apoio em sua Súmula 470, que o MP não possui legitimidade para, em substituição às vítimas de acidentes, pleitear o ressarcimento de indenizações devidas pelo sistema do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais – DPVAT, pagar a menor.⁸⁵⁹ f) o MP pode questionar a legalidade de cláusulas de contrato de leasing;⁸⁶⁰ g) o MP pode pleitear, em ACP, a nulidade de concurso público realizado sem a observância dos princípios constitucionais da legalidade, da acessibilidade e da moralidade. No mesmo sentido entende o STJ que se o MP tem legitimidade para requerer a anulação de concurso público, tem-na para perseguir a invalidade do ato administrativo que o tiver anulado.⁸⁶¹

Além disso, é importante destacar que em muitos casos será difícil o enquadramento preciso do interesse ou direito em discussão judicial em alguma das espécies de direito metaindividuais. Como destacado no primeiro capítulo, uma mesma ACP pode veicular duas ou até mesmo as três espécies de direitos metaindividuais. Assim é que pedido de nulidade de cláusulas abusivas em contrato de cartão de crédito

854 BRASIL. RESP 1265463/RS, DJe 28/03/2012.

855 BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1174005/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 01/02/2013.

856 BRASIL. STJ, AgRg no AREsp 30.607/TO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 08/02/2013

857 BRASIL. STJ, AgRg no AREsp 247.753/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/12/2012.

858 BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1311156/SE, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 08/11/2012.

859 BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1134518/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 25/09/2012.

860 BRASIL. STJ, EDcl no AgRg no REsp 754.373/SP, Rel. Ministra Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 24/09/2012.

861 RESP. STJ, REsp 1338916/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/10/2012.

configura a proteção de direitos individuais homogêneos, para os presentes contratantes; para os futuros, tal tutela se mostra como correspondente a direitos difusos, porque os beneficiários são indetermináveis. Mais uma razão, portanto, em favor da ampliação das atribuições do MP na defesa dos interesses e direitos metaindividuais.

O MP também possui legitimidade para a defender em ACP direitos individuais indisponíveis⁸⁶², como ocorre na defesa da saúde de menores. Os artigos 196 e 198 da CRFB, e os artigos 2º, 6º e 7º da Lei 8.080/90 conferem respaldo jurídico a essa assertiva. Com efeito, a saúde é um direito inalienável de toda pessoa. Tal direito encontra-se tutelado não só nos artigos 5º e 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, mas também é consectário do princípio fundante da dignidade da pessoa humana (art. 1º). Por outro lado, o art. 11, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente assegura atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, sendo certo que o §2º dispõe que incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos necessários ao tratamento e à reabilitação.

Argumenta-se, ainda, que o MP não teria legitimidade para propor ACP, quando fosse o caso de ação popular. Isto porque, em caso de condenação a ressarcimento dos valores indevidamente apropriados pelo réu, tal quantia não poderia ser revertida ao fundo previsto na LACP. Essa interpretação revela-se equivocada, na medida em que a LACP deve ser interpretada e aplicada conjuntamente com as demais leis que regem o processo coletivo. Por óbvio, portanto, eventual ressarcimento realizado pelo agente público, em virtude da condenação na ACP, não será revertido em favor do aludido fundo, mas direcionado aos cofres públicos da entidade lesada⁸⁶³.

Outra função importante do MP na ACP é a de fiscal da lei. Desse modo, quando não atuar como parte, fiscalizar o andamento da ACP (art. 5º, §1º, da LACP). Essa determinação legal decorre da importância social da ACP e do papel institucional do MP, na defesa dos direitos metaindividuais. A ausência de intimação do MP, para a se manifestar sobre os termos da lide, enseja a nulidade do feito, independentemente da verificação de eventual prejuízo.

Também compete ao MP ou aos demais colegitimados, assumir a ACP quando houver desídia do autor (art. 5º, §3º, da LACP).

862 BRASIL. STJ, AgRg no Resp 1356286/MG Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/02/2013.

863 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 187.

O MP possui, ainda, legitimidade para officiar na fase executiva da ACP, que tutele direitos individuais homogêneos, se tiver atuado na primeira fase (fase de conhecimento) como parte ou se os interessados, em número compatível com a gravidade do dano, não se habilitarem, no prazo de um ano, para promover a liquidação e execução devida (arts. 97 e 100 do CDC).

7.2 Defensoria Pública

A inclusão da Defensoria Pública entre os colegitimados à propositura da ACP é recente. Foi fruto da entrada em vigor da Lei nº 11.448/2007, que alterou o inciso II do art. 5º da LACP.

É considerada pela CF/1988 como instituição essencial à Justiça, incumbindo-lhe o legislador constituinte originária a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134). Além disso, a norma constitucional lhe assegura autonomia funcional e administrativo, o que confere aos defensores públicos grande liberdade para atuação em juízo.

Cuida-se uma legitimidade autônoma⁸⁶⁴. A legitimação da defensoria deve guardar pertinência com os objetivos institucionais.

A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da APC está descrita no art. 5º, II, da LACP. Essa órgão tem por escopo a defesa das pessoas reconhecidamente pobres e, portanto, é nesse âmbito que deve atuar, relativamente aos direitos metaindividuais.

A Defensoria Pública, portanto, somente pode defender em ACP os direitos metaindividuais do hipossuficientes. A respeito dessa expressão, é importante consignar que necessitado não é somente aquele que não tenha renda mensal, ou que a tenha abaixo de determinado patamar, mas também aquele que não tenha condições de pagar as despesas processuais em prejuízo do próprio sustento ou da família. Os tribunais pátrios têm presumido a hipossuficiência em favor daqueles isentos do imposto de

864 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 83.

renda⁸⁶⁵ ou até mesmo em favor de quem receba até 10 salários mínimos mensais.⁸⁶⁶

O STJ, recentemente, por meio de sua Quarta Turma, teve a oportunidade de reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública para discutir contrato de arrendamento mercantil, desde que em favor das pessoas juridicamente pobres.⁸⁶⁷

Entendemos que pelo fato do art. 5º da LACP não restringir o campo de atuação da Defensoria Pública, esse órgão pode atuar em favor dos necessitados, em qualquer das espécies dos direitos metaindividuais. Trata-se de mais um importante reforço para evitar a atomização das demandas, uma das causas da crise numérica do Poder Judiciário.

Além disso, o papel da defensoria na ACP é deveras importante, tendo em conta o fato de que, além de juridicamente pobres, os hipossuficientes são carentes organizacionais. Não contam com um centro aglutinador de seus interesses, que lhe dê assistência e amparo. Portanto, a atuação da defensoria é fundamental para um equilíbrio da relação jurídica processual, tendo em conta a sua estrutura administrativa e de pessoal.

7.3 Entes políticos, autarquias e órgãos públicos

Incluem-se entre esses legitimados as pessoas federativas (União, Estados, DF e Municípios), as autarquias e os órgãos públicos, como o PROCON e até mesmo Assembléia Legislativa.

Não há previsão expressa na LACP de exigência de pertinência temática em relação aos órgãos públicos e às pessoas jurídicas de direito público relacionadas no art. 5º.⁸⁶⁸ No entanto, em relação aos órgãos públicos e às autarquias, decorre de uma interpretação sistemática, a conclusão de que eles devem agir em favor de direitos metaindividuais ligados ao seu rol de competências. Quanto às pessoas federativas, não se lhes exige a pertinência temática.

865 BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1282598/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 02/05/2012

866 BRASIL.TRF1, AG 0034777-60.2011.4.01.0000/MG Relator Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Primeira Turma, publicação em 05/07/2012

867 BRASIL. STJ, EDcl no AgRg no REsp 417.878/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 10/12/2012

868 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. - 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

7.4 Associação

A CF/1988 possui várias normas em favor do associativismo e do cooperativismo (art. 5º, XVII, XVIII, XIX; art. 8º e art. 17). Essa conformação normativa é fruto da adoção de um regime de democracia participativa pelo Estado brasileiro. Sim, porque a partir das associações (grupos intermediários) os particulares têm maior facilidade de interlocução e participação no gerencialmente estatal.⁸⁶⁹

O art. 82 do CDC legitima as ações para a propositura da ACP, desde que estejam legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

A associação, portanto, para poder ajuizar uma ACP na defesa de direitos metaindividuais, deve demonstrar pertinência temática.

A lei autoriza o juiz a dispensar o requisito da pré-constituição, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

De registrar-se, que há um flagrante crescimento das corporações nos dias atuais. É como se houvesse em andamento um processo de coletivização. Daí o crescente número de ACP propostas por associações e a conseguinte necessidade de um maior controle da representatividade adequada.

No ponto, é importante destacar que os sindicatos podem atuar, em favor dos membros da classe, tanto em ações individuais, como em ações coletivas, independentemente de autorização expressa dos associados.⁸⁷⁰ Além disso, os sindicatos possuem legitimidade para atuar em favor dos membros da classe na fase de execução da ACP, em virtude do disposto nos arts. 82 e 97 do CDC.

869 COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, p. 233.

870 BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1337995/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/12/2012, DJe 17/12/2012

7.5 Partidos políticos

Os partidos políticos são pessoas jurídicas que abrigam pessoas físicas portadoras da mesma ideologia política. O seu objetivo é ajudar essas pessoas físicas a chegarem ao poder, por meio de um processo eletivo democrático.

As regras norteadoras da atuação dos partidos políticos encontram sede no art. 17 da CF/1988.

Com relação aos partidos políticos, há a exigência de pertinência temática, bem como a possibilidade de propositura de ACP⁸⁷¹.

7.6 Legitimação da pessoa física

Qualquer cidadão, no Brasil, tem legitimidade para a propositura de uma ação popular (art. 1º da Lei nº 4.717/1965). Porém, não há a mesma previsão legal para as outras demandas coletivas. A lei do mandado de segurança coletivo também não permite essa legitimidade. Conforme noticia Luís Roberto Barroso, os autores da LACP entenderam que essa vedação impediria desvios, que poderiam advir de uma tal legitimação⁸⁷², sobretudo o seu uso para fins políticos e econômicos.

No entanto, há fortes argumentos contrários a essa proibição 873. Isto porque a

871 Essa é a posição defendida por Ricardo Leonel de Barros, com a qual concordamos: “A evolução do abordagem da legitimação nos leva a concluir, ainda quanto aos partidos políticos, que não deve ser descartada a possibilidade de sua atuação, na condição de associação civil, não apenas no mandado de segurança coletivo, mas também na ação civil pública propriamente dita. Afinal, os partidos são associações. Desde que criados regularmente e preenchido o requisito de prévia constituição há pelo menos um ano, podem ser qualificados como associações para fins de propositura de ações coletivas. Ainda nesse particular, considerada a finalidade democrática dos partidos políticos, bem como a conveniência na ampliação da legitimação coletiva (em prol do acesso à justiça), parece melhor a solução que os dispensa de pertinência temática para propor ações civis públicas (diferentemente do que ocorre com o mandado de segurança coletivo, em que a exigência legal é expressa).” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - 2. ed rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 150).

872 BARROSO, Luís Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana*. In: *Revista de Processo*, nº 130, Ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 143.

873 Eurico Ferraresi aponta vários argumentos favoráveis à legitimidade ativa da pessoa física para a propositura de uma ACP: “O problema não está na legitimidade atribuída ao indivíduo; talvez o que mereça destaque é o controle sobre essa legitimidade. A Lei da Ação Popular, tão criticada pelo fato de ter-se tornado fonte de intrigas políticas, prevê, em diversos artigos, a possibilidade de manter a lisura da demanda. Assim, a sentença que julgar a lide manifestamente temerária condenará o autor ao

ampliação da legitimidade para a propositura de ações que visem a tutela dos direitos metaindividuais somente favorece a proteção desses direitos.

A legitimidade da pessoa física para a propositura da ACP não decorreria do objetivo de tutelar um interesse próprio, mas da própria natureza do interesse tutelado. Bem por isso a legitimidade não seria exclusiva do autor da ação.

Compartilhamos o entendimento de que é possível atribuir-se essa legitimidade à pessoa física.

Como visto no primeiro capítulo, a titularidade dos direitos difusos é indeterminada ou indeterminável. Por outro lado, todos os direitos metaindividuais têm inegável repercussão social. Assim, há um interesse social na tutela desses direitos, positivado em diversas normas da CF/1988, que não pode ser olvidado por restrições de ordem infraconstitucional.

Sob a perspectiva social, a legitimidade da pessoa física possui um matiz democrático, permitindo a abertura do sistema processual coletivo para a participação popular

Outro argumento de ordem técnica, favorável à legitimidade da pessoa, é o seguinte: se é possível a amostragem em recurso repetitivo, em sede instância especial, com influência do julgamento em milhares de outras causas, não há razão para se impedir a propositura da ACP, por pessoa física, na primeira instância⁸⁷⁴.

pagamento do décuplo das custas (art. 13); não só o Ministério Público, mas qualquer cidadão poderá seguir com o procedimento se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição de instância (art. 9º).

Para todos aqueles que militam no foro é sabido que o número de ações populares é absolutamente inexpressivo. Cada vez menos os cidadãos se utilizam desse instrumento, uma vez que o Ministério Público encampou quase que exclusivamente a tutela jurisdicional coletiva.

Legitimar a pessoa física estimularia a propositura de ações coletivas, tomando o cidadão mais responsável pela defesa dos interesses supra-individuais” (FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva *in* Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 137).

874 A propósito, confirmam-se as seguintes ementas de acórdão:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CONSUMIDOR FINAL. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. COMPENSAÇÃO DE ICMS.

O usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir pedido de compensação do ICMS supostamente pago a maior no regime de substituição tributária. Esse entendimento é aplicável, *mutatis mutandis*, em razão da decisão tomada no REsp 1.299.303/SC, julgado pela sistemática prevista no art. 543-C do CPC, em que se pacificou o entendimento de que o consumidor tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. AgRg no [RMS 28.044-ES](#), Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/11/2012.

Além disso, é importante consignar outro argumento em favor da legitimidade da pessoa física. É que ela possui legitimidade e precedência para conduzir a fase executiva da ACP, quando estiver em jogo a tutela de direitos individuais homogêneos (art. 97 do CDC). Nessa fase, a legitimidade deixa de ser concorrente e disjuntiva, passando a ser primária ou subsidiária.

No entanto, à semelhança do que ocorre com os legitimados na LACP e no CDC, deve o juiz atribuir à pessoa física o ônus da demonstração concreta da adequada representatividade⁸⁷⁵. Isto é, que possui condições técnicas, jurídicas e econômicas para conduzir a ACP. De fato, os efeitos da coisa julgada na ACP que diga respeito a direitos difusos são *erga omnes*. Portanto, não é razoável permitir que alguém, sem a qualificação necessária, haja intervindo na patrimônio jurídico de uma considerável coletividade.

Não podemos deixar de registrar, por oportuno, que o reconhecimento da legitimidade à pessoa física para a propositura da ACP, ao contrário do que muitos pensam, não provocará uma revolução na tutela coletiva. A experiência com a ação popular revela que os brasileiros não têm tradição na defesa em juízo de interesses da coletividade. O ingresso em juízo exige tempo, dispêndio de recursos financeiros e coragem para enfrentar eventuais reveses processuais.

8 Sistema da autoexclusão

Cuida-se da possibilidade de renúncia à tutela coletiva. Não se trata de renúncia ao direito individual, apenas de não ser atingido pela coisa julgada coletiva⁸⁷⁶.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DESCABIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL EM FACE DE DESPACHO QUE DETERMINA O SOBRESTAMENTO DO FEITO.

Não cabe agravo regimental contra despacho que determina, no âmbito do STJ, a suspensão do feito para aguardar o julgamento de recurso especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. n. 8/2008-STJ. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.167.494-PR, DJe 11/9/2012; AgRg no AREsp 110.072-PR, DJe 12/4/2012, e AgRg no REsp 1.266.921-RS, DJe 17/11/2011. AgRg no [AREsp 179.403-RS](#), Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2012

875 VENTURI, Elton. *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-americano*, p. 74.

876 ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Polêmicas sobre o mandado de segurança coletivo e a Lei nº 12.016/2009*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII – nº 78*. - São Paulo: IOB,

Existem no Brasil alguns dispositivos legais que tratam do assunto, como se verifica no CDC e na LMSC. Contudo, entendemos que a orientação adotada merece críticas, especialmente tendo em conta o grau de desenvolvimento tecnológico alcançado pelo Brasil nos últimos anos. Com efeito, há um movimento no Poder Judiciário nacional para a informatização de todos os órgãos judiciais, mediante a adoção do processo eletrônico. Muitos tribunais já trabalham com o processo virtual, como o STJ, e muitos órgãos de primeira instância, como os Juizados Especiais, também. Desse modo, como veremos a seguir, o modelo adotado pelo Brasil, quando à autoexclusão dos efeitos da coisa julgada coletiva, mostra-se obsoleto.

A propósito, a LMSC (Lei do mandado de segurança coletivo) traz em seu bojo dispositivo de discutível constitucionalidade. Trata-se do art. 22, que exige a desistência de demanda individual, para que a pessoa seja beneficiada pelos efeitos da coisa julgada coletiva.

9 Legitimidade passiva

9.1 Regra geral

Em geral, a ACP é proposta contra uma pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, algum órgão dotado de capacidade processual ou até mesmo em desfavor de uma pessoa física⁸⁷⁷. O importante é que todas aquelas que integrem o polo passivo sejam os responsáveis pelo ilícito ou pelo dano descrito na petição.

A composição do polo passivo deve espelhar a relação jurídica material descrita na petição inicial, nos termos da teoria da asserção, que será estudada com detença à frente. Desse modo, haverá casos de litisconsórcio passivo necessário, tendo em conta a relação jurídica de direito material deduzida em juízo. Lides envolvendo responsabilidade solidária ensejarão a presença simultânea daqueles responsáveis pelo ilícito ou pelo dano (arts. 275-285 e art. 931 do CC; arts. 12-20 do CDC). São os casos da responsabilidade solidária no direito consumidor e também em algumas situações relativas ao direito ambiental. Em 2011, por exemplo, o STJ, tendo em conta a

2012, p. 99.

877 OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas: doutrina – jurisprudência – legislação*. - 2. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

responsabilidade solidária dos réus, por uma de suas turmas, indeferiu requerimento de exclusão do polo passivo, formulado pela ANATEL, em ACP proposta contra determinada empresa de telefonia e em desfavor daquela autarquia, em que se discute a delimitação de área urbana que autorize a cobrança de tarifa interurbana.⁸⁷⁸

Em alguns casos, a alegação da responsabilidade solidária ensejará a presença não só pessoas jurídicas, mas elas conjuntamente com pessoas físicas, como na hipótese do art. 6º da Lei nº 4.717/1965. Assim é o que o STJ, em julgamento proferido em abril de 2012, consignou a possibilidade de ajuizamento de ACP em desfavor de pessoa física, em causa relativa à imposição de obrigação de fazer, consistente na instalação de rede de abastecimento público de. O Tribunal entendeu que os administradores de condomínio irregular, podem ser réus em ACP, desde que se respeite garantias processuais mínimas e haja a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para que o comando fixado na sentença possa alcançar os bens pessoais dos sócios.⁸⁷⁹

Em geral, a ACP envolve o litisconsórcio passivo necessário unitário. A sentença deverá ser uniforme para todos os litisconcortes passivos, não havendo possibilidade de decisões divergentes, como é possível no litisconsórcio comum.⁸⁸⁰ De fato, no litisconsórcio passivo comum os litisconsortes podem ser tratados autonomamente (art. 48 do CPC). Contudo, na ACP todos os colegitimados atuam em favor de uma mesma coletividade, sendo certo que no polo passivo encontram-se aqueles que, por força de lei, ou por de contrato, estão obrigados a reparar os danos ou responder pelo ilícito perpetrado em desfavor dessa coletividade.

O objeto da ACP é incindível, salvo em relação aos direitos individuais homogêneos.

Em virtude da configuração da responsabilidade solidária, o STJ já manifestou o entendimento, em alguns recentes precedentes, de que o autor da ACP não é obrigado a inserir no polo passivo da lide todos os coobrigados, ainda que assim o pudesse.⁸⁸¹ Essa orientação decorre do disposto nos arts. 275 e 283 do CC, que permitem ao credor escolher o devedor de quem irá cobrar a dívida, no todo ou em parte, garantido a esse o direito de regresso contra os demais coobrigados, quando for condenado.

878 BRASIL. STJ, REsp 1176552/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 14/09/2011

879 BRASIL. STJ, AgRg no AREsp 125.841/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012

880 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*, p. 357.

881 BRASIL. STJ, REsp 1087937/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04/06/2009, DJe 17/06/2009

Há também casos de responsabilidade subsidiária, o que repercutirá na formação da relação jurídica processual. É o caso do comerciante em relação aos acidentes de consumo, que, por força do art. 13 do CDC, só pode ser responsabilizado quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados. Trata-se de regra que visa fortalecer a defesa dos consumidores, porque aumenta a cadeia dos coobrigados.⁸⁸² Também pode ser citada a responsabilidade do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, pela conservação e reparação de prédios históricos, quando constatada a hipossuficiência econômica do proprietário do prédio tombado (art. 19 do Decreto 25/37).⁸⁸³

Com relação ao direito ambiental, existem vários precedentes reconhecendo a obrigação *propter rem* do novo proprietário do imóvel em desacordo com as normas ambientais. O STJ, por exemplo, tem julgados no sentido de reconhecer a licitude da obrigação imposta pelo Código Florestal (art. 16, “a”, da Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965) ao novo proprietário, quando ao estabelecimento do mínimo ecológico na exploração da terra. Isto porque as obrigações ambientais são ambulantes, aderem ao bem e não a eventual titular. Assim, compete a esse novo proprietário a obrigação de restabelecer os processos ecológicos essenciais, assim como a especialização da reserva legal.⁸⁸⁴

No caso específico da ação popular e da ação de improbidade administrativa, reguladas por leis especiais, é possível a propositura contra pessoas físicas responsáveis pelo ato ou contrato questionado, bem como em desfavor dos beneficiários. Na medida em que não é objetivo deste trabalho o estudo destas ações, mas tão somente dos aspectos processuais relacionados à ACP, abster-nos-emos de aprofundar o assunto.

No que diz respeito à ACP, quando o servidor público for o responsável pela prática do ato supostamente ilícito ou que provocou dano, a ação deve ser manejada em desfavor da pessoa jurídica a que ele esteja vinculado, a qual, conforme o resultado da lide, poderá ajuizar regressiva em desfavor do referido servidor (art. 37, §6º, da CF/1988).

Há também interessante precedente do STJ, relativo ao funcionalismo público

882 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 483.

883 BRASI. STJ, REsp 1184194/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010

884 BRASIL. STJ, I EREsp 218.781/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 23/02/2012

federal, que prevê a possibilidade de a ACP ter a sua fase de conhecimento movida em desfavor da União, e a fase de cumprimento em desfavor da pessoa jurídica a que esteja vinculado o servidor, autor da execução individual. E julgado foi proferido no âmbito de uma ACP proposta em desfavor da União, para garantir aos servidores públicos federais residentes no Estado do Rio Grande do Sul o direito ao reajuste de 28,86%. O STJ entendeu, na oportunidade, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE era a parte legítima passiva, porque o autor da execução individual era servidor desta autarquia.⁸⁸⁵

O art. 5º, §2º, da LACP permite ao Poder Público e às associações habilitarem-se como litisconcorrentes de qualquer das partes.

Essas informações denotam a necessária imbricação do direito material com o processual civil para a correta formação do polo passivo da ACP.

9.2 Ação coletiva passiva

No formato da ACP descrito pela Lei nº 7.347/1985 não se prevê a possibilidade de a coletividade titular dos direitos metaindividuais discutidos em juízo figurar no polo passivo da lide, a chamada ação coletiva passiva (*defendant class action*). Tampouco a possibilidade um grupo litigar contra outro grupo.

Percebe-se, portanto, que a ACP, que é o instrumento, não está plenamente adaptada à configuração dos direitos difusos, um dos direitos discutidos no seu bojo. Com efeito, como visto no primeiro capítulo desta dissertação, uma das características do direito difuso é a intrínseca conflituosidade, ou seja, um grupo em contradição com outro grupo. Como no caso em que um grupo é favor da instalação de um determinada indústria em certo local, porque ensejará a criação de empregos, enquanto outro grupo se mostra contrário, tendo conta a impacto ambiental do empreendimento. Assim, ao prever a possibilidade de um grupo figurar no polo passivo, ou de um grupo litigar contra outro grupo, a LACP se mostra em descompasso com a estrutura dos direitos metaindividuais, sobretudo em relação aos direitos difusos.

Esta lacuna tem gerado algumas dificuldades de ordem processual e também

885 BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1019790/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 09/08/2010

ensejado graves lesões a direitos fundamentais, o que não pode ser admitido em virtude da garantia do acesso ao processo justo e à ordem jurídica justa, exaustivamente analisadas no terceiro capítulo.

O Brasil assiste a uma nova realidade dos movimentos sociais, especialmente no âmbito rural. As associações e os sindicatos rurais de hoje, são melhor estruturados administrativa e financeiramente do que no passado. Desse modo, participam mais ativamente do processo político, por isso que conseguem eleger vários de seus representantes como parlamentares estaduais e federais. Em virtude dessa estrutura, essas pessoas jurídicas têm condições de contratar bons profissionais para defender os interesses de seus associados em juízo.

Por outro lado, assiste-se a um incremento na ocupação da terra, sobretudo em função de fatores de ordem econômica. Os preços das *commodities* alcançaram patamares bastante convidativos para a atividade agrícola, motivando investimentos de toda ordem. Não só pessoas jurídicas nacionais, mas também estrangeiras, têm investido vultosas somas no agronegócio. Há uma facilidade de acesso ao crédito por parte de pessoas físicas, nunca antes vista. Pequenos proprietários conseguem bons financiamentos, com juros muito baixos. Há também programas governamentais em andamento, com bom êxito, consistentes na ampliação do acesso de energia elétrica e de água potável às populações rurais, mesma as mais remotas. Tais fatores lhes motiva a utilização da terra para o plantio.

Acontece, por vezes, que essa ocupação ocorre em áreas de proteção ambiental ou então em terras devolutas do Estado ou da União. É nesse instante que a defasagem da atual LACP se faz sentir. Logo que ciente da invasão de área que reputa de proteção ambiental, é comum o órgão do Ministério Público ajuizar ACP com o objetivo de retirar os seus ocupantes, bem assim para que se declare aquela área como de área de proteção integral, portanto livre de acesso ou de alterações causadas por interferência humana⁸⁸⁶, sob pena de multa. Sucede que muitos desses ocupantes são pessoas de baixa renda, sem instrução, não tendo condições de se defender adequadamente em juízo. A defensoria pode ser chamada a intervir, ou então podem ser nomeados advogados dativos. No entanto, a melhor defesa para essa contingente de réus será feita pela associação de moradores ou ocupantes daquela localidade, tendo em conta que: a) essa pessoa jurídica de direito privado terá melhores condições de reunir toda a

886 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 630.

documentação dos associados; b) promover reunião no seu seio, com todos os seus associados, para discutir os termos da causa; c) contratar especialistas em diversas áreas do conhecimento, como agrônomos, geólogos, ambientalistas, para lhe secundar com laudos e pareceres técnicos; d) requerer dilação do prazo de defesa, para apresentar em uma só oportunidade a contestação, com toda a documentação pertinente; e) apresentar uma linha de defesa coerente.

Também encontramos hipótese de ação coletiva passiva na demanda ajuizada contra um representante de grupo, na ação movida contra a Federação de Bancos ou dos prestadores de serviços de saúde. Há, ainda, a possibilidade reconvenção.

Tais fatores nos levam a crer que a coletividade integrante do polo passivo será muito melhor defendida pela associação que a representa costumeiramente, do que *de per si*.

Outros exemplos também ajudarão a ilustrar essa assertiva. Temos a hipótese de o Ministério Público ajuizar uma ACP contra todos os proprietários de lotes ribeirinhos a um determinado curso d'água. São centenas, quiçá milhares de pessoas nessa situação. A não permitir-se a defesa dessas pessoas por uma associação, ver-se-á o juiz na contingência de fracionar a lide em grupos de litisconsortes, nos termos do art. 46 do CPC, o que provavelmente exigirá do cartório todo o tempo de trabalho possível, com prejuízo para o processamento das outras causas. Assim é um grupo considerável de servidores deverá ser destacado para recebimento, autuação e conclusão de cada uma das ACP's derivada do fracionamento da lide originária. Ou então, se entender que o caso é de litisconsórcio necessário, o juiz determinará a citação de todos os litisconsortes. Somente a atividade de citação de todos eles, tomará bastante tempo dos oficiais de justiça da Comarca, sendo certo que, enquanto isso, se houver sido deferida alguma medida urgente, os autos estarão aguardando a juntada do último mandado de citação, para o início da contagem do prazo de contestação. Com a chegada das respectivas defesas, todas acompanhadas de vasta documentação, deverá o juiz situar-se sobre os termos da causa. Eis um grande entrave processual. Provavelmente serão centenas de contestações, com diferentes argumentos e milhares de requerimentos. Para bem compreendê-los deverá o juiz dedicar-se com exclusividade a essa causa, com prejuízo de todas as outras que tramitam no Juízo. Ainda assim, se não for extremamente criterioso, correrá o risco de omitir-se da análise de um ou outro requerimento, o que pode ensejar várias interpelações no curso da lide. De todo modo, vencidos esses óbices, abrirá o juiz prazo ao MP para se manifestar em réplica. Por

óbvio, esse prazo deverá ser dilatado, sob pena de órgão ministerial não ter condições de se manifestar. Apresenta a réplica, ver-se-á o juiz na contingência de determinar audiência de conciliação. Eis aí outro entrave. Será extremamente difícil a condução e o bom êxito de uma audiência de tentativa de conciliação entre o MP e centenas ou milhares de pessoas.

Existem algumas correntes: a) há aqueles que sustentam a possibilidade de algum ente associativo figurar como substituto processual; b) outros que sustentam que deve haver um litisconsórcio entre o ente e os titulares dos direitos discutidos em juízo⁸⁸⁷; c) os que são contra a legitimidade passiva.

Distingue a doutrina também a ação coletiva passiva em duas subespécies: a) originária, que corresponde àquele existente desde o início da lide; b) derivada, que consiste na ação derivada de um processo coletivo anterior, mas proposta pela parte ré daquele processo, como na ação rescisória proposta pela coletividade presente no polo passivo da lide originária⁸⁸⁸.

Interessante notar que a legislação especial já prevê a possibilidade de uma determinada coletividade responder no polo passivo de uma ACP. Cuida-se da Lei nº 10.671/2003, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor.

Logo no início desta lei, o legislador estabelece o conceito de torcida organizada (art. 2^a-A), como a pessoa jurídica de direito privado ou de fato que se organize para apoiar determinada entidade desportiva⁸⁸⁹. Posteriormente, estabelece que a torcida

887 Confira-se as razões apresentadas por Gregório Assagra de Almeida: “Acredita-se que é possível o ajuizamento de ação civil pública em face da associação na condição de substituta processual, mas desde que ela seja indicada, no pólo passivo, como litisconsorte dos associados que serão atingidos pela coisa julgada. O que não será admissível em tais casos, é legitimidade extraordinária passiva exclusiva da associação. E mais: caso seja possível e viável, deverão ser pessoalmente citadas as pessoas diretamente interessadas que serão atingidas pelos limites subjetivos da coisa julgada coletiva. Todavia, pode acontecer que isso seja impossível ou inviável econômica e fisicamente. Nesses casos, como a própria Constituição prevê que a 'lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito', poderá ser ajuizada ação civil pública em face da respectiva associação interessada, que atuará como substituta processual, citando por edital as pessoas diretamente interessadas para que se habilitem, caso queiram, como litisconsortes passivos da respectiva associação. Aplica-se aqui o que dispõe o art. 94 do CDC. O pior seria ajuizar a ação civil pública somente em face dos associados e determinar, diante de hipóteses de inviabilidade de citação pessoal, a citação dos mesmos por edital. Aqui sim, eles ficariam indefesos.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 354-355).

888 DIDIER JR., Fredie. *Comentário ao art. 35 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa*. In: *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-americano*/Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.). - Salvador: Editora Jusposivm, 2009, p. 431.

889 “Art. 2^o-A. Considera-se torcida organizada, para os efeitos desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado ou existente de fato, que se organize para o fim de torcer e apoiar entidade de prática esportiva de qualquer natureza ou modalidade. [\(Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010\).](#)”

organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos que seus associados causarem a terceiros⁸⁹⁰. Além disso, determina a aludida lei que na defesa dos interesses e direitos dos terceiros em juízo se apliquem as normas do Título III do CDC⁸⁹¹.

Esse conjunto de disposições estabelecem relevantes diretrizes para o presente estudo. Isto porque é a primeira vez que o legislador estabelece a possibilidade de uma pessoa jurídica de direito privada representar uma coletividade no polo passivo de uma ACP. Com efeito, ao estabelecer o conceito de torcida organizada, expressamente enuncia que esse conceito abrange pessoa jurídica de direito privado e, depois, afirma que ela responderá solidariamente com seus associados, pelos danos que estes causarem no local do evento esportivo.

Embora a lei estabeleça a figura de um litisconsórcio necessário entre a pessoa jurídica de direito privado e o causador do dano, já firma a disposição quanto à substituição de todos os outros torcedores pela pessoa jurídica de direito privado ou de fato, correspondente à torcida organizada. Eis aí um grande avanço para a configuração da legitimidade passiva na ACP.

Isto porque permite que os torcedores sejam melhor defendidos em juízo. De fato, a pessoa jurídica de direito privado conta, em geral, com melhor estrutura administrativa e financeira que a pessoa física, contando com melhor assessoramento jurídico. Além disso, a presença da torcida organizada em juízo, em lugar de todos os torcedores que a integram, representa grande economia processual e permite um melhor gerenciamento da causa. É sabido que um dos grandes fatores da morosidade na ACP refere-se ao manuseio dos autos em que há grande quantidade de litisconsortes passivos. São várias contestações, acompanhadas de milhares de documentos, o que exige do juiz muito tempo e atenção.

E assim deve ser, até para a melhor eficácia subjetiva da coisa julgada e, por conseguinte, o prestígio da segurança jurídica. Na permissão de um representante adequado para coletividade que integra o polo passivo⁸⁹².

(<http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013).

890 “Art. 39-B. A torcida organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos causados por qualquer dos seus associados ou membros no local do evento esportivo, em suas imediações ou no trajeto de ida e volta para o evento. (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010.)” (<http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013).

891 “Art. 40. A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.” (<http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013)..

892 Com a devida adaptação para o tema em debate, trazemos à colação escólio de Rodolfo de

Aspecto originário dessa norma reside na possibilidade de a ACP ajuizada em desfavor da torcida organizada tramitar perante o Juizado Especial⁸⁹³. Isto porque o art. 41-A da referida lei manda aplicar à defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo o disposto no Título III do CDC, que compreende os arts. 81 a 104, que tratam da defesa do consumidor em juízo, estabelecendo várias regras processuais relativas à ACP que verse sobre direitos individuais homogêneos, inclusive as espécies de tutela e o regime de coisa julgada.

A nosso ver, como sustentado no segundo capítulo, trata-se de excelente medida de economia processual. Entendemos que, em nome do princípios da eficiência, da economia processual, da instrumentalidade e do acesso ao processo justo, é possível a interpretação analógica dessa norma, para que permite que toda e qualquer ACP, versando sobre direitos individuais homogêneos, relativos a matérias de direitos ou, sendo de direito e de fato, de pequena complexidade, possa tramitar perante o Juizado Especial.

10 Momento de análise das condições da ação

Nos termos do §3º do art. 267 do CPC, o juiz conhecerá de ofício, em qualquer

Camargo Mancuso sobre a necessidade de fixação expressa de um representante adequado para a coletividade que integre a polo passivo de uma lide em que se discute direitos metaindividuais, sob pena de, posteriormente, pairar dúvida a respeito da extensão da eficácia subjetiva da coisa julgada: “Pense-se na ação de *usucapião especial coletiva*, prevista nos arts. 9º a 14 da Lei 10.257/2001, dita *Estatuto da Cidade*: se, dentre os colegitimados ativos consta (art. 12, III), ‘como substituto processual, a associação de moradores da comunidade (...)’, é porque se considera que ela é uma *representante adequada*, e em tais condições não faria sentido dizer-se que a decisão final poderá afetar a situação de ‘terceiros’. Isso porque, ou bem estes sujeitos concernem ao objeto litigioso e então, como *juridicamente interessados*, já estão (*ficcionalmente*) nos autos, sob a figura daquele autor ideológico; ou bem não lhes concerne o *thema decidendum* e então, como *terceiros indiferentes*, não lhes toca a ação em curso. Nesse plano coletivo, o interesse na conversão de posse em domínio vem esparsos, de modo uniforme e indivisível, pelos sujeitos concernentes, e é nessa dimensão coletiva que está judicializado o conflito; logo, é inútil a referência a possíveis ‘terceiros’, no tando-se, pois, que no plano coletivo essa categoria ou não pode ser aplicada ou deve sê-lo com especiais refrações e temperamentos.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. - 3. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 296).

893 “Art. 41-A. Os juizados do torcedor, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pelos Estados e pelo Distrito Federal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das atividades reguladas nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).” (<http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013).

grau de jurisdição, e a qualquer tempo, dos pressupostos processuais e das condições da ação. Cuida-se, portanto, de tema não sujeito à preclusão, conforme a determinação do CPC, mas submetido, porém, à coisa julgada.

Não obstante a redação dessa norma, diverge a doutrina quanto ao momento em que se pode reconhecer a ausência de uma condição da ação, causa de extinção do processo, assim como dos efeitos desse reconhecimento. Parte da doutrina sustenta que o exame das condições da ação deve ser feito apenas no limiar da lide, porque a ilegitimidade de parte e a impossibilidade jurídica do pedido configurariam hipóteses de extinção do processo com julgamento de mérito. Outra parte da doutrina sustenta que a ausência de qualquer das condições de ação pode ser reconhecida a qualquer momento e que tal fato enseja a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Tal discussão se faz importante neste momento histórico, porque a sociedade exige, atualmente, do Poder Judiciário, celeridade, eficiência e coerência no seu mister. A fixação do termo final para a análise das condições da ação e os efeitos da coisa julgada, relativamente à sentença que reconhece a ausência de uma delas, são temas pertinentes ao debate a respeito da eficiência e coerência da atividade jurisdicional. Sobretudo, porque se relacionam às garantias da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) e também do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).

A sociedade e os próprios advogados não mais toleram aguardar anos a fio por uma sentença e, ao final da lide, serem surpreendidos com uma sentença extintiva, sem repercussão sobre o mérito, obrigando-lhes a trilhar novamente o lento caminho processual até a solução da lide. Essa sistemática não é compatível com os valores do mundo moderno, que assiste a uma revolução tecnológica sem precedentes na história da humanidade. A sociedade exige do Judiciário soluções em curto prazo, sem olvidar as garantias inerentes ao devido processo legal⁸⁹⁴.

O tempo do mundo jurídico precisa se aproximar do tempo do mundo econômico e tecnológico. Não se afigura razoável que uma fusão de grandes conglomerados financeiros – operação que inexoravelmente envolve vários profissionais para análise da contabilidade empresarial, assim como do banco de dados dos sistemas - se resolva em 1(um) ano e um processo relativo a um acidente de trânsito se arraste por 10(dez) anos, sendo ao final extinto sem julgamento de mérito, obrigando

894 AZEM, Guilherme Beux Nassif. A era da imediatidade e os desafios na construção do novo processo civil brasileiro. *Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil*, n. 79, São Paulo: SÍNTESE, 2012, p. 70.

as partes à repositura da ação.

Outro ponto importante relativo a essa discussão diz respeito à segurança jurídica. Isto porque ao réu não interessa ser novamente acionado pelo autor, relativamente à mesma lide que fora extinta sem apreciação do mérito. Nova lide significa mais gastos com advogado, perda de tempo para participação de audiências, além do grande *stress* emocional, inerente à participação em qualquer lide na condição de réu.

Faz-se necessário, tendo em vista esse contexto, uma nova abordagem das condições da ação, para dar maior racionalidade e celeridade ao processo civil. Por isso, apresenta-se a seguir um panorama das teorias existentes a respeito do momento de apreciação das condições da ação, e os efeitos da coisa julgada que propugnam para a sentença que extingue o processo por ausência de uma ou mais dessas condições, acompanhadas das críticas que se reputam pertinentes, a fim de aprimorar o sistema.

10.1 Teoria da exposição

De acordo com a teoria da exposição, as condições da ação devem ser alegadas e provadas pela parte, que pode, para tanto, valer-se da produção de provas, no transcorrer da lide, com o objetivo de colaborar para o convencimento judicial⁸⁹⁵. Essa teoria, no entanto, apresenta alguns inconvenientes.

A possibilidade jurídica do pedido, como já visto em item precedente, confunde-se com o próprio mérito da lide, porque diz respeito à juridicidade da pretensão. Tanto assim que o seu próprio criador a repudiou depois de assistir à aprovação do divórcio na Itália. No Brasil, raríssimos são os casos em que um juiz extingue o processo, por impossibilidade jurídica do pedido; e quando o faz, no mais das vezes, essas sentenças são reformadas pelos tribunais, por indevida avaliação do mérito da lide⁸⁹⁶. Não há

895 DONIZETTI, Elpido. *Curso didático de direito processual civil*, 10ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 27.

896 APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR FALECIDO. PENSÃO. FILHA UNIVERSITÁRIA. IDADE. A pensão tem, em abstrato, previsão legal. Logo, não se trata de demanda juridicamente impossível. A análise da existência dos requisitos necessários para o seu deferimento traduz matéria de mérito, inconfundível com condição da ação.(TJDFT, acórdão n.635352, 20100111664784APC, Relator: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Publicado no DJE: 30/11/2012. Pág.: 348)

motivo para a sua subsistência, portanto.

Esse mesmo raciocínio se aplica à legitimidade *ad causam*. Perscrutar, de maneira exauriente, a legitimidade da parte, a fim de reputar admissível a ação, é o mesmo que analisar o mérito da lide. É o que ocorre quando se verifica que o autor não é o proprietário do imóvel rural objeto do litígio, por haver efetuado uma compra a *non dominus* (arts. 447 c/c 1.245 e 1268, §2º, do CC). Ou então quando se declara a ilegitimidade ativa, após a fase instrutória, depois de uma acurada análise da cadeia de endossos apostos em um cheque. Ou então quando o juiz indefere a petição inicial, enfrentando o mérito da questão⁸⁹⁷. Em todos esses casos, houve uma análise meritória da relação jurídica deduzida em juízo. É indevida, assim, a extinção do processo sem julgamento de mérito, em virtude da ilegitimidade de parte. No que tange ao interesse de agir, em geral, não haverá necessidade de exame mais acurado das provas juntadas aos autos para concluir por sua presença. Isto porque não é dado a ninguém o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal). Assim, todos só podem ter sua pretensão satisfeita, quando há resistência do devedor em adimplir a obrigação, mediante a atividade jurisdicional. Percebe-se, desse modo, que a necessidade de uma manifestação do Poder Judiciário para a solução dos litígios é algo intrínseco à própria ordenação social. A sua análise, portanto, não implica o mérito da lide. Quantos aos demais aspectos do trinômio interesse-necessidade-adequação, também não há falar-se em exame de mérito da pretensão deduzida em juízo. A adequação, como visto em item precedente, refere-se à correta utilização do instrumento processual, para a defesa do direito da parte, enquanto a utilidade diz respeito ao bem da vida discutido em juízo.

Infere-se, dessas considerações, que o problema da teoria da exposição é que ela, ao preconizar uma análise mais detida das condições da ação, acaba por impor ao juiz uma análise do mérito da lide, por ocasião do exame da legitimidade *ad causam* e da possibilidade jurídica do pedido. Tal não pode ser admitido, porque as condições da ação, conforme exposição precedente, fazem parte de uma categoria relativa à admissibilidade da demanda, que precede, logicamente, a apreciação do mérito da lide. É por essa razão que a maior parte da doutrina e dos tribunais não adota mais essa teoria.

897 REINALDO FILHO, Demócrito. Indeferimento da inicial do mandado de segurança com base no artigo 10 da Lei nº 12.016/2009 – impossibilidade da utilização de argumentos de mérito. *Revista Síntese Direito Administrativo*, Ano V – nº 38. São Paulo: IOB, 2010, p. 131.

10.2 Teoria da asserção

Por outro lado, de acordo com a teoria da asserção⁸⁹⁸, a verificação das condições da ação depende apenas da análise das afirmações lançadas pela parte na petição inicial⁸⁹⁹, quanto à titularidade de determinada pretensão, em face de determinada pessoa⁹⁰⁰, assim como em relação ao interesse de agir e à possibilidade

898 Fredie Didier Jr. assim explica essa teoria: “Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial da demanda; essa análise, assim, seria feita à luz das afirmações feitas pelo demandante no bojo da sua petição inicial (*in statu assertionis*). (...) Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em outra cognição; o juízo definitivo sobre a existência das condições da ação se faz neste momento; se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de teoria da asserção ou da *prospettazione*.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*, p. 184-185).

899 Ugo Rocco destacou, no idos de 1966, que não havia necessidade de aprofundar o exame das provas para verificar a legitimidade ad causam, bastava para tanto a análise das afirmações da parte, a cognição exauriente deveria ficar para o exame de mérito da lide: “Vediamo ora quali sono i criteri in base in a quali, normalmente, vengono a determinarsi la posizione di attore e di convenuto in giudizio (2).

Il normale criterio, como abbiamo già visto, per la determinazione di questi soggetti e, quindi, delle parti in giudizio, è dato dal concetto della titolarità attiva e passiva di un rapporto giuridico sostanziale.

Potrà assumere la veste di attore in giudizio colui che afferma di essere titolare di un rapporto giuridico, ed assumere la veste di convenuto in giudizio quella persona, contro cui è affermata la titolarità di un rapporto giuridico (soggetto dell'obbligo giuridico di diritto sostanziale).

Questa titolarità, però, potrà essere una titolarità effettivamente esistente, o pur no, altrimenti si ricadrebbe nel concetto sostanziale di parti in giudizio da noi esaminato ed escluso nella nostra critica. Basterà, infatti, che questa titolarità sia affermata puramente e semplicemente, senza che per latro debba necessariamente esistere, in quanto si potrà sapere se un soggetto è effettivamente titolare del rapporto giuridico di cui chiede l'accertamento, soltanto quando si sia già esplicita ed esaurita l'attività giurisdizionale.

(...)

Da lta concetto deriva che si può chiamare parte in giudizio colui che essendo o semplicemente affermandosi titolare, attivo o passivo, di un rapporto giuridico sostanziale, chiede in proprio nome la realizzazione di tale rapporto giuridico da parte degli organi giurisdizionali.” (ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile, II parte generale*. Segunda edizione accresciuta. - Napoli (Itália): Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1966, p. 107-108).

900 No ponto, vale conferir a lição de Luiz Rodrigues Wambier: “Note-se que, para a aferição da legitimidade, não importa saber se procede ou não a pretensão do autor; não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento de mérito. A aferição da legitimidade processual antecede logicamente o julgamento de mérito.

jurídica do pedido. Desse modo, se “A” ajuíza uma ação em desfavor de “B”, pedindo a reintegração de posse em determinado imóvel rural, afirmando que era legítimo possuidor e que a sua posse fora esbulhada, mediante o uso de violência física, ele é parte legítima para a causa. Ele demonstrou integrar a relação jurídica material deduzida em juízo. Essa conclusão é alcançada, de acordo com a teoria da asserção, pela simples análise das alegações lançadas pela parte na petição inicial. Esse juízo de admissibilidade da pretensão, no entanto, não repercute no mérito da lide. Se após a produção de provas, o juiz verificar que as alegações da parte autora não correspondem à prova dos fatos, julgará improcedente o pedido. Outro exemplo: “A” ajuíza ação em desfavor de “B”, reclamando indenização por danos morais, sob a justificativa de que “C” indevidamente o incluiu em cadastro restritivo de crédito. Ora, nesse caso, da narração dos fatos, verifica-se que “B” não é parte legítima para a causa. Essa teoria, embora aceita em maior parte pela doutrina, também sofre críticas.⁹⁰¹

Em virtude da crise numérica que assola o Poder Judiciário e da cultura demandista disseminada no Brasil, Rodolfo de Camargo Mancuso se opõe à utilização dessa teoria. Argumenta que a aplicação dessa teoria favorece em demasia o acesso ao Poder Judiciário, o que não tem produzido resultados satisfatórios, sobretudo sob o ponto de vista qualitativo. Em virtude da quantidade colossal de processos, os juízes não têm condições de proferir decisões intrinsecamente justas, de boa qualidade, com celeridade. O Judiciário, em sua percepção, não está conseguindo pacificar a sociedade. Por isso, preconiza a necessidade de reservar ao Poder Judiciário somente o julgamento dos casos mais complexos, deixando o mais para ser resolvido por métodos

Assim, como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no pólo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. (Coord.). Luiz Rodrigues Wambier. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 139).

901 A propósito, anotou Egas Dirceu Moniz de Aragão a respeito da redação do inciso VI do art. 267 do CPC, que trata da legitimidade para a causa: “Nota-se nesse conceito aparente círculo vicioso: tem legitimidade para propor a ação aquele a quem esta pertence; a ação por sua vez pertence àquele que pode propô-la e, por isso, é considerado parte legítima. Mas o autor reme ao art. 81 do Cód. De Proc. Civil italiano, com o que facilita a compreensão de seu pensamento sob dois ângulos distintos: um, porque essa norma regula a substituição processual; outro, porque fala em direito. A remissão denota que LIEBMAN não só considera a legitimidade apenas do ponto de vista de quem age em benefício próprio, como toma o vocábulo 'ação' qual sinônimo de 'pretensão' (a *actio* romana) e isso esclarece seu pensamento: pertinência da pretensão (*actio*) àquele que propõe a ação (em seu próprio benefício).” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II: arts. 154-269*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 564).

autocompositivos e heterocompositivos, como a mediação e a arbitragem. Assim, propõe uma releitura do interesse de agir, de modo que a maior parte das causas, antes de chegar ao crivo do Poder Judiciário, transite por outras vias⁹⁰².

11 Carência da ação e coisa julgada

Vigora grande debate na doutrina sobre a natureza jurídica da sentença que extingue o processo, em razão da ausência de uma ou mais condições da ação.

Há casos em que juiz analisa detidamente a relação jurídica material deduzida em juízo. Logo, o seu provimento não pode ser considerado uma sentença meramente extintiva. É o que ocorre quando se extingue o processo por ilegitimidade de parte⁹⁰³. Em geral, o reconhecimento da ilegitimidade equivale à improcedência do pedido.

902 Confiram-se as suas razões: Marcar onde vai terminar a citação que segue>fechando as aspas. “Com isso se obterá mais de uma *externalidade positiva*: estímulo à *vera cidadania*, hoje comprometida pela explosão da litigiosidade, à sua vez insuflada pela cultura judiciarista; abertura de um espaço-tempo necessário a que os conflitos alcancem o desejável ponto de maturação; elevação de uma *barreira natural* à demanda excessiva pela Justiça estatal, permitindo antever uma diminuição gradual da massa de processos, gerando condições para uma resposta judiciária tecnicamente consistente e sem dilações excessivas, já que, como é cediço, *a quantidade afeta a qualidade*. Já há precedentes, *de lege lata*, direcionados a contingenciar, em alguma medida, o exercício exacerbado e desmesurado do direito de ação, para além do caso antes lembrado dos conflitos desportivos (CF/1988, art. 217, §1º): reclamações trabalhistas podem ser evitadas pela resolução do conflito perante as Comissões de Conciliação Prévia (CLT, art. 625-D); ações perante o Juizado Especial podem ser encaminhadas ao Juízo Arbitral (Lei 9.099/95, art. 24). *De lege ferenda*, o Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDP) ofereceu substitutivo ao PL do Senado 94/2003, prevendo *mediação prévia* (facultativa, judicial ou extrajudicial – art. 4º) e a *mediação incidental*, cuja tentativa passa a ser, em regra, 'obrigatória no processo de conhecimento' (art. 6º, caput). Trata-se, aí, de *condicionantes legítimas*, muitas distintas de opções outras, que de tempos a esta parte se têm implementado, visando, precipuamente, a impor obstáculos ao acesso à Justiça, seja em primeiro grau (CPC, art. 285-A), seja nos Tribunais (CPC, art. 557; §1º do art. 518; CF/1988, §3º do art. 102).

903 E esse respeito, vale conferir a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco: “Há casos em que certos requisitos de direito substancial são tratados por juízes ou tribunais como se dissessem respeito a alguma condição da ação e por isso sua falta os leva a concluir nominalmente pela *carência* desta, quando na realidade a decisão é de mérito (improcedência). Uma das hipóteses que em determinada época mais se repetiram foi a das demandas promovidas à pessoa que nos registros oficiais consta como proprietário de um veículo envolvido em acidente com danos. É hábito julgar essas demandas inadmissíveis por ilegitimidade *ad causam* quando a prova revela que o réu já não é dono do veículo, havendo-o vendido a outrem. Essa é uma *falsa carência da ação*, porque é de direito material a regra segundo a qual o dano responde pelos fatos do objeto (responsabilidade pelo fato da coisa), mas o ex-dono não tem responsabilidade civil alguma (arts. 186 e 927). Há também uma falsa carência de ação na rejeição das demandas de *usucapião* por não estar implementado o *tempus* ou não ser adequada a posse exercida: tais são requisitos de direito privado sem os quais o possuidor não se torna dono e, portanto, sua demanda é *improcedente*. Essas sentenças, posto que nominalmente rotuladas de *carência de ação*, na realidade são de mérito e, portanto, portadoras de efeitos suscetíveis de coisa julgada material. São inclusive suscetíveis de impugnação pela via especialíssima da *ação rescisória*, o que em relação às genuinamente terminativas não se dá.” (p. 311-312).

12 Espécies de tutela jurisdicional

A doutrina clássica classifica as ações em declaratório, constitutiva e condenatória, sendo que há quem sustente, além dessa classificação tripartida, também a classificação quinária, acrescentando a ação mandamental e executiva lato-sensu.

Entendemos que a ação não deve ser classificada de acordo com a pretensão formulada pela parte, porque se trata de um direito abstrato e autônomo em relação ao direito material. É a pretensão, e não a ação, que determina o tipo de tutela judicial, que pode ser declaratória, constitutiva, condenatória ou mandamental, como visto no terceiro capítulo.

CONCLUSÕES

Ao fim desta dissertação, chegamos às seguintes conclusões:

1. A plasticidade do direito, portanto, é extremamente importante, para permitir a solução desses problemas a partir do ordenamento jurídico pátrio, com decisões calcadas em fundamentação principiológica, em argumentos científicos e em reputada doutrina.

2. A tendência moderna nos países de *civil law* é de expandir a juridicização de fatos pelo Poder Judiciário, com isso havendo, de certo modo, uma reformulação no papel originalmente traçado para os Poderes. Assiste-se, desse modo, a uma progressiva concorrência na produção do direito entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo nos países integrantes desse sistema. Verifica-se, portanto, um movimento de aproximação dos dois sistemas.

3. Há, basicamente, três tipos de interesse, a depender da sua abrangência: individual, social e público. Há vários modos de se distinguir esses três interesses: a) em função do elemento predominante; b) prejuízo; c) utilidade almejada pela norma.

Os interesses metaindividuais figuram como uma espécie da segunda categoria. Esses interesses podem ser subdivididos nas seguintes espécies: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Os direitos difusos apresentam as seguintes características: a) indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade, indisponibilidade relativa, os seus titulares estão unidos por circunstâncias de fato, litigiosidade interna.

Os direitos coletivos em sentido estrito, por outro lado, contêm as seguintes

características: determinabilidade dos seus titulares, a indivisibilidade do direito e uma relação jurídica básica que une os titulares entre si.

Os direitos individuais homogêneos estão definidos no inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC. De acordo com essa norma, essa espécie de direito metaindividual corresponde aos direitos decorrentes de origem comum. A Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo - LMSIC (art. 21, parágrafo único, II, da Lei nº 12.016/2009) também conceituou direito individual homogêneo. Além das características acima elencadas, incorporou outras ao texto. Assim é que enunciou que direitos homogêneos são “os de origem comum, e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

4. A ACP que veicule direitos individuais homogêneos se divide em duas partes. Há a fase de conhecimento e a fase executiva. Em geral, na primeira fase, se o pedido for julgado procedente, fixa-se a responsabilidade genérica do réu, cabendo aos titulares dos direitos individuais a liquidação do *quantum debeatur*. A segunda fase, a executiva, poderá ser inaugurada por algum substituto processual, mas também poderá ser realizada individualmente pelos respectivos titulares.

5. Com essa preocupação de promover a economia processual e a uniformidade das decisões judiciais, relativamente aos direitos individuais homogêneos, existem doutrinadores defendendo a possibilidade de tutela de direitos individuais homogêneos em sede de ACP proposta perante o Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95), com o que concordamos.

6. Em nosso entender, é viável a utilização da ACP para a defesa de todas as espécies de direito metaindividuais. O tratamento molecular de causas repetitivas é uma das melhores ferramentas contra a crise quantitativa do Poder Judiciário. A tutela de direitos individuais homogêneos no âmbito da ACP também favorece o acesso ao Poder Judiciário das camadas mais pobres da população, além de favorecer a análise das pretensões relativas a ínfimo valor.

7. Nos termos do art. 104 do CDC, a ACP que tenha por escopo a tutela de direitos individuais homogêneos não gera litispendência em relação à ação individual, há apenas conexão, em virtude da causa de pedir. No entanto, recentemente, o STJ determinou o

que as ações individuais pendentes devem ser automaticamente suspensas. Concordamos com essa orientação, pois privilegia a economia processual e a segurança jurídica.

8. A GLO inglesa influenciou a lei alemã, e, em última instância, o projeto de CPC brasileiro, tendo em conta que o “incidente de resolução de demandas repetitivas” - IRDR é baseado no projeto alemão.

9. O sistema processual coletivo, hoje constituído em grande parte pelas Leis nºs 4.717/1965, 7.347/1985, 8.078/90, 8.429/1992 e 12.016/09, é um importante instrumento para a racionalização da atividade jurisdicional, bem como para a redução do acervo de processos hoje existente.

10. O exercício da jurisdição coletiva requer um magistrado preparado para a realização de uma abordagem interdisciplinar de determinados temas dentro do processo, assim como afinado com as recentes mudanças processuais, especialmente o uso na mediação no processo coletivo, a fim de que possa solucionar de maneira ótima as pretensões que lhe são apresentadas.

11. O sistema processual coletivo, hoje constituído pelas Leis nºs 7.347/1985, 4.717/1965, 8.078/90 e 12.016/09, bem como pelos precedentes do TST em dissídios coletivos (arts. 678, I, “a”, E 896, “b”, da CLT) e pelo controle concentrado de constitucionalidade (Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999), abriga importantes instrumentos para a racionalização da atividade jurisdicional, bem como para a redução do acervo de processos hoje existente, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

12. Esse sistema apresenta algumas lacunas importantes. Não há previsão normativa relativamente à legitimidade passiva coletiva, tema extremamente importante nos dias atuais. Também não há previsão de desconsideração da personalidade jurídica, de uso de mediação, tampouco de regras pormenorizadas quanto a esse relevante meio de composição de lides, a exemplo de regras pertinentes ao sigilo, à formação dos mediadores. Faltam também regras mais coerentes para o tratamento das consequências de litispendência, bem como no que diz respeito à legitimidade, particularmente o

controle judicial da representatividade adequada e da pertinência temática.

13. Os efeitos subjetivos da coisa julgada na ACP, embora consideravelmente amplos, não representam óbice para o controle de constitucionalidade. Outro ponto favorável ao controle de constitucionalidade no âmbito da ACP, reside na tendência, já registrada, de objetivação do controle difuso, e também de compatibilização vertical das decisões judiciais à orientação jurisprudencial dos tribunais superiores. O pedido principal corresponde a um bem da vida a ser usufruído pelos titulares dos direitos metaindividuais em jogo. A lide coletiva, desse modo, assenta-se em uma relação concreta de direito material e, apenas, indiretamente abarca a análise da constitucionalidade de alguma norma. Até porque, como visto, a eventual declaração de inconstitucionalidade da norma questionada circunscrever-se-á ao âmbito de uma questão prejudicial, resolvida incidentalmente, nos termos do art. 469, III, do CPC, não constando do dispositivo da sentença ou do acórdão.

14. O conhecimento interdisciplinar costuma ser exigido em APC's que têm por escopo a implementação de políticas públicas.

15. A tutela coletiva tem matiz próprio, que a diferencia do processo civil de cunho individual. Seus princípios são os seguintes: a) amplo acesso à justiça e participação social; b) duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; c) isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; d) tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; e) motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; f) publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; g) dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; h) exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e i) preferência da execução coletiva.

16. As tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: a) garantir a

viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, do CPC); c) efetivar, em virtude das peculiaridades de um determinado direito e em função da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC).

17. A técnica da sumarização reduz o tempo destinado à obtenção do provimento jurisdicional, permitindo que ele seja emitido em forma de liminar ou de antecipação de tutela, *inaudita altera parte* ou após justificação prévia. A cognição sumária se reduz à análise das provas escritas que acompanham a petição inicial, e/ou testemunhais produzidas em audiência de justificação, aptas a fundamentar um juízo preliminar e provisório. As tutelas de urgência fundadas na cognição sumária buscam fundamento na provável existência do direito que constituirá, ou já constitui, objeto do processo.

18. A espécie de provimento jurisdicional proporcionado pela sentença dependerá do tipo de pretensão deduzida pela parte em juízo. A tutela veiculada na sentença é, preponderantemente, condenatória, constitutiva, declaratória ou mandamental, tendo em vista que o dispositivo da sentença contempla outras disposições além daquela dita principal.

19. Para a análise do mérito da pretensão deduzida em juízo, é mister o preenchimento de certos requisitos, sem os quais isto não será possível, tornando o autor carecedor da ação. Assim é que devem estar presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, cuja análise pode ser feita pelo juiz ou tribunal, por provocação das partes ou até mesmo de ofício, tal a importância da matéria para regularidade da relação processual.

20. Os pressupostos processuais de existência são requisitos necessários para a existência da relação processual. A sua falta pode ser reconhecida por despacho ou decisão interlocutória, não necessitando de ação específica para tanto, salvo se for arguída após o trânsito em julgado da sentença, oportunidade em que deverá ser questionada no bojo de uma ação rescisória (art. 485 do CPC).

21. Os pressupostos processuais de validade também são relevantes. Sem eles, não é possível o desenvolvimento válido e regular da relação processual. Costuma-se elencar os seguintes pressupostos processuais de validade: a) petição inicial regular; b) competência e imparcialidade; c) capacidade de ser parte.

22. Na eventualidade de duas ou mais ACP's tramitarem conjuntamente, há necessidade de reunião dessas ações, para que não sejam proferidos julgamentos diversos, em causas envolvendo o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir. Cuida-se de um dos consectários processuais do princípio da isonomia material. O Judiciário deve dar a mesma resposta, para pessoas que se encontrem na mesma situação.

23. Não será possível a reunião de ACP's conexas, quando tal medida implicar alteração de competência absoluta. No entanto, essa situação não ocorrerá quando as causas aparentemente conexas estejam submetidas a juízos competentes para o julgamento das duas demandas.

25. Há também os pressupostos processuais negativos. Se algum deles se fizer presente, o processo deve ser extinto, sem apreciação do mérito da pretensão deduzida em juízo. São eles: a) litispendência; b) coisa julgada; c) preempção.

26. Com o propósito de evitar a ocorrência de julgamentos divergentes entre ACP e a ação individual, cuja causa de pedir seja a mesma, determinou o STJ, em julgamento realizado em 2011, que as ações individuais devem ser automaticamente suspensas.

27. De acordo com o direito tutelado em juízo e em função do resultado do julgamento, haverá uma sistemática prevista pela lei para cada situação, com relação aos efeitos subjetivos da coisa julgada. Assim é que a sentença, nas ações coletivas, fará coisa julgada *erga omnes* quando o pedido for julgado procedente. Isto porque esse provimento não causará prejuízo ao direito individual de terceiros (§1º do art. 103 do CDC).

28. Fará coisa julgada *erga omnes* o pedido julgado improcedente por insuficiência de provas (*non liquet*). Nesse caso, tem-se a coisa julgada *secundum eventus litis* e

secundum probationem, porque a não-formação da coisa julgada depende dos resultados da prova e da lide. Em tal situação, como não há prejuízo para os substituídos, todos serão atingidos pelos efeitos da coisa julgada

29. A sentença ou acórdão na ação coletiva produzirá efeitos *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, na hipótese do inciso II do parágrafo único do art. 81 do CDC, ou seja, para beneficiar grupo ou classe titular de direito coletivo *stricto sensu*. Também nesse caso, poderá ser proposta nova ação, com o mesmo pedido, por qualquer colegitimado, se o pedido formulado na primeira demanda coletiva for julgado improcedente por insuficiência de provas (inciso II do art. 103 do CDC).

30. A improcedência do pedido, por falta de provas, na ACP que veicule direito individual homogêneo não prejudicará os substituídos. Cuida-se de uma interpretação sistemática do inc. III do art. 103 do CDC, bem assim em virtude da ausência de controle pelo magistrado (*ope iudicis*) da representatividade adequada.

31. O Brasil adotou a teoria do trinômio, preconizada por Liebman, estabelecendo três condições da ação, quais sejam: a) legitimidade *ad causam*; b) interesse de agir; c) possibilidade jurídica do pedido. Essas condições valem não apenas para o processo de conhecimento, mas também em relação ao processo de execução e ao processo cautelar. Além disso, é importante destacar que essas três condições referem-se, respectivamente, a cada um dos elementos da ação: a) a legitimidade *ad causam* diz respeito às partes; b) a possibilidade jurídica vincula-se ao pedido; c) o interesse de agir pertine à causa de pedir

32. Para que a parte tenha sua pretensão analisada, a causa de pedir e/ou pedido formulado(s) ao Estado-juiz não pode(m) encontrar óbice no ordenamento jurídico. Há quem sustente que a impossibilidade jurídica também pode alcançar partes, em virtude de determinadas prerrogativas da Administração Pública, como a regra do pagamento por precatório (art. 100 da CRFB/1988)

33. Existem hipóteses no ordenamento jurídico brasileiro de impedimento ao trâmite de uma ACP. Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985, com redação fixada pela MP 2.180-35/2001, não será cabível ACP para a tutela de tributos,

contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

34. O fato de o direito individual homogêneo não referir-se a uma relação de consumo não retira a sua natureza de direito metaindividual. O que é decisivo para a existência do direito individual homogêneo, nos termos do art. 81, parágrafo único, III, da Lei nº 8.078/1990 e art. 21, parágrafo único, II, da Lei nº 12.016/2009 é a divisibilidade e a origem comum, isto é, a existência de danos aos direitos subjetivos respectivos, decorrentes do mesmo evento, ainda que esse evento ocorra em diferentes oportunidades ou lugares. Encontram-se direitos individuais homogêneos nas mais variadas hipóteses, além da relação de consumo: causas trabalhistas, desastres, investidores, idosos, enfim, em todos os casos envolvendo fenômenos típicos de massa

35. A implementação de políticas pelo Poder Judiciário, a fim garantir a eficácia de direitos fundamentais, não encontra óbice no ordenamento jurídico.

36. O interesse de agir está presente quando se encontram as três subcategorias: a necessidade, a utilidade e a adequação.

37. Nos direitos metaindividuais, sobretudo nos direitos difusos, a utilidade pretendida é insuscetível de atribuição exclusiva. De conseguinte, o autor coletivo comparece em juízo na qualidade de adequado representante (correspondente ao *ideological plaintiff*, das ações coletivas do direito norte-americano). Comparece em juízo, portanto, não em virtude de um interesse direto, mas porque tem necessidade de acesso à Justiça.

38. O interesse de agir na ACP deverá ser aferido à luz da espécie de interesse ou direito metaindividual discutido em juízo, como explicados no primeiro capítulo desta dissertação. Assim é que a adequação da tutela deve levar em conta a configuração da espécie de direito metaindividual discutido em juízo: direito difuso, direito coletivo em sentido estrito ou direito individual homogêneo.

39. Em relação aos direitos metaindividuais, há, em suma, três correntes doutrináriaa

a respeito da legitimação: a) legitimação ordinária; b) legitimação extraordinária; c) legitimação autônoma para a condução do processo.

40. A melhor opção para a defesa dos direitos metaindividuais é a legitimação autônoma para a condução do processo, tendo em conta que permite um maior número de legitimados agir em favor desses direitos

41. O controle da adequada representação impede o uso oblíquo da ACP, evitando-se a utilização temerária desse instrumento processual por pessoas jurídicas que não tenham estrutura, tampouco boa-fé.

42. O MP é o colegitimado que ostenta as melhores condições para a propositura da ACP. Afora o seu destacado aparato estrutural (assessores, consultores técnicos, interface com órgãos públicos), detém independência funcional (art. 127, §1º, da CF/1988) e valiosas atribuições funcionais, como o poder de requisitar documentos de quaisquer órgãos públicos (art. 129, VI, da CF/1988).

43. Bem se verifica da parte final da redação do art. 129 da CF/1988, que o elenco de competências relacionadas no texto constitucional é apenas exemplificativo. Desse modo, o legislador constituinte permitiu que outras competências, semelhantes àquelas descritas no texto constitucional, fossem outorgadas ao MP. A tese contrária à tutela dos direitos individuais homogêneos pelo MP olvida o fato de que é esse órgão o mais habilitado à defesa da sociedade em juízo. Além disso, a tutela dos direitos individuais homogêneos pelo MP enseja grande economia processual. Em lugar de milhares de ações individuais, consumindo o tempo de juízes em vários pontos do território nacional, com possibilidade de decisões contraditórias.

44. A legislação especial já prevê a possibilidade de uma determinada coletividade responder no polo passivo de uma ACP. Cuida-se da Lei nº 10.671/2003, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor.

45. Em nome dos princípios da eficiência, da economia processual, da instrumentalidade e do acesso ao processo justo, é possível a interpretação analógica dessa norma, para que permita que toda e qualquer ACP, versando sobre direitos

individuais homogêneos, relativos a matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, de pequena complexidade, possa tramitar perante o Juizado Especial.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*; Organização Ernesto Garzón Valdés...[et all]; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo de direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. - São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*; prefácio a 1ª edição J. P. Sepúlveda Pertence. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro)*. - 2. ed. aum. - São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material*. In: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Ano XI, nº 66*. - São Paulo: IOB, 2010.

ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. - (Coleção Estudos e Pareceres; II).

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. - 15. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, J. E. Carreira. *Ação civil pública e direito difusos à segurança pública*. In: *Revista de processo*, n. 124, ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed., rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei nº*

5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II: arts. 154-269. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. A tutela de urgência e o novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica*, ano 58, nº 401. - São Paulo: Síntese, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. - (Temas atuais de direito processual civil; 6).

ARMELIM, Donaldo. *Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política*. In: *processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*/organizador Carlos Alberto de Salles. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. - 11. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – 2. tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. *A era da imediatidade e os desafios na construção do novo processo civil brasileiro*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil*, n. 79. - São Paulo: SÍNTESE, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. - 8. ed. rev. e atual. - São Paulo: LTr, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana*. In: *Revista de Processo*, nº 130, Ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

BECKER, Idel. *Pequena história da civilização ocidental*. - São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. - 3.ed. rev, ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2003

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. - 3.

ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (Tentativa de sistematização)*. 5. ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. - 13ª reimpressão.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves – São Paulo: EDIPRO, 5. ed. Revista, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. - São Paulo: EDIPRO, 2011.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. - São Paulo: LTr, 2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. - 3 ed. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. - 26ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. STF, RE 163231/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 29.06.2001.

BRASIL. STJ – AgRg no Ag 1323205-SP.

BRASIL. STJ - CC 109435 / PR. CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2009/0240560-8. Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Julgamento: 22.09.2010.

BRASIL. STJ – Resp 753159/MT – Data do Julgamento 05.04.2011.

BRASIL. STF AG REG NO RE. N. 547.532-DF, Relator Ministro Dias Toffoli.

BRASIL. STJ AgRg no Ag 1125537/RS, Dje 10.06.2010.

BRASIL. STJ, Resp 1117091/ES, RECURSO ESPECIAL 2009/0008304-5, DJe 03.11.2011.

BRASIL. STJ, Resp 1279570/MG, RECURSO ESPECIAL 2011/0167995-4, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 17.11.2011.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 1967 e suas alterações. - Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.

BRASIL. STJ, Sexta Turma, DJ 06.03.2006, Relator Ministro Nilson Naves, AgRg no Ag 684471/BA.

BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1282598/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 02/05/2012

BRASIL. STJ. RESP 1265463/RS, DJe 28/03/2012.

RESP. STJ, REsp 1338916/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/10/2012.

BRASIL. STJ, EREsp 218.781/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 23/02/2012

BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1134518/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 25/09/2012.

BRASIL. STJ, REsp 1320693/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012.

BRASIL. STJ. REsp 1225010/PE, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 15.03.2011.

BRASIL. STJ, EDcl no AgRg no REsp 754.373/SP, Rel. Ministra Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 24/09/2012.

BRASIL. STJ. Súmula nº 381. BRASIL. STJ. REsp 1.084.745-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 6.11.2012.

BRASIL. STJ. REsp 1086991 / MG RECURSO ESPECIAL 2008/0187729-4, Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI, DJe 06.09.2011.

BRASIL. STJ. RESP 636.021.

BRASIL.TRF1, AG 0034777-60.2011.4.01.0000/MG, Relator Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Primeira Turma, publicação em 05/07/2012

BRASIL. TRT-8ª Região RO 5.309/2002-PA.

BRASIL. TRT-12ª Região. RO nº 931/98-SC.

BRASIL. STJ – AgRg no Ag 1249559/RJ, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJE 02.02.2012.

BRASIL.STJ. REsp 986272/RS, DJe 01.02.2012.

BRUNIERI, Wendel Fernando. *Possibilidade de modulação do procedimento pelo juiz na nova lei de ação civil pública (artigo 10, §1º, do Projeto de Lei nº 5.139/2009)*. In: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Ano XI, nº 64*. - São Paulo: IOB, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. I*. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais; tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama*. - Campinas – SP: LZN Editora, 2005.

BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. “Notas de adaptação ao direito vigente e Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. - 3 ed., rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. - v. I; tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery – Campinas (SP): Bookseller, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. -v. II; tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery – Campinas (SP): Bookseller, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. v. III; tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery – Campinas (SP): Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, v. I*. 15 ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário. II vol. O ordenamento jurídico comunitário*. - 5. ed. - Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. - 3. ed. introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. - Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direito fundamentais e direito privado; tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto*. - Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. - Porto Alegre, Fabris, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Das constituições dos direitos à crítica dos direitos*. In: Direito Público. - v. 1, n.1(jul./set. 2003). - Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto de Alvaro de Oliveira. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. - 6. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova*; tradução e notas Amilcare Carletti. - São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002.

CARPENA, Heloisa. *Dano moral coletivo nas relações de consumo*. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira/Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). - Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública. Comentários por artigo*. 7 ed., rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19ª ed. rev., ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. - 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. - 4. ed. - New York (USA): Wolters Kluwer, Law & Business, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil. Vol. 1: As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição*. Tradução da 2ª edição italiana por J. GUIMARÃES MENEGALE, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. 3. ed., com uma introdução do Prof. Alfredo Buzaid. - São Paulo: Edição Saraiva, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. - Campinas (SP): Bookseller, 2009.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*. - Napoli (Itália): Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23 ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 4ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral, volume 1*. - 5 ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. In: *Direito Público*. - v. 1, n. 3 (jan./mar. 2004). - Porto Alegre: Síntese, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.
- Corte Nacional de Justicia, Justicia que se ve; Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho, 2011.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa* – São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. - 5ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Dialética, 2007.
- DAVID, René. *O direito inglês*; tradução Eduardo Brandão; revisão técnica e da tradução Isabella Soares Micali. - São Paulo: Martins Fontes, 1997. - (Ensino superior).
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*; tradução Hermínio A. Carvalho. - 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1996. - (Ensino Superior).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. - 20. ed. - 2. reimpr. - São Paulo: Atlas, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. *Comentário ao art. 35 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa*. In: *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-americano*/Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.). - Salvador: Editora Jusposivm, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. - 5 ed. - Salvador: JusPODIVM, 2005.

DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. - São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – benfazeja proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública*. In: Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover/ Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. - 4ª edição, rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. - 6 ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. - 2. ed., rev., atual. e aum. - São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. - 23 ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. - São Paulo: Atlas, 2010

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo: Martins Fontes, 2002. - (Justiça e direito).

DUARTE, Nestor. Comentário ao art. 104 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência: lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o código civil de 1916*. 2.ed. rev. atual. Barueri, SP: Manole, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Jéferson Albuquerque. *Garantia de acesso à justiça*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII – nº 77*. - São Paulo: IOB, 2012.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*; trad. de Elaine Nassif. - 1. ed. - Campinas (SP): Bookseller.

FERNANDES NETO. *Cláusulas, práticas e publicidade abusivas*. - São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES NETO, Guilherme; ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão; PAES, Eudóximo; SÉRVULO, Katia. *Inquérito civil e ação civil pública*. - São Paulo: Atlas, no prelo.

FERRARESI, Eurico. *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva*. in *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; AMARAL JR., José Levi Mello do Amaral. *Controle difuso da constitucionalidade. Efeitos concretos na sentença erga omnes. Análise em comparação com os efeitos da decisão proferida em ações diretas de controle de constitucionalidade*. In: *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover/ Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri, coordenadores*. - São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Legitimidade ativa da Defensoria Pública em ações civis públicas*. In: *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*/Coordenador José Augusto Garcia de Sousa. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *A necessidade de um sistema brasileiro de precedentes vinculantes: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 75*. - São Paulo: IOB, 2012.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. - 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Law in America: a short story*. - New York: Modern Library, 2004.

FROTA, Mario. *Por um Código de Processo Coletivo em Portugal*. In: *De jure* : revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, 1830-1889. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*; tradução de Jonas Comargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. - São Paulo: Hemus, 1998.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GIDI, Antonio. *Acciones colectivas em Peru*. In: Revista de Processo. - Ano 37, vol. 205. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*. Um diálogo Ibero-americano. - Salvador: Editora Juspodivm, 2009

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas em Estados Unidos*. In: Direito e Sociedade. - v.3, n. 1. - Curitiba: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Paraná, 2004.

GIUGGIOLI, Pier Filippo. *Class action e azione di gruppo*. - Pesaro (Itália): Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 2006.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle "class actions, volume 80*. - Pavia (Itália): Università di Pavia Facoltà di Giurisprudenza, 1996.

GOMES, Marcelo Sant'anna Vieira; KROHLING, Aloisio; MELO JÚNIOR, José Carlos Vieira. *Análise crítica do superendividamento sob a égide do pensamento de Emmanuel Lévinas*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 78*. - São Paulo: IOB, 2012.

GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. *O projeto de lei que disciplina as ações coletivas: abordagem comparativa sobre as principais inovações*. In: *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover/ Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri, coordenadores*. - São Paulo: Saraiva, 2010

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. - 8. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. - 8. ed., rev. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. - v. 1. Teoria geral do processo e auxiliares da justiça. 11. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação civil pública em matéria ambiental e denúncia da lide*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 78*. - São Paulo: IOB, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O projeto de lei brasileiro sobre processos coletivos*. In: A

ação civil pública após 25 anos/coordenador Édis Milaré. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e comon law: uma análise de direito comparado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje.* - 2ª ed. - (O tempo e a norma). - Coimbra (Porgugal): Edições Almedina S.A., 2009.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional.* - 4. ed. rev. e atual. - Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2003.

HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa;* elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. - 3. ed. rev. e aum. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história;* tradução Rosaura Eichenberg. - São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constiuição;* tradução de Gilmar Ferreira Mendes. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão em 2002.

HAZARD JR., Geoffrey C.; GEDID, John L.; SOWLE, Stephen. *An historical analysis of the binding effect of class suits.* In: *Yale Law School Legal Scholarship Repository,* Yale Law School, 1998.

HOBBSAWM, Eric J., 1917-2012. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991;* tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. - 2ª ed., 47ª reimp. - São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

IGLESIAS, Juan. *Direito romano;* autalizada por Juar Inglesias Redondo; tradução de Cláudia de Miranda Avena. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. - (Coleção direito europeu; v. 2/ coordenação Antonio García-Pablos de Molina, Cláudia de Miranda Avena).

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal.* - 11. ed., rev. e atual. - Rio de

Janeiro: Forense, 2003.

JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. *Ação civil pública na atualidade: alguns aspectos polêmicos*. In: *A ação civil pública após 25 anos*/coordenador Édis Milaré. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. - 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo, fundamentos de etica juridica*. - Madrid (Espanha): Civitas Ediciones, 2001.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. - 11. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Método, 2007.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda*. In: *direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - 2 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile, I*. - 2. ed. - Varese (Itália): Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*; tradução Alex Marins. - São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*; tradução de Gustavo Bayer. - Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MAIA, Diogo Campos Medida. *Ação coletiva passiva*. - Coleção direito processual coletivo, coordenação: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. - São Paulo: LTr, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. - 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARANHÃO, Clayton. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover/ Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri*, coordenadores. - São Paulo: Saraiva, 2010
- MARCATO, Antônio Carlos. *Algumas considerações sobre a crise da Justiça*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII – nº 77*. - São Paulo: IOB, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento*. - 6 ed. rev., atual. e ampl. da obra manual do processo de conhecimento – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil, vol. I*. - São Paulo: Saraiva, 1974.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. - 20. ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. - 25. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. - 27. ed. atual. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. - São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. - 25. ed., rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. - 18 ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas*. In: *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007*/Coordenador José Augusto Garcia de Sousa. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. - Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Integral social e perspectivas da democracia*. In: *Direito Público*. - v. 1, n. 1(jul./set. 2003) – Porto Alegre (RS): Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrado de normas no Brasil e na Alemanha*. - 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2004.
- MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/* coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações, tomo I*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*; prefácio Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. - 2. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. - 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005. - (Paidéia).
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. - 29. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. - 16. ed. - São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. - Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. - 29. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro, Forense, 2012.
- MÜLLER, Friedrich, 1938. *Teoria estruturante do direito*; tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. - 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. - São Paulo:

Liv. Ed. Universitária de Direito, 2004.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. - 41. ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Ações coletivas no direito processual civil brasileiro: exame de alguns casos julgados pelos tribunais brasileiros*. In: *A ação civil pública após 25 anos/coordenador Édis Milaré*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. - 13.ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. - 10 ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Novo CPC só terá êxito se alterados serviços judiciários*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 75*. - São Paulo: IOB, 2012.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. - São Paulo: Saraiva, 2010. - (Série IDP).

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas: doutrina - jurisprudência - legislação*. - 2. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331*. 6ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro. Forense, 1991.

PAULA, Adriano Perácio de. *Direito processual do consumo*. - Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Guarrido de. *Tutela de precaução*. In: *A ação civil pública após 25 anos/coordenador: Édis Milaré*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Revovar, 1997.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *A tutela coletiva no direito argentino*. In: *Revista de processo*, n. 124, ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PINTO, Céli Regina. *Globalização vis-a-vis. A história do nacionalismo na América*

- Latina: o caso do Brasil*. In: *Perspectivas da globalização e das suas contradições no Brasil e na América Latina*/ Edemir de Carvalho, organizador. - São Paulo: LCTE Editora, 2010.
- POCOCK, J. G. A. *The ancient constitution and the feudal law. A study of english historial thought in the seventeenth century*. - Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press, 1990
- POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 4 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. - São Paulo: Martins Fontes, 2007. - (Coleção justiça e direito).
- RAGAZZI, José Luiz. *A intervenção de terceiros fornecedores no Código de Defesa do Consumidor*. - Bauro(SP): EDITE Editora, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. - São Paulo: Saraiva, 2010.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. - 6. ed. anotada e atual. Por Ovídio Rocha Sandoval. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*; tradução Álvaro de Vita. - Ed. Ampl. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. - (Biblioteca jurídica WMF).
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. - São Paulo: Saraiva, 1994.
- REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 1998.
- REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. - 5 ed. rev. e aum. - São Paulo: Saraiva, 1994.
- REINALDO FILHO, Demócrito. *Indeferimento da inicial do mandado de segurança com base no artigo 10 da Lei nº 12.016/2009 – impossibilidade de utilização de argumentos de mérito*. In: *Revista Síntese Direito Administrativo, Ano V – nº 58*. - São Paulo: IOB, 2010.
- REQUIÃO, Rubens, 1918 - . *Curso de direito comercial, 1º volume*. - 27. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. - São Paulo: Saraiva, 2007.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. - Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.
- RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.

- RIZZATO NUNES, Luís Antônio . *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010
- ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile, II parte generale. Seconda edizione accresciuta*. - Nápoli (Itália): Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1966.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil: teoria geral: premissas e institutos fundamentais*. - 5. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- RUGGERI RÉ, Aluísio Nunes. *O processo civil coletivo e sua efetividade*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades*. In: *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social/organizador Carlos Alberto de Salles*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos*. In: *Revista de processo*, n. 121, ano 30. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova*. In: *A ação civil pública após 25 anos/coordenador Édís Milaré*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil, volume I: processo de conhecimento*. - 15 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983. *Primeira linhas de direito processual civil*. - vol. 1, 6. ed. - São /Paulo: Saraiva, 1978.
- SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983. *Primeiras linhas de direito processual civil*. - vol. 1, : 19. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1997.

- SANTOS, Moacyr Amaral, 1902-1983. *Primeiras linhas de direito processual civil*. - v. 2: 18 ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1997.
- SANTOS SILVA, F. Nicolau. *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa (Portugal): Quid Juris? Sociedade Editora, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004
- SENADO FEDERAL. *Constituições Brasileiras: 1946*/Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho. - Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.
- SENADO FEDERAL. *Constituições Brasileiras: 1967*/Themístocles Brandão Cavalcanti, Luiz Navarro Brito e Aliomar Baleeiro – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.
- SENADO FEDERAL. *Constituições do Brasil: de 1824, de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações*. - Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.
- SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. - Lisboa (Portugal): Quid Juris? Sociedade Editora.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, vol. 1*. - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais, vol. 2*. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA, Tânia Pereira da. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português*. In: *Revista de Processo, nº 128, Ano 30*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph. *History of political philosophy*. - 3. ed. - Chicago (EUA): University of Chicago Press, 1987.
- TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria)*. In: *Revista de Processo, nº 128, Ano 30*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; MARIANO, Patrícia. *A legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública*. In: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Ano IX, nº 59*. - São Paulo: IOB, 2012.

TARUFFO, Michele. *Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e de common law*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. - Porto Alegre: Síntese, v. 36, 2001 (Coleção Acadêmica de Direito; v. 34).

TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. In: *Revista de Processo*. - vol. 110, ano 28. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As normas reformas do Código de Processo Civil*. - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência, vol. II*- Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O compromisso do projeto de novo Código de Processo Civil com o processo justo*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XII, nº 75*. - São Paulo: IOB, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de, 1805-1859. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*; tradução de Eduardo Brandão; prefácio, biografia e bibliografia François Furet. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Paidéia).

TUSHNET, Mark. *Domestic Constitutionalism and International Law*. In: *Revista de Direito Público, Ano VIII, nº 35*. - São Paulo: IOB, 2010.

VENTURI, Elton. *Comentários ao art. 1º* In: *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo ibero-americano*. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos nos Juizados Especiais Cíveis* In: *A Ação civil pública após 25 anos/coordenador Édis Milaré*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WADE, E.C.S; BRADLEY, A. W. *Constitutional and administrative law*. - 11. ed. - New York (EUA): Longman Publishing, 1992.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*; tradução Luís Carlos Borges; revisão

da tradução Marina Appenzeller. - São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. - 9. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional das políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. Revista de processo, Ano 36, vol. 193, mar./2011.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direito coletivos e tutela coletiva de direitos*. - 4 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

sites eletrônicos consultados:

<http://www.planalto.gov.br>, em 30.01.2013.

<http://www.stf.jus.br>, em 30.01.2013.

<http://www.stj.jus.br>, em 30.01.2013.

<http://www.fd.uc.pt/CI>, em 30.01.2013.

<http://dre.pt>, em 30.01.2013.

<http://www.elabedul.net>, em 30.01.2013.

<http://www.secretariasenado.gov.co>, em 30.01.2013.

<http://www.bosettiegatti.com>, em 30.01.2013.

<http://www.trovanorme.salute.gov.it/>, em 30.01.2013.

<http://www.eur-lex.europa.eu/>, em 30.01.2013.

<http://www.justice.gov.uk/>, em 30.01.2013.

<http://www.hmcourts-service.gov.uk/>, 30.01.2013.

<http://www.corteconstitucional.gov.ec/>, em 30.01.2013.

<http://www.corteconstitucional.gov.br/>, em 30.01.2013.

<http://www.supremecourt.gov/>, em 30.01.2013

<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi>, em 30.01.2013

<http://www.stj.pt>, em 30.01.2013.