

SILVIA CRISTINA DAMIÃO CLARO

**AÇÕES COLETIVAS: OS CONTORNOS PROBLEMÁTICOS
E OS DESAFIOS DA LEGITIMIDADE PARA AGIR**

ESPECIALIZAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL EM MÓDULOS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

SILVIA CRISTINA DAMIÃO CLARO

**AÇÕES COLETIVAS: OS CONTORNOS PROBLEMÁTICOS
E OS DESAFIOS DA LEGITIMIDADE PARA AGIR**

ESPECIALIZAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL EM MÓDULOS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

SILVIA CRISTINA DAMIÃO CLARO

**AÇÕES COLETIVAS: OS CONTORNOS PROBLEMÁTICOS
E OS DESAFIOS DA LEGITIMIDADE PARA AGIR**

**Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo/COGEAE, como exigência parcial
para aprovação no Curso de Especialização
em Direito Processual Civil em Módulos,
sob orientação da Professora Patrícia
Miranda Pizzol.**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2012

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

A meu amado pai José Antônio Damião (*in memoriam*), que muito cedo, plantou em mim a semente da busca do conhecimento, que esteve sempre em todos os momentos de minha história, regando os meus passos, mas, que durante a colheita, deixou em nossas vidas um espaço que é difícil de ser preenchido de seu amor, deixando a saudade e uma nova perspectiva de semeadura em nossas vidas. Aliás, não existem palavras suficientes para descrever sua ausência. Nenhuma dessas páginas traz seu nome, mas de cada uma delas emanam seus ensinamentos.

A minha amada mãe, mulher, esposa e amiga, que ensinou verdadeiramente o sentido da palavra Família.

Ao meu amado esposo Sidnei, pela compreensão nos momentos que é preciso dedicação.

Meu sincero carinho a toda Família Damião.

A minha querida Pastora Kátia Duarte que no momento do auge de minha dor, esteve com sua alegria irradiando sobre minha tristeza. A carinhosa Missionária Mirian Della Rovere, que alegrou meu sorriso com suas palavras de conforto.

A todos: que de forma inexprimível cada qual a sua maneira e tempo me ajudaram, minha imensa gratidão.

*A minha dedicatória pertence somente a ti,
Como sempre fiz de minhas palavras: a ti, Senhor a ti, para ti, somente a ti,
Sei que é preciso colocar os pés no mar e ver,
que a nossa adoração é necessária para aprofundarmos em ti nosso eu.
Sei que no meio das correntezas ou no meio do deserto,
Eu sei meu Senhor, que tu és Deus.
Muitas vezes, é necessário erguer o mais alto o machado,
revelando – nos, o nosso descanso em ti.
Adorar-te é mais profundo do que pensei,
Muitas vezes regado de um espírito com lágrimas de adoração.
Por que todo o meu fim de exaltação, pertence somente a ti Senhor,
Essas palavras é a forma mais singela,
de manifestar minha adoração e minha imensurável gratidão,
A dor já passou e a paz que ficou,
Me faz forte.
Finalmente, eu estou aqui com o meu Deus a sós.*

Na verdade, meu Senhor não existem mais palavras para explicar seu amor.

*Nenhuma dessas páginas traz o seu nome,
mas cada uma delas emana o seu poder: o Espírito Santo.*

RESUMO

O presente trabalho tem o extremado objetivo em apreciar o instituto da legitimidade para agir em sede dos direitos metaindividuais, cujo tema ostenta marcante relevância e elevada polêmica não somente no ordenamento jurídico pátrio, mas, também asseverada no sistema alienígena. Aliás, toda essa enraizada discussão está em torno da dificuldade em se desvencilhar de uma concepção de tutela jurisdicional eminentemente moldada no tradicionalismo – individualista, cujos argumentos estão fomentados durante todo o trabalho.

Primordialmente, não podemos nos esquecer, do breve retrospecto histórico em torno dos diversos fatores sociais, que inegavelmente, contribuíram para uma insuficiência processual, em promover a adaptação de novos direitos, conceituados como direitos massificados, que, aliás, cuja essência é considerar o homem como objeto de proteção, sobretudo, o homem inserido na seio social, voltado para um compromisso do interesse comum, efetivando o profundo apogeu da coletividade. Desvencilha – se, do evangelho de crenças e valores clássicos. Far – se – à, necessariamente, não uma adaptação dos instrumentos processuais já rechaçados, mas, sim, a criação de novos institutos e mecanismos processuais que propiciem o progresso do sistema coletivo. Todo esse argumento é um estudo do processo coletivo, dado prisma dos fenômenos das transformações sob a perspectiva coletiva e as premissas para o alcance da efetividade do processo coletivo.

Após, ostentados os fundamentos do processo coletivo, evidenciamos as linhas evolutivas e fundamentais para uma codificação do direito processual coletivo nacional,

destacando os debates, os pontos polêmicos para uma pretensa proposta de Código Brasileiro de Processo Coletivo. Ousemos indagar: será que existe realmente a necessidade de um Código de Processos Coletivos? Uma codificação seria oportuna? A dada ilação será oportunamente debatida.

Com isso, refutadas e fixadas toda polêmica, apresentamos a categorização dos direitos metaindividuais, ou seja, os fundamentos dos direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos, com seus devidos alicerces distintivos, suas similitudes e toda a convivência harmônica existente entre as espécies.

Neste momento, muda – se o foco do trabalho e passemos a analisar um conteúdo intimamente voltado para o âmbito do direito processual civil clássico, dada exposição afeita às premissas do direito de ação e às condições da ação. Oportunamente, selecionamos, dentre outros argumentos, às teorias da ação, que propagaram de maneira moderna, a posição adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro.

Por derradeiro, é analisada a legitimidade para agir e toda sua conjuntura problemática no âmbito dos direitos transindividuais, o que desnuda uma verdadeira incompatibilidade com o sistema clássico da legitimidade para agir. Essa é a nossa abordagem primordial. Permitem – nos, dizer, que esperamos, que através desse trabalho, tenhamos contribuindo para uma nova roupagem da ciência do direito processual civil.

Palavras chaves: Direito Processual Civil. Direito Processual Coletivo. Condições da Ação. Legitimidade para Agir. Legitimidade para Agir nas Ações Coletivas.

RÉSUMÉ

Ce travail a comme objectif capital d'apprécier l'institution de la légitimité pour agir sur le siège des droits méta-individuels. Son thème exhibe une remarquable pertinence ainsi qu'une haute controverse, non seulement en ce qui concerne les lois nationales, mais aussi celles du système étranger. D'ailleurs, toute cette discussion a lieu autour de la difficulté à se débarrasser d'une conception de justice éminemment moulée dans le traditionalisme-individualiste et dont les arguments sont promus dans tout le travail.

Tout d'abord, il ne faut pas oublier, le bref aperçu historique sur les divers facteurs sociaux, qui ont sans doute contribué à un déficit de la procédure, afin de promouvoir l'adaptation de nouveaux droits, évalués comme les droits des masses, où l'homme est considéré comme l'objet de protection dans son essence, surtout celui qui, au sein social, est engagé dans un compromis d'intérêt commun en accomplissant le profond sommet de la collectivité. On désengage de l'évangile des valeurs et croyances traditionnelles. Il ne se fait pas nécessairement une adaptation des instruments juridiques déjà existants, mais plutôt la création de nouvelles institutions et des mécanismes de procédure qui facilitent le progrès du système collectif. Cet argument est une étude du processus collectif, en considérant les phénomènes de changements dans la perspective collective et les hypothèses pour atteindre l'efficacité du processus collectif.

Après avoir déployé les principes de la démarche collective, nous avons trouvé les lignes évolutives et fondamentales pour une codification du droit procédural collectif national, mettant en évidence les débats, les points controversés à une proposition présumée au Code Brésilien de Processus Collectif. N'ayons pas peur de poser la question:

faut-il vraiment avoir un Code de Processus Collectifs? Une codification serait-elle propice? La conclusion sera opportunément débattue.

Ainsi, réfutée et mise à part toute polémique, nous présentons la catégorisation des droits meta-individuels, à savoir les principes fondamentaux des droits diffuses, les droits collectives stricto sensu et les droits strictement homogènes et individuels, avec leurs fondements distinctifs, leurs similitudes et toute coexistence harmonieuse existante entre les espèces.

Ensuite, la mise en relief du travail change et nous nous tournons vers l'analyse de la teneur au sein de la procédure classique civile et de l'exposition donnée aux prémisses du droit d'action et aux conditions de l'action. À propos, nous avons choisi, entre autres arguments, les théories de l'action, qui ont diffusé de façon moderne, la position adoptée par le Code de Procédure Civile Brésilienne.

Enfin, en analysant la légitimité d'agir et toute sa conjoncture problématique dans les droits trans-individuels on dépouille une incompatibilité réelle avec le système classique de la légitimité d'agir. Il s'agit de notre première approche. Permettez-nous de dire que grâce à ce travail nous espérons avoir contribué à une nouvelle forme de la science du droit procédural en matière civile.

Mots – clés: Le Droit Procédural Civil. Droit Procédural Collective. Conditions d'admissibilité à la loi sur l'action. Le droit à la Class Actions Act.

SUMÁRIO

Introdução e Plano da obra.....	15
CAPÍTULO 1 – O CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS.....	18
1. As ações coletivas: panorama histórico e as circunstâncias sociais.....	18
2. As ações coletivas no ordenamento brasileiro: uma revolução processual e o domínio do processo coletivo.....	27
CAPÍTULO 2 – INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO: O FENÔMENO DAS TRANSFORMAÇÕES SOB A PERSPECTIVA COLETIVA E AS PREMISSAS PARA BUSCA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO.....	32
1. A tutela coletiva como condição de efetivação do Estado Democrático de Direito.....	33
2. Breve conteúdo do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva....	37
2.1. O significado de um direito ao acesso efetivo à justiça e os contornos problemáticos do acesso à justiça no que concerne à tutela dos direitos massificados.....	39
3. Os desdobramentos da mudança do paradigma individualista: o tratamento molecular do litígio.....	48
4. O processo coletivo como instrumento de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário: proteção do interesse público.....	51
5. O microsistema do processo coletivo: colocações prévias.....	55
5.1. Os desafios e as dificuldades do microsistema do processo coletivo: a aplicação intercambiante dos principais diplomas legais que disciplinam a tutela coletiva.....	58

CAPÍTULO 3 – LINHAS EVOLUTIVAS E FUNDAMENTAIS PARA UMA
CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO..... 63

1. As ações coletivas nos países ibero-americanos: a previsão e as perspectivas de
normatização..... 63
2. Os movimentos codificadores do Direito Processual Coletivo Brasileiro..... 71
 - 2.1. Os debates e os pontos polêmicos de uma proposta de Código Brasileiro de
Processo Coletivo..... 77

CAPÍTULO 4 – A CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS: OS
DIREITOS DIFUSOS, OS DIREITOS COLETIVOS *STRICTO SENSU* E OS DIREITOS
INDIVIDUAIS HOMOGENEOS..... 84

1. Colocações prévias: a delimitação do âmbito de atuação do processo coletivo..... 84
 - 1.1. Visão crítica da terminologia: Direitos ou Interesses?..... 87
2. Os Direitos Difusos e suas características..... 91
3. Os Direitos Coletivos *Stricto Sensu* e seus apontamentos..... 98
4. Os Direitos Individuais Homogêneos e seus pontos polêmicos..... 103
5. Direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos: suas linhas
distintivas, similitudes e convivência harmônica..... 111

CAPÍTULO 5 – O DIREITO DE AÇÃO E ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO..... 115

1. Nota introdutória: exposição do conteúdo apresentado..... 115
2. A influência dos valores do Estado Liberal de Direito sobre os conceitos clássicos de
jurisdição..... 115
 - 2.1. A teoria de *Chiovenda*: a atuação da vontade concreta da lei..... 115
 - 2.2. As lições doutrinárias de *Carnelutti*: a justa composição da lide..... 118

3. A ação: direito subjetivo à prestação jurisdicional.....	122
3.1. As teorias da ação.....	124
3.1.1. A fase de envolvimento confuso entre a ação com o direito material.....	124
3.1.2. A polêmica entre <i>Windscheid</i> e <i>Muther</i>	125
3.1.3. O direito de agir de forma abstrata.....	127
3.1.4. A teoria de <i>Mortara</i> : a ação como direito abstrato.....	128
3.1.5. A teoria de <i>Wach</i> : a pretensão à tutela jurídica.....	129
3.1.6. A teoria de <i>Chiovenda</i> : a ação como poder em face do adversário.....	131
3.1.7. A teoria de <i>Couture</i> : a ação como direito de petição.....	132
3.1.8. A teoria de <i>Liebman</i> : as condições da ação.....	133
4. Condições da Ação ou Requisitos do Provimento Final no ordenamento jurídico brasileiro.....	134
4.1. Possibilidade jurídica.....	137
4.2. Interesse de agir.....	140
4.3. A legitimidade para agir em juízo e os contornos da legitimidade ordinária e da legitimidade extraordinária.....	144
4.3.1. A classificação da legitimidade <i>ad causam</i>	150
4.3.1.1. Substituição processual ou legitimação extraordinária?.....	152
4.3.1.1.1. Substituição processual e sucessão processual.....	155
4.3.1.1.2. Substituição processual e representação processual.....	157
 CAPÍTULO 6 – A LEGITIMIDADE PARA AGIR NAS AÇÕES COLETIVAS: O ENFRENTAMENTO DE SEUS PROBLEMAS.....	 158
1. A natureza da legitimação nas ações coletivas: seu desenvolvimento e suas teorias....	158
2. A legitimidade ativa do Ministério Público: suas controvérsias.....	166

3. A legitimidade ativa das Defensorias Públicas.....	171
4. A legitimidade ativa nas formas de associativismo: associação, sindicatos e partidos políticos.....	174
5. Entes Públicos.....	176
CAPÍTULO 6 – SÍNTESE CONCLUSIVA.....	177
BIBLIOGRAFIA.....	179

INTRODUÇÃO E PLANO DA OBRA

O mundo moderno está sendo inevitavelmente rechaçado por uma nova realidade socioeconômica, cuja roupagem velha e tradicional do caráter egoístico não mais se molda a uma sociedade marcadamente eivada pela profunda massificação de suas relações sociais. É preciso forçosamente desvencilhar – nós do modelo efetivamente definido de homem isolado, e, crucialmente, formarmos uma nova mentalidade voltada para o perfil sinteticamente referíveis à qualidade de vida. O nascimento de uma nova mentalidade no mundo social desencadeará uma verdadeira reestruturação da sociedade civil, não mais afeita ao paternalismo do Estado, ou ainda, por conceitos jurídicos já estratificados e a relações jurídicas já rechaçadas, mas, ostentando, por gloriosos interesses e/ou direitos, que compartilham necessidades e anseios de âmbito comunitário.

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, a tutela coletiva transformou – se efetivamente em uma verdadeira tradução da conquista da cidadania. Pois bem. O que parecia de forma inicial inúmeros movimentos sociais, elevou - se à dimensão de um ordenamento jurídico coletivo, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos estafados, a elaboração de diplomas específicos moldados à nova ordem jurídica e, sobretudo, o reconhecimento de sua extremada importância para o cenário constitucional e político. Trata – se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitada pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação¹.

¹ Cf. WATANABE. Kazuo. Disposições Gerais. In *Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* / Ada Pellegrini Grinover; Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim; Daniel Roberto Fink;

O Direito não é somente a expressão da vontade do soberano ou do Estado, um conjunto de regras coerente e lógico. A ideia de Direito está umbilicalmente comprometida com o ideal de Justiça², ocasionada pela existência de valores que são imanentes ao ser humano, que dinamicamente variarão segundo as circunstâncias de espaço e de tempo do homem e da sociedade, que, aliás, modernamente diante das necessidades comunitárias, temos o homem elitizado em sua condição de ser humano escuso da autossuficiência, ou seja, um homem integralmente sociável. Uma civilização escusa do egoísmo, e sim, voltada para o bem comum. Esse é o verdadeiro valor democrático de uma nação. Parece – nos, felizmente, que está sendo ocasionado um amadurecimento de nossa civilização em torno do tema de processos coletivos. O ordenamento jurídico pátrio está atrasado ou adiantado em torno desse tema? Em que momento está os sistemas jurídicos alienígenas, em se tratando de processos coletivos?

Nesse sentido, quando evidencia – se uma evidente mudança de mentalidade, inicia – se, uma nova fase jurídica, impulsionando a necessidade de reformas legislativas, com a finalidade de acompanhar a complexidade da sociedade. Desse dado cenário, emerge o nascedouro da tutela coletiva, objetivando viabilizar e garantir a efetivação dos interesses e/ou direitos coletivos³. É evidente a dimensão social dos processos coletivos. O momento é desencadeado pela reestruturação e releitura de institutos já pacificados em sede doutrinária e jurisprudencial, como bem polemizado em sede da legitimação para agir, cujo tema traz em sua essência vasto contorno problemático e desafiador. É através do presente estudo e empenho, com toda a contribuição e ensinamento majestoso dos grandes juristas

José Geraldo Brito Filomeno; Kazuo Watanabe; Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. – 8ª ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 783.

² Cf. GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico* / Eros Roberto Grau. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 04 e 05.

³ Cf. DIAS, Lucínia Rossi Correia. Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 60, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 162.

seleccionados, que iremos aflorar sobre o promissor tema da legitimidade para agir em seara metaindividual.

1. O CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS

1. As ações coletivas: panorama histórico e as circunstâncias sociais

No estudo da evolução das ações coletivas, é imprescindível ostentarmos uma exata compreensão do alicerce que norteiam os diversos contextos e fenômenos históricos, pois se torna necessário na ciência do direito e do processo, buscar de forma íntima, o discernimento e a sabedoria, no plano histórico-cultural, cujo reflexo é a perfeita identificação dos fundamentos e construção dos institutos dogmáticos e positivos na atual conjuntura social.

Para compreendermos perfeitamente, o sistema jurídico é imperial estarmos estruturados e buscarmos sumamente por elementos temporais remotos, por ideais filosóficos, e, sobretudo, por uma adequada genealogia social.

Desse modo, refutemos os contornos explicativos de Ricardo de Barros Leonel, a cerca da imprescindibilidade no atendimento aos fatos históricos, para uma exata compreensão sobre o tema:

“A compreensão dos acontecimentos documentados e sedimentados na pesquisa da historiografia fornece dados seguros destinados a subsidiar a exegese atual do conjunto sistêmico que envolve o nosso ordenamento⁴.”

⁴ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo* / Ricardo de Barros Leonel. – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

A análise dos fundamentos histórico-sociais é traduzida em extremadas oscilações políticas e filosóficas na antiguidade, dados percalços que impulsionarão inegavelmente á correta e adequada compreensão do contexto contemporâneo da ciência do direito processual coletivo.

Nesta égide, devemos apontar de maneira primordial, as primeiras notícias de uma plêiade de avassaladores movimentos sociais, cujos antecedentes da moderna ação coletiva, se destacaram no século XVII, com a *bill of peace*⁵, que se tratava de uma autorização para processamento de forma coletiva de vários e independentes direitos individuais, ou seja, envolvia diversas unidades jurídicas, com o escopo de escusar a proliferação de litígios⁶.

Desse modo, através do instituto *bill of peace*, temos o rompimento com o ideal de que todos os indivíduos interessados devem de forma obrigatória participar da relação processual, se tornando cabível, representantes de determinados grupos de indivíduos em

⁵ Devemos observar, que a maioria do corpo doutrinário, preferem localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII, com o instituto da *bill of peace*. Entretanto, é importante destacarmos, que o surgimento das ações coletivas, não estão perfeitamente alinhadas, ou seja, podemos encontrar diversas e nítidas oscilações políticas e sociais nas raízes do processo coletivo. Temos adeptos doutrinários, que abordam ser uma das fontes primárias das ações coletivas, as ações populares romanas, ostentando ser a forma embrionária de tutela judicial dos interesses supra-individuais. Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo* / Ricardo de Barros Leonel... Ibid. p. 50.; JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*– Bahia: Editora JusPODIVM, 2009. p. 23. Ainda, assim, refutemos que existem posições que não concordam com dada origem histórica, recuando a genealogia histórica cinco séculos antes do *bill of peace*, cujos traços fundamentais se localizam com o apogeu do modelo medieval. Neste contexto medieval, temos como primeiro caso de ação coletiva como destaque, a reivindicação de aldeões da Vila de Rosnysous-Bois aos seus senhores, o abade e os clérigos de Santa Genoveva em Paris, com a indigna condição de servos em 1179. Dado fato, envolveu três reis e cinco papas, cujo processo exauriu todo o numerário dos aldeões para pagar o procurador. Em torno de 1224-1225, inúmeros aldeões desistiram do processo, em razão das pressões feitas pelos clérigos. Somente em 1246, os camponeses compraram sua liberdade, sob a condição de não formarem uma comuna, isto é, de forma basilar, escusar a formação de organizações. Podemos ainda, mencionar outras ações caracterizadas como coletivas, que marcaram as relações sociais da época, como os conflitos envolvendo uma comunidade (aldeões) de um vilarejo contra os seus senhores (*Lords*) por discussões em torno da administração e utilização das terras dos feudos; fiéis (*parisheus*) que disputavam o pagamento dos dízimos com os párcos; corporações (*guilds*) que questionavam o adimplemento de tributos ou arrendamentos impostos por autoridade local ou pelo senhor (*Lords*). Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 21e 22.

⁶ É notável, nesta época, á presença do moderno princípio da economia processual, cuja essencialidade nas ações coletivas é o tratamento molecular, capaz de atingir um grande número de indivíduos, de acordo com o objeto coletivo discutido em juízo. Dado efeito, que é ostentando desde as relações sociais mais antigas. Cf. DONIZETE, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos*. – São Paulo: Atlas, 2010. p. 91.

nome próprio atuar plenamente por interesses de representantes, ou ainda, sendo demandados pela existência de mesmos interesses⁷.

Entretanto, devemos mencionar que este quadro histórico não era marcado por qualquer lineamento, aliás, houve infinitas discussões políticas e filosóficas na sociedade antiga, em virtude da previsibilidade e aplicabilidade do instituto inglês em apreço.

Notadamente, com o advento de diversos movimentos sociais no período, devemos apontar que concorrentemente, temos o apogeu do individualismo, cujo elemento é característico do Estado Liberal, refletindo em estremada concepção jurídica da época.

É indubitável o caráter individual que emana do período do liberalismo, cuja tônica é ser ostentado como núcleo das relações jurídicas, aliás, temos o nascimento e a formação da correlação entre a titularidade do direito material e a titularidade do direito de ação, dada linguagem jurídica que é óbice de qualquer elemento de coletivização na época, como bem aponta Luciano Velasque Rocha:

Outra implicação jurídica de uma época nascida sob o signo do individualismo é que por trás das relações processuais que a caracterizavam existiam somente conflitos interindividuais. [...] Desta maneira, a litigância que marcaria aquele século, bem como subsequente, seria aquela formada entre Tício e Caio⁸, cuja insuficiência a falência do modelo econômico liberal logo se encarregaria de revelar. Litígios que veiculassem pretensões metaindividuais eram, portanto, de todo estranhos ao período.

[...] se minha propriedade sofre turbacão, não cabe senão a mim mesmo buscar a tutela do Estado.[...] Tampouco pode pertencer a outrem por obstar o livre exercício do meu direito de propriedade. [É interessante notarmos, que vigorava no momento histórico, a idéia de que os direitos subjetivos era uma maneira de

⁷ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos* / Teori Albino Zavascki. – 5ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

⁸ Cf. ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir* / Luciano Velasque Rocha. – Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 09 apud CAPELLETTI, Mauro. “*Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi.*” In *Le azioni a tutela di interessi collettivi – atti del convegno di studio*. Padova: CEDAM, 1976. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro* / Gregório Assagra Almeida – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51.

se efetivar o direito objetivo sobre aquela de relação jurídica, ademais, permitir ações coletivas naquele momento, estaria indubitavelmente, ameaçando e fomentado as relações jurídicas.]. Ergo o direito de ação não é senão um direito subjetivo apto a salvaguardar outros direitos subjetivos, no período do Liberalismo⁹.

Por dada razão, temos a efetivação ininterrupta da ascensão do individualismo e do evidente perecimento do homem indissociavelmente inserido no grupo ou comunidade a que pertencia, cujo contorno social característico do modelo medieval¹⁰.

Outrossim, o instituto da legitimação foi de modo gradativo se moldando a um novo modelo de grupo de indivíduos, que estavam envolvidos por circunstâncias fáticas ou jurídicas, a chamada Teoria das Corporações, que de forma residual se tornou uma unidade jurídica, detentora de direitos e obrigações.

Nessa perspectiva, o século XVIII, foi efetivamente marcado pela constituição de entidades coletivas, que tão-somente eram estabelecidas, através de uma concessão oficial da Coroa ou do Parlamento (*charters*), o que caracterizará o monopólio social, o que, aliás, resultará na formação de grupos informais, escorregiosos de duvidosa indefinição jurídica e de estremada marginalidade.

Com isso, buscou-se intensificar elementos teóricos que procurasse uma devida permissão do grupo informal ser perfeitamente representado por uma pessoa ou grupo, eclodindo-se á um debate em torno representação do autor coletivo, desde que os representados anuíssem à dada representação, ou ainda, uma correlação dos interesses do

⁹ Cf. ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir...* Ibid. p. 08-10.

¹⁰ Como bem explica o autor: “O ser humano medieval estava indissociavelmente ligado á comunidade ou corporação a que pertencia, sendo fácil visualizar essa categoria como uma entidade homogênea e unitária (de certa forma, um indivíduo) fazendo – se representar tacitamente por alguns de seus membros. A coesão do grupo medieval era observada pela proximidade geográfica de seus integrantes, pela homogeneidade social, econômica e cultural entre seus membros e pelo compartilhar dos mesmos valores. Diz – se mesmo que a vida em comunidade era uma característica essencial do medievo.” Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática...* Ibid. p. 27.

autor com os interesses da classe, o que permitiria escusar o consentimento para a representação do grupo.

Nesta égide, com a ruptura tímida do aspecto individualista, temos o florescimento de uma evolução histórica engajada com o modelo coletivo, como bem salientado por Márcio Flávio Mafra Leal:

Assim, do grupo homogêneo e coeso medieval, surgiu a classe, um conjunto de indivíduos reunidos por um interesse comum, que contavam com a antipatia do Estado e das doutrinas liberais, avesso a agrupamentos corporativos, em virtude do receio de se voltar á experiência histórica do antigo regime¹¹.
 [...] O importante a se destacar é que o autor na ação coletiva era no contexto medieval um membro de um grupo coeso, em que se compartilhavam todos os aspectos da vida social. Subsequentemente, o autor coletivo tornou-se um representante de interesses de um grupo de pessoas reunidas em torno de uma circunstância fática ou jurídica comum [...] Nesse particular, o problema da legitimidade começa a ganhar, pouco a pouco o centro do debate, isto é, passou-se a perquirir a que título se poderiam representar indivíduos para fins coletivos¹².

Diante disso, no século XVIII, temos o surgimento das sociedades por ação (*joint-stock companies*) e das sociedades de amigos (*friendly societies*), dadas classes coletivas que em decorrência dos problemas ocasionados pelo fracasso administrativo e pela desistência de seus membros, acabaram em estreita marginalização e eivada decadência institucional.

É importante esclarecermos, que a *joint-stock companies* derivaram das *joint ventures* do período medieval, em que os mercadores da época necessitavam de um elevado numerário de capital, dada razão, que possibilitou a disponibilização de ações para

¹¹ Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática...* Ibid. p. 29. apud MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir* / Rodolfo de Camargo Mancuso. - 3ª ed. ver., atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.32.

¹² Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática...* Ibid. p. 29-34.

venda, criando-se uma forma de investimento para os indivíduos e criar uma técnica de captação de recursos para adimplir os empreendimentos, ademais, como já amplamente apontado, em razão da ausência de estrutura legal definida, ocorreu inúmeros problemas de fraudes, que apenas eram solucionados através de ação coletiva.

No tocante, as sociedades *friendly societies*, eram aquelas em que sua função primordial é a assistência médica ou financeira de seus membros, o que permite compararmos de forma superficial, com as atuais companhias de previdência privada e assistência médica, mas, que em virtude da ínfima qualidade de administração, acabou resultando no seu declínio.

No que concerne ao século XIX¹³, temos de forma gradual o falecimento do modelo liberal, com o efetivo abandono do individualismo o que resultaria nas raízes da sociedade de massa, cuja ideal foi fomentado, primeiramente com a Revolução Francesa e posteriormente com a Revolução Industrial, dada expressão revolucionária, que libertava o povo da escravidão, mas, que culminava oportunamente, o mesmo indivíduo ao desolador capitalismo industrial.

¹³ Temos posições doutrinárias que discordam com a importância dada ao século XIX, cujo período é marcado por um lapso temporal de hibernação na utilização de instrumentos coletivos, cuja revitalização ocorrerá somente no século XX, através da *class actions* norte-americanas. Sobre o tema: Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p.24. No mesmo sentido: LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática...* Ibid. p. 31. “Assim nasceu, segundo a maioria dos doutrinadores, a ação de classe (*class action*). Embora se registrem, na jurisprudência da época, casos ilustrativos da sua utilização, esse modelo procedimental enfrentava dificuldades de ordem teórica e prática, relacionadas sobretudo com a ausência de definição de seus contornos. Foi modesta a aplicação e a evolução do instituto até o final do século XIX. Em 1873, o advento do *Court of Judicature Act* deu-lhe uma definição mais clara, mas, ainda assim, sua utilização permaneceu contida, inclusive em virtude das interpretações restritivas impostas pela jurisprudência.” Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direito...* Ibid. p. 24. apud GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado. Ada Pellegrini Grinover (coord.). *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p.79-80.

Neste mesmo período, os trabalhadores da Inglaterra, comemoravam a liberdade alcançada, com a realização dos mencionados movimentos, entretanto, existia o valor de uma conquista antagônica com o numerário percebido pelos trabalhadores, dados elementos que vieram produzir cada vez mais revoltas no âmbito trabalhista¹⁴ e, sobretudo, o aumento de demandas sociais e a inevitáveis ações grevistas.

Neste sentido, invoquemos o ilustre posicionamento de Luciano Velasque Rocha, que traz em seu bojo, uma legítima e bem sucedida adequação do trabalhador com a atual figura do consumidor, por possuírem o mesmo alicerce de precariedade e insegurança nas relações sociais, *in verbis*:

O típico “desprotegido” no capitalismo industrial do século XIX foi inegavelmente o trabalhador, que reagiu através da organização com força coletiva em torno de sindicatos e de movimentos grevistas. Foi a necessidade de assistir o trabalhador o grande responsável pelo advento do Estado Social em substituição ao Estado Liberal. Parece-nos igualmente acertado ver no *consumidor* o equivalente do trabalhador como ícone do desamparo na sociedade de massas no século XX. [...] Da mesma maneira que o trabalhador á mercê do liberalismo não podia escolher para quem vender e muito menos por que preço vender sua força de trabalho para o detentor do capital, o consumidor do século XX [Devemos apontar, que o nobre Código de Defesa do Consumidor, ocupa indubitavelmente, uma posição de diploma-modelo da modernidade jurídica, se tornando a figura do consumidor o maior dos seus valores.] vê-se com muita frequência á mercê de cartéis e oligopólios que dominam o fornecimento de produtos e de serviços essenciais¹⁵.

Com efeito, a partir da década de 1970, nos países da *civil law*, se tornou fundamental o aperfeiçoamento dos sistemas processuais tradicionais, trazendo instrumentos eficazes e moldados para uma tutela de direitos coletivos, bem como a tutela

¹⁴ Com muita propriedade, menciona o autor: “De todo o modo, exatamente como coube aos movimentos trabalhistas a primazia dentre as causas que culminaram na implosão do modelo econômico liberal, foi o Direito do Trabalho o ramo do Direito onde primeiro se encareceu a noção de efetividade da prestação jurisdicional – ideal que tanto impregnaria o direito processual civil das décadas seguintes.” Cf. ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir ...* Ibid. p. 42. apud PROTO, Andrea Pisani. “Appunti preliminar per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente per uno studio sulla tutela giurizsi al giudice civile ordinário”. In *Le azioni a tutela di interessi collettivi – atti del convegno di studio*. Padova: CEDAM, 1976. p. 420.

¹⁵ Cf. ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir ...* Ibid. p. 25 e 26.

de direitos individuais, que de maneira ameaçadora ou lesiva, eram atingidos por atos coletivos.

O movimento reformador almejou a aplicabilidade de diretrizes para a preservação do meio ambiente, em razão do número excessivo e devastador de agentes poluidores e a proteção dos indivíduos, na figura de consumidor, por serem atingidos por uma crise de mercado e ademais, pela estremada economia alicerçada no lucro, o que indubitavelmente ocasionou ao consumidor os efeitos dessa exagerada e ilimitada sociedade de massas.

Aliás, a sociedade de consumo era marcada pela existência de uma relação predatória estabelecida entre o homem é a produção desacelerada de consumo, se tornando necessário e digno atender os reclamos de uma sociedade que não aceita mais a insuportável prestação jurisdicional.

Conforme expõe Teori Albino Zavascki, o fenômeno se tornou o ponto de partida para uma reforma do sistema processual tradicional na época, cujas regras declinaram sobre aos valores sociais do meio ambiente e do consumidor, conforme veremos:

Tomou-se consciência, á época, da quase absoluta inaptidão dos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações de velhos conflitos, especialmente pela particular circunstância de que os interesses atingidos ou ameaçados extrapolavam, em muitos casos, a esfera meramente individual, para atingir uma dimensão maior, de transindividualidade¹⁶. [...] O processo era visto como um assunto entre as partes, que se destinava a solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadram bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de

¹⁶ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direito...* Ibid. p.28.

procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares¹⁷.

Em 1973, no país da França, temos a experiência da *Loi Royer*, modificada em 1988, em que não houve um estudo aprofundado em torno das técnicas coletivas, restando de forma sutil o atendimento aos anseios de uma tutela coletiva, dado tratamento que foi semelhante na Espanha, através da *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, que delegou legitimação ativas para às associações promoverem ações coletivas, em matéria que envolva consumo e prestação de serviços. Posteriormente, em 1985, temos a ampliação de proteção dos direitos ou interesses coletivos exercitáveis em juízo, por meio da *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

Na Itália, as primeiras diretrizes das ações coletivas, foram efetivadas por meio da significativa busca da doutrina, ademais, no tange a seara normativa, a existência de uma especial influência do Tratado de União Européia, em 1992, em torno do tema de proteção ambiental e do consumidor. Na mesma esteira, em 1998, através da Lei 281, cada vez mais, temos o reconhecimento dos direitos coletivos dos consumidores, conseqüentemente o estabelecimento de sua tutela jurisdicional.

Dessa maneira, nas palavras magníficas de Ada Pellegrini Grinover, é primordial criarmos perspectivas e idealizarmos a valoração social e política de cunho transindividual, se não vejamos:

Tem sabor de lugar-comum a afirmação de que o processo tradicional não se presta á defesa dos direitos e interesses transindividuais, cujas características os colocam a meio caminho entre o interesse público e o privado, sendo próprios de

¹⁷ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direito*. loc. cit. apud CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso á Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: fabris, 1988.

uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa. E igualmente clara é a dimensão social do reconhecimento e tutela dos direitos e interesses transindividuais, por serem comuns a uma coletividade de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais á tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis á qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não se trata mais de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. [...] O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política¹⁸.

Com isso, a partir desse fenômeno, buscou-se efetivamente desbravar a tutela de direitos metaindividuais, em diversos países, cujo significativo avanço para muitas sociedades, foi na verdade, no palco da legislação brasileira á clara inspiração desses modelos alienígenas.

2. As ações coletivas no ordenamento brasileiro: uma revolução processual e o domínio do processo coletivo

A gênese da tutela judicial dos direitos coletivos no ordenamento brasileiro foi marcada com o advento da Constituição Federal de 1934, cujo diploma constitucional trouxe de forma primária o expressivo remédio da Ação Popular.

É importante trazermos á baila, que anteriormente á Carta Magna apontada, não havia qualquer instrumento constitucional que se destinasse á implementação do processo coletivo, outrossim, a doutrina se utilizava de previsões residuais ou secundárias de ordem pública, estabelecidas pelo legislador ordinário para buscar almejar dados interesses em juízo¹⁹.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; “Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” In *Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* / Ada Pellegrini Grinover ... et al. - 8ª ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1041.

¹⁹ Temos duas fases distintas da revolução das ações coletivas no ordenamento brasileiro: um período anterior á Constituição de 1934 e um período posterior nitidamente traçado com a instituição do remédio constitucional da Ação

Com isso, no artigo 113, inciso XXXVIII do nobre texto constitucional, foi ostentada a Ação Popular, conferindo a qualquer cidadão a nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, dada aplicabilidade que foi exaurida pelo Corpo Constitucional de 1937.

No período observado entre a Carta Magna mencionada até o advento da Carta Constitucional de 1946, temos o nascimento do ordenamento processual civil unificado, que despontou a legitimidade ao Ministério Público e a qualquer cidadão promover uma ação, com a finalidade de dissolver associação civil com personalidade jurídica que promovesse atividade ilícita ou imoral, dado marco importante, que inquestionavelmente, reavivou aquela Ação Popular da nobre Constituição de 1934²⁰.

No que concerne a nível constitucional, o dado remédio renasceu no artigo 141, inciso XXXVIII, na Carta Magna de 1946, conseqüentemente, foram instituídas duas ações de âmbito popular e de legislação infraconstitucional, através da Lei nº. 818 de 18.09.1949, no artigo 35, §1º, que era em torno da aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade e perda de direitos políticos, outrossim, temos a Lei nº. 3.052 de 21.12.1958, que estava em torno da impugnação do enriquecimento ilícito.

Popular. Entretanto, é crucial observarmos, que o período é marcado pela falta de sistematização, o que resultou em divergências na doutrina, quanto ao instrumento que engajou às ações coletivas brasileiras. Cf. SILVA, Sandra Lengruber da. *Elementos das ações coletivas* / Sandra Lengruber da Silva. – São Paulo: Editora Método, 2004. p. 32. “A origem das ações populares perde-se na história do Direito romano. O nome ação popular deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, *ut singulo*, mas á coletividade. O autor popular faz valer um interesse que só lhe cabe, *ut universis*, como membro de uma comunidade, agindo pro populo. Mas a ação popular não é mera atribuição de *ius actionis* a qualquer povo, ou cidadão como no caso da nossa. Essa é apenas uma de suas notas conceituais. O que lhe dá conotação essencial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: interesse da coletividade. Ela há de visar a defesa de direito ou interesse público. O qualificativo popular prende-se a isto: defesa da coisa pública, coisa do povo (*publicum, de publicum, de populum*).” Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* / José Afonso da Silva. 20ª ed. ver., atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a emenda Constitucional n. 35 de 20.12.2001) – São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 460.

²⁰ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo...* Ibid. p. 53.

Ressaltemos, que na esfera da tutela do patrimônio público, devemos mencionar, a Lei nº. 3.164 de 1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha) complementada pela Lei nº. 3.502 de 1958 (Lei Bilac Pinto), que disciplinava do desapossamento dos bens adquiridos por meio da atividade indevida do funcionalismo público, e que legitimava o Ministério Público para a propositura da ação, mas, foram revogadas pela Lei nº. 8.429 de 1992.

Posteriormente, temos a edição da Lei nº. 4.717 de 1965, que disciplinou a Ação Popular, cuja preocupação do legislador, restou evidenciada pelo crescente desenvolvimento dos direitos coletivos, dado momento que tornou efetivo o instrumento tão instável de previsão e aplicabilidade no ordenamento jurídico.

Outros pontos importantes, no estudo cronológico do processo coletivo, se tratam da Lei nº. 6.938 de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, que em seu artigo 14, §1º, estabeleceu a legitimação do *Parquet*, em ação de responsabilidade civil pelos causados ao meio ambiente e a Lei nº. 7.347 de 1985, denominada usualmente de Lei de Ação Civil Pública.

Nas palavras de Teori Albino Zavascki, que podemos encontrar o mais profundo e rico destaque da revolução brasileira²¹, notadamente, como o representante do divisor de águas na ciência do direito processual coletivo, a saber:

²¹ Ainda, devemos destacar que no Brasil, temos a influência, não apenas de uma notável revolução no âmbito processual, mas, também uma grandiosa contribuição dos nobres doutrinadores do Direito Processual Civil Coletivo, como Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini e Waldemar Mariz Oliveira Junior, cujo desenvolvimento dos processos coletivos no Brasil não teria o mesmo sonoro sucesso. Neste sentido, a percepção dessa necessidade de inovações pela doutrina que fez com que o Brasil se tornasse, já nos anos 80, o pioneiro na regulamentação do processo coletivo entre os países de direito escrito (*civil law*). Cf. DONIZETE, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* Ibid.. p. 91.

[...] viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela ação popular. Todavia, foi a Lei 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos. Essa lei, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, podemos encontrar uma ampla dicção legislativa, revestida de extremada relevância para o desenvolvimento dos interesses metaindividuais, reconhecendo em diversas passagens do Corpo Constitucional²² o fortalecimento e a contemporaneidade da tutela coletiva.

Contudo, a preocupação do legislador continuou perdurando, mesmo diante de uma moderna Carta Magna, vieram a lume: a Lei nº. 7.853 de 1989, que disciplinou a defesa de pessoas portadoras de deficiência física; a Lei nº. 7.913 de 1989, que está em torno da defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários e conseqüentemente a Lei nº. 8.069 de 1990, que regulamenta o Estatuto da criança e do adolescente; o valoroso Código de Defesa do Consumidor, sob a Lei nº. 8.078 de 11.09.1990 e por fim, a Lei nº. 8.492 de 1992, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa²³.

²² Sem maiores preocupações a cerca da seara sistemática, á guisa de exemplo, temos o meio ambiente, o patrimônio público, a previdência social, a cultura, a educação, a saúde e as populações indígenas.

²³ Estão elencados os principais diplomas legais, apenas em caráter exemplificativo, não cabendo nos aprofundar em torno dos mesmos.

Temos um valioso sistema normativo, digno de sofisticação e engendrado de uma das mais completas e avançadas legislações em seara de proteção de interesses supraindividuais²⁴.

Conforme podemos verificar, estão traçados as mais importantes observações históricas em torno da evolução do processo coletivo brasileiro, aliás, é imperioso ressaltarmos que esse dado ciclo não está concluído, propiciando sempre o devido aprimoramento, cujo reflexo é o dinamismo da sociedade, que está indubiosamente em constante mutação.

²⁴ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Édis Milaré - 2ª ed. São Paulo: RT, 2002. p.345

2. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO COLETIVO: O FENÔMENO DAS TRANSFORMAÇÕES SOB A PERSPECTIVA COLETIVA E AS PREMISAS PARA BUSCA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO

1. A tutela coletiva como condição de efetivação do Estado Democrático de Direito

Para compreendermos a ideologia e as novas concepções trazidas pela ciência do Direito Processual Coletivo, se torna necessário abordarmos e desvincularmos primeiramente da visão histórica do liberalismo – burguês, cuja aula inaugural foi dada através da Revolução Francesa no século XVIII, em que se preconizava tão – somente ao titular do direito subjetivo violado, o direito ao exercício da ação²⁵.

No Estado Liberal de Direito, a concepção da tutela jurisdicional era moldada em um parâmetro eminentemente individualista, em que o Estado atuava de maneira devidamente restrita sobre o indivíduo, ademais, é imperioso conotarmos o caráter egoísta que predominava na época, o que não se permitia em falar em uma ciência de Direito Processual Coletivo.

²⁵ O Estado Liberal de Direito nasceu em virtude do movimento iluminista surgido na Europa, cujo principal percussor foi à França. Locke, Montesquieu, Rousseau, ostentaram os ideais iluministas, visando à proteção dos indivíduos contra a interferência do Estado, dado ideal que proporcionou a inspiração para a declaração de independência dos Estados Unidos em 1776, que refletiu o nascimento em 1787 da Constituição dos Estados Unidos, que consagrou a garantia da liberdade individual, da proteção dos direitos do cidadão e da propriedade privada. Dados movimentos propiciaram a inspiração da Revolução Francesa de 1789, e efetivaram a elaboração da Constituição Francesa de 1791. “A proteção do sistema jurídico passou, assim, a ser direcionada para o indivíduo, contra a interferência do Estado em sua vida privada. Estabeleceu-se, portanto, uma limitação na atuação estatal. Visou, com isso, garantir a livre circulação de idéias, pessoas e bens, eliminando a arbitrariedade. O sistema jurídico no Estado Liberal de Direito foi moldado para a tutela e proteção dos direitos individuais. Mesmo quando visava algum direito coletivo em sentido restrito, a concepção era de direito individual privado, como se dava, v.g., em relação às sociedades comerciais ou a qualquer outro interesse grupal.” Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro...* Ibid. p. 50.

Entretanto, a complexidade social e o surgimento de inúmeros movimentos sociais ocasionaram ao poder estatal de forma forçosa, a ter uma postura protetora em determinados interesses sociais, em virtude da imprescindível defesa da própria sociedade, aliás, uma verdadeira reestruturação da função estatal, intimamente vinculada ao caráter assistencial, cujo papel expressivo e atuante é característico do Estado Social de Direito.

Verdadeiramente, o Estado Social de Direito, não surgiu de uma perfeita formação e um rompimento com o Estado Liberal, e sim, foi implantado superficialmente de uma política voltada à tutela de alguns direitos transindividuais, o que nos parece ser uma evidente adaptação de um sistema jurídico já rechaçado e antiquado, permitindo-nos dizer que se trata de um remendo estatal.

Com efeito, temos a instalação de uma crise do modelo estatal social, em decorrência da incapacidade em resolver os conflitos sociais e, sobretudo, na insuficiência em promover a adaptação de novos direitos, notadamente, ostentamos uma profunda alteração no quadro dos direitos, com uma modificação substancial no perfil dos direitos desde sempre conhecidos, que assumem contornos indubitavelmente inovadores, não mais considerado o indivíduo como objeto de proteção, mas, uma filosofia voltada para o bem comum.

Em escólio, o Professor Michel Miaille, traduz de forma nobre os novos direitos, que devem ser inspiradores de uma sociedade, moldada principalmente no pensamento democrático, senão vejamos:

Para que, no sistema capitalista onde os homens estão profundamente divididos em classes antagônicas, (sic) uma vida social ainda assim seja possível, é

necessário que exista uma estrutura política, [Estrutura política somente é atingida, desde que exista a consciência e efetivação de valores, e, sobretudo, uma adequada organização] cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separa, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemos-lo, é o Estado... Ora, e é o que muitos esquecem às vezes esta existência da idéia (sic) de Estado é importante para o próprio funcionamento das estruturas estatais. Se cada um de nós não estiver intimamente convencido da necessidade de um Estado, quer dizer, do valor desta (aparente) função de apaziguamento e de regulamentação pacífica dos conflitos, se cada um de nós não acreditar que existe um bem comum, distinto e superior aos nossos interesses particulares, torna-se difícil fazer funcionar o Estado, isto é, concretamente a administração, os tribunais, o exército e, de uma maneira geral, todas as instâncias a ele ligadas. Assim se impõem, na prática e nas consciências, noções tais como, interesse geral, direitos e deveres do cidadão, soberania, razão do Estado, vontade da administração e outras 'expressões' sem quais, afinal, o funcionamento da instituição estatal estaria comprometido²⁶.

Para que um Estado seja conceituado como democrático, é preciso atender inegavelmente, á concepção dos valores fundados de certo povo em uma determinada época, que são extremamente variáveis de nação para nação, o que necessitará do poder estatal uma devida flexibilidade, para se adaptar ás exigências de cada circunstância, demonstrando que á idéia conceitual de Estado Democrático não é orientada, nem tampouco fixada por uma forma de democracia, válida para todos os tempos e todos os lugares²⁷.

Não se trata de um valor – fim a democracia, muito menos de um mero conceito político, abstrato e estático, mas, um meio e instrumento de realização de valores essenciais de pacificação humana, que permitirá a efetivação dos direitos fundamentais do homem, aliás, a democracia busca é a alicerçar minimante, no mais belo de seus princípios, a dignidade da pessoa humana²⁸.

²⁶ Cf. ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 52, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 229 *apud* MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito. [trad. Ana Prata] 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 716.

²⁷ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado* / Dalmo de Abreu Dallari. - 21ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2000. p. 304.

²⁸ Dado valor assumiu extrema relevância no Brasil, no artigo 1º, inciso III, da honrosa Carta Magna de 1988, sendo alçado a princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, o grandioso princípio da dignidade humana ostenta o epicentro axiológico da ordem constitucional, refletindo efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas condutas estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio do meio social, ademais, o devido princípio em questão, confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, alicerçado no ideal de respeito ilimitado ao ser humano – razão última do Estado²⁹.

Nesta esteira, em cuidadoso estudo realizado por Ruy Samuel Espíndola, trazemos á concepção democrática, fundada em uma democracia justa, edificada e vivificada afetuosamente na dignidade humana, tão perseguida como modelo de igualdade para todos os homens, na sociedade moderna, “*in verbis*”:

Hoje se firma no pensamento político a idéia de que a democracia pressupõe a crença, a convivência e os costumes sociais e políticos perspectivados sob o apanágio, a inspiração de valores: valores éticos, políticos e jurídicos. Ou seja, a democracia orientada segundo diretivas axiológicas e normativas. A democracia como um conjunto de idéias, de ideais, de princípios (éticos, políticos e jurídicos), ordena a vida do povo e os fins da ação pública do estado. [...] Assim, para o nosso discurso, importa afirmar que a democracia, ou o seu aspecto que aqui mais deve grassar, é a de que ela representa uma convivência comunitária fundada á luz dos direitos humanos, na perspectiva de assegurá-los, com real eficácia a todos os homens em suas dignidades de pessoas humanas. Democracia constitucional, que para consecução destes fins, serve-se, sobremaneira, dos princípios jurídicos assentados nas Constitucionais; dos princípios constitucionais integrantes da ordem jurídica. Os valores éticos, políticos e jurídicos aludidos, vêm expressos preponderantemente em normas constitucionais; e por esse viés normativo, fartam a democracia de valores e fins éticos, políticos e jurídicos a serem perseguidos por governantes e governados. [...] Assim, para seguirmos o discurso, basta dizer que a democracia aqui tratada é democracia que deve ser vivida sob a égide de valores que dirijam o agir concreto dos homens; democracia que preserva a dignidade da pessoa humana, das gerações presentes e vindouras, com absoluta igualdade de consideração dos elementos mínimos desta igualdade³⁰.

²⁹ Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos* / Elton Venturi. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 29.

³⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 44, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 79 e 80.

O Estado Democrático de Direito assume um engendrado papel na problemática social, sendo um agente transformador e instrumento fundamental para implantação da tutela jurisdicional coletiva, exigindo dessa nova postura uma profunda mudança paradigmática, excluindo a resistência em abandonar a ideologia liberal, condicionada no exclusivo embasamento do modelo processual inspirado no individualismo e no liberalismo que marcaram inexoravelmente o século XIX.

É lícito anotarmos, que somente nesse Estado Democrático de Direito, irá se revelar a função extraordinária da tutela coletiva, como fundamento para condição de existência e prevalência da democracia³¹, assim, alcançando a instrumentalização do sistema das ações coletivas e efetivando a justiça social.

Para caracterização de um Estado Democrático de Direito, se faz necessário à criação de um conceito novo, voltado para um compromisso eivado pelo interesse comum, rigorosamente, a democracia é o mais valioso dos direitos fundamentais, ademais, quando um povo se desvencilha de um evangelho de crenças e valores já primitivos, temos o apogeu de uma concreta justiça social.

Em pleno limiar do século XXI, vivenciamos realidades sensivelmente diferenciadas daquelas relacionadas no Estado Liberal, em que as transformações se revelaram profundas, cujo destaque foi à valorização da solidariedade e do coletivismo, em

³¹ Nas palavras de Elton Venturi, podemos encontrar no ordenamento positivo diplomas que são modelos para outros países, cujos diplomas são instrumentos que alcançaram a efetivação da democracia, senão vejamos: “No Brasil, pelo menos quanto a tutela jurisdicional dos direitos coletivos lato sensu, pode-se falar em instrumento processual é próprio do Estado Democrático de Direito, como se notada Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor, e principalmente do texto constitucional em vigor, que rompeu com o inadequado sistema processual do Estado Liberal de concepção individualista”. Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos...* Ibid. p. 58.

que se passou a almejar não propriamente a libertação do indivíduo, mas, sim, a afirmação da dignidade da pessoa humana³².

2. Breve conteúdo do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva

A garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional³³ constitui princípio fundamental da República Federativa do Brasil, cuja fórmula é analisada sob a ótica tradicional, insculpida no individualismo, o que conduzirá a uma compreensão marcada pelo tradicionalismo, assim, afetando o contexto democrático de direito, e, sobretudo, ocasionando a ineficiência na concretização da tutela jurisdicional coletiva.

É necessária, a reinterpretação da aludida garantia constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, conduzindo a uma extremada alteração na visão tradicional eivada no individual, que deverá ser traduzida para uma tutela preventiva e repressiva de quaisquer direitos individuais e transindividuais, suscitando, assim, uma adequada e eficaz operacionalidade nas ações individuais e coletivas.

Notadamente, perfilhamos o mesmo fundamento, com a honrosa exposição de Elton Venturi, que traz em seu bojo, a imprescindível readaptação e alargamento do conteúdo da norma constitucional, assim, tornando efetiva a realização dos anseios sociais, a saber:

Ainda analisando-se a 'ideologia constitucional' quanto á busca de soluções para os conflitos emergentes da sociedade de massa, ressalte-se a essencial

³² Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos...* Ibid. p. 29.

³³ Artigo 5º, (...) inciso XXXV da Constituição Federal de 1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

modificação na dicção da garantia fundamental do acesso ao Judiciário (art.5º, XXXV), que hoje faz referência a inafastabilidade de apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça de lesão de quaisquer direitos, [Devemos observar, que nos termos da dicção constitucional apontada, todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a um direito. Portanto, houve um nítido alargamento na interpretação da norma constitucional, cuja interpretação é necessária para atender os anseios da sociedade massificada] inserido no bojo do que sem dúvida ampliou de maneira absoluta o princípio, não restringindo á tutela de direitos concebidos tradicionalmente como individuais, ou seja, titularizados por pessoas individualmente consideradas.

Esta ampliação do princípio da inafastabilidade, aliada à consagração de uma série de direitos individuais e sociais fundamentais e inderrogáveis, como os supramencionados, ressaltando-se ainda, pelo próprio texto do art.5º, §2º, da CF, que ‘os direitos e as garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’, torna lícito aludirmos, em suma, a uma verdadeira transformação no âmbito das garantias constitucionais decorrentes da transposição do enfoque do objeto a ser tutelado, do individual ao social, fenômeno semelhante ao que motivou a doutrina italiana a mencionar a presença hodierna de um ‘neogarantismo’, pelo qual se liberta o processo do formalismo tradicional – individualista, imprimindo-se-lhe natureza substancial, aceitando as implicações derivadas não só da nova relação entre juiz e partes, como da própria transformação das controvérsias.

Extraindo-se de todo o exposto a nova ótica constitucional em relação à efetivação do oferecimento de adequada prestação jurisdicional aos cidadãos, envolvendo tanto a explicitação dos ‘novos direitos’ a merecerem tutela jurídica, como dos instrumentos idôneos a garantirem-na, a requerer inclusive uma reavaliação da própria estrutura do Poder Judiciário e do modo de ser do processo, apresenta-se com uma reavaliação (no sentido de ampliação) das garantias estabelecidas pelo princípio do devido processo legal, ‘forjadas inquestionavelmente para acudir a um processo tradicional, de caráter individualista, ante ao instrumental idôneo para a solução dos novos conflitos, a serem resolvidos em um enfoque social’.

É preciso esclarecer, sabiamente, que o princípio em apreço, visa propiciar uma tutela jurisdicional justa e, sobretudo envolvida por uma prestação adequada³⁴, que inevitavelmente, uma das primordiais formas, são alcançadas pelo trabalho intenso das ações coletivas, permitindo ao jurisdicionado alcançar a resposta judiciária, cuja ausência, restaria vazio de sentido o dado princípio³⁵.

³⁴ “É preciso ter presente que a prestação jurisdicional, ainda que errônea, incompleta ou insatisfatória, não deixa de configurar-se como resposta efetiva do Estado – Juiz à invocação, pela parte interessada, da tutela jurisdicional do Poder Público, circunstância que afasta a alegada ofensa a quanto prescreve o art. 5º, XXXV, da Carta Política, consoante tem enfatizado o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” (RTJ 132/455, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 141/980, Rel. Min. Carlos Velloso – AI 120.933 – AgR/RS, Rel. Min. Néri da Silveira).

³⁵ Cf. Supremo Tribunal Federal. AI 517.643 – AgR/PI. Presidente e Relator Celso de Mello. 2ª Turma. Data de Julgamento: 19.04.2004, publicado no DJe 227 de 22.11.2004. Acessado em 11.11.2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=320474>

Com isso, o Estado, só cumprirá o dever de prestar a jurisdição, quando legitimamente exercer seu papel de maneira adequada e eficiente, caso contrário, não se exonerará de sua obrigação, permanecendo, se assim podemos definir como inadimplente, ademais, salientemos, que uma tutela jurisdicional sem efetividade não é, na realidade, tutela alguma³⁶.

Ademais, é de sabença, que dado alargamento da norma insculpida no diploma constitucional não deverá ser apenas interpretada como portadora da garantia da ação, mas, tem um significado político de controlar os órgãos da jurisdição de todas as crises jurídicas capazes de criar estados de insatisfação e recompor o sentimento de infelicidade das pessoas, ademais, esse dispositivo não se traduz em garantia do mero ingresso em juízo ou somente do julgamento das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão³⁷.

2.1. O significado de um direito ao acesso efetivo à justiça e os contornos problemáticos do acesso à justiça no que concerne à tutela dos direitos massificados

É possível conotarmos a presença, inegável, de uma profunda metamorfose na tutela meramente individual, ouso dizer, uma verdadeira e própria revolução no conceito de acesso à justiça, tão interpretada na cultural individualista, mas, que diante de um conflito emergente e complexo da civilização, temos o surgimento de situações diárias, que

³⁶ Cf. NETO, Calil Simão. O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de exigir uma prestação jurisdicional eficaz. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 66, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 123. *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil / Cândido Rangel Dinamarco. - Vol.05 - São Paulo: Malheiros, 2003. p. 232.

³⁷ Cf. Superior Tribunal de Justiça. REsp 724710/RJ, Ministro Relator Luiz Fux. 1ª Turma. Data de Julgamento: 20.11.2007, publicado no DJe 03.12.2007. p. 265. Acessado em 11.11.2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20071120+e+%40DTDE+%3C%3D+20071120&livre=%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&b=ACOR

exigem uma tutela jurisdicional diferenciada, não somente contra violações de caráter individual, mas, moldada para lesões essencialmente coletivas, trata-se, em outras palavras, de violações de massa³⁸.

Na realidade, a complexidade do mundo moderno, com intrincado desenvolvimento das relações sociais, geraram condutas que ocasionaram incontáveis prejuízos, a inúmeras pessoas, cuja dimensão problemática, que restou desconhecida às lides meramente individuais, ocasionaram a insuficiência da rechaçada tutela tradicional, que costumeiramente utilizamos.

O conceito de acesso à justiça estava atrelado na adoção de uma filosofia essencialmente individualista³⁹, notadamente, o direito ao acesso à proteção judicial significava estritamente no direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação.

O acesso à justiça era imbuído de uma efetividade limitada, aliás, a preservação de um direito exigia puramente que o Estado não permitisse que tais direitos fossem violados por outros, asseveramos, o Estado, ostentava uma função omissiva, no que tange a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los de maneira adequada no mundo real.

Como bem explanado pelos ilustres juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth torna-se necessário escusarmos definitivamente os padrões de uma sociedade já ultrapassada, alicerçada nos moldes dos séculos XVIII e XIX, e avançarmos para um sistema jurídico

³⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. n. 05, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 130.

³⁹ A filosofia individualista do Estado Liberal, ostentada em torno do século XVIII e século XIX. .

moderno e igualitário que pretende garantir, e não somente proclamar os direitos de todos, a saber:

O estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais no foro civil. Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as *normas* de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população. À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. [...] De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é ‘destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação [...] O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.⁴⁰

Com isso, temos o estabelecimento de uma nova geração de direitos⁴¹ que foi tão buscada pelas modernas Constituições, tornando-se conspícua a atuação do Estado, assim, assegurando o integral gozo de todos esses direitos sociais básicos, como o direito ao trabalho, à saúde, à segurança, à saúde, cujo rol, atualmente se encontra em larga expansão⁴².

⁴⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. - tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 10 - 13.

⁴¹ A preocupação em se apontar a relevância dos denominados direitos coletivos não é atual. Preliminarmente, temos os chamados direitos de primeira geração, que foram pioneiros nas Constituições de diversos países, destacando os direitos civis e políticos. Procurou-se, a assegurar um direito de defesa do indivíduo contra o Estado, como bem evidenciado nos institutos jurídicos do *habeas corpus* e do mandado de segurança. Nos direitos da segunda geração, resultou-se no impacto causado pela Revolução Industrial e o nascimento da classe operária, em que não existia um favorecimento da real utilização dos direitos até então garantidos. As Constituições da França (1793 e 1848), além da Constituição Brasileira e também a alemã de 1849, já previam os direitos da segunda geração, que buscavam a igualdade de oportunidades, dando ênfase à dignidade humana, com garantia de alimentação, saúde e amparo aos idosos. Já os direitos de terceira geração, nasceram do mundo globalizado, dividido em nações ricas e pobres, desenvolvidas e subdesenvolvidas. Podemos destacar o direito ao meio-ambiente, a paz, a propriedade em relação aos bens comuns da humanidade e à comunicação. Cf. JR, Luiz Manuel Gomes. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo* / Luiz Manoel Gomes Jr. – São Paulo: SRS Editora, 2008. p. 1-3.

⁴² Por último, temos os direitos da quarta geração, que incluiriam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Dada geração, de extremada presença em nossos dias, em que se tornou precípua, alcançar a efetiva proteção de um determinado direito. Não é apenas ter uma visão puramente filosófica e sim, enxergar sob uma ótica que á um amplo conteúdo jurídico. Estamos indubitavelmente, em uma era de direitos, sendo que a atuação do exegeta, ao analisar este

Neste contexto, o acesso efetivo à justiça tornou demasiadamente fomentado como um valioso direito básico nas modernas sociedades, cuja expressão tem abarcado inúmeras discussões acerca da precisa entonação peculiarmente em torno da efetividade.

Acrescentemos, que somente podemos falar em efetividade, desde que o processo disponha de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos contemplados no ordenamento⁴³, aliás, por efetividade entende-se a aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos para que se constituiu⁴⁴.

Ademais, a efetividade é valor-alicerce do Estado Democrático de Direito, cuja prestação jurisdicional deve ser realizada de modo imparcial, rápido, eficiente e eficaz, devida acepção jurídica que engloba um largo conteúdo: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo perpassa por aquela que enfoca o processo como instrumento para realização dos direitos individuais a aquela mais ampla, refutemos, aos direitos metaindividuais, relacionando a uma das funções do próprio Estado a quem compete não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas, inclusive, proporcionar a realização da justiça social a todos⁴⁵.

tema, deverá iniciar sob essa dada perspectiva. Cujo entendimento é reafirmado e nunca se tornou tão atual, conforme preconiza o filósofo Norberto Bobbio, com sua advertência e sua corajosa tomada de posição, que: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los; Trata-se de um problema não filosófico, mas políticos”. Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos* / Norberto Bobbio – Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 25.

⁴³ Cf. JR, Delosmar Mendonça. “A tutela mandamental como manifestação do princípio constitucional da efetividade do processo” In *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. Coord. George Salomão Leite. São Paulo, Malheiros Editores, 2003. p. 410.

⁴⁴ Cf. JR, Delosmar Mendonça. “A tutela mandamental como manifestação do princípio constitucional da efetividade do processo” In *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição...* loc.cit.

⁴⁵ Cf. PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. O direito de acesso à Justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 49, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 160 e 161.

Avançando o nosso estudo, ao se mencionar sobre a ordem jurídica justa, inexoravelmente, temos a evidenciação de uma problemática a este devido acesso efetivo, com igual intensidade, a busca descontrolada pelos estudiosos do direito a adequados instrumentos para à sua superação.

No direito pátrio, temos o excelente trabalho desenvolvido pelo nobre jurista Kazuo Watanabe, que sistematizou inúmeros pontos problemáticos, sobre a temática do acesso á justiça, conforme veremos:

[...] alguns seriam os obstáculos a serem superados no tocante ao acesso á ordem jurídica justa: a) necessidade de identificação e exato conhecimento da realidade sócio-político-econômica do país, a fim de que pense “na correta estruturação dos Poderes e adequada organização da Justiça, se trace uma correta estratégia de canalização e resolução dos conflitos e se organizarem convenientemente os instrumentos processuais preordenados à realização efetiva de direitos”; b) a estruturação da Justiça deve corresponder às exigências dos conflitos; c) participação da comunidade na administração da Justiça e adoção de técnicas alternativas de soluções de conflitos; d) deve-se incentivar o constante aperfeiçoamento dos juízes, corrigindo-se eventual postura desatualizada ou desinteressada da magistratura, procurando mantê-la inserida na realidade social; e) remoção de eventuais obstáculos que surjam, de natureza econômica, social ou cultural, por meio da Justiça gratuita, assistência judiciária, informação e orientação; f) o direito de acesso a esta Justiça adequadamente organizadora deve ser assegurado por instrumentos processuais [podemos incluir de forma valorosa o Código de Defesa do Consumidor, que propiciou o acesso e a tutela de direitos, que caminham paralelamente a sociedade moderna] aptos à efetiva realização do direito⁴⁶.

Notadamente, falar-se em acesso à justiça significa examinar diversos óbices que impediria a prestação jurisdicional justa, principalmente com o advento da sociedade de massa, cujos conflitos, também, eivadas de uma larga complexidade, inevitavelmente, trouxeram outras necessidades antes inexpressivas.

⁴⁶ Cf. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública* / Pedro Lenza. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 135. apud WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, In: Participação e processo / Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

Nesta égide, toda essa discussão em torno do acesso à justiça é centralizada como um dos temas da dicotomia do Estado Democrático de Direito, sobretudo, na seara filosófica, política, jurídica, social, ético, e, sobretudo, no fundo econômico.

Essa problemática do pleno acesso à justiça, consiste de maneira superficial, oportunamente, as altas custas processuais, a morosidade da justiça, o despreparo dos operadores de direito, o excesso de formalismo do instrumento processual e a o receio dos jurisdicionados em enfrentar a burocrática dispendiosa e intimidadora máquina judiciária.

Para alcançar essa efetividade, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos e jurídicos) e de outros, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade do seu produto final, aliás, esses dados óbices conceituados de ‘pontos sensíveis’ refletem em torno da admissão do processo, o modo de ser do processo, a justiça das decisões e a utilidade das decisões⁴⁷.

Apontados esses dados obstáculos, é crucial destacarmos o conteúdo, daqueles elementos que inibem o pleno acesso à justiça.

Destaca-se, que a idéia de acesso à ordem jurídica justa, deve preliminarmente, escusar a eliminação das barreiras econômicas, por intermédio da assistência jurídica integral e gratuita, com fim precípuo de inibir uma justiça injusta e condenável⁴⁸.

⁴⁷ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo* – 18ª ed. ver., atual. – São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34 e 35.

⁴⁸ Cf. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública...* Ibid. p. 139.

Outrossim, outra inevitável discussão, está em torno do acesso à justiça, é a representação dos direitos transindividuais em juízo, revisitando-se o emprego da definição de legitimação ordinária prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil, cujo teor emprega inúmeras controvérsias, dada discussão que será cabível em momento ulterior.

Superficialmente, podemos observar, que a questão dos interesses difusos está estritamente vinculada com o problema do acesso à justiça e à composição da lide com base em critérios capazes de dar respostas efetivas aos justos anseios dos vários setores da sociedade civil⁴⁹.

A concepção tradicional do processo civil excluía o apreço para a proteção dos direitos difusos, aliás, o processo era evidenciado como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Dados direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral, ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares⁵⁰.

No que concerne ao modo de ser do processo, devemos evidenciar o princípio da adaptabilidade do procedimento às concretas situações, bem como a diversidade de procedimentos, ditada para o melhor desempenho da função jurisdicional, sobre essa dada perspectiva, temos o reflexo sobre o instituto da coisa julgada coletiva.

⁴⁹ Cf. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública...* loc.cit.

⁵⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. Ibid. p. 49 e 50.

Ainda em torno da perspectiva ideológica, temos à justiça das decisões, cuja análise está ostentada em uma nova postura do magistrado na sociedade de massa, em que o adequado cumprimento da função jurisdicional é necessário para a boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade, outrossim, deve se repudiar o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico⁵¹.

Por fim, temos o norte final do presente estudo, talvez o principal ponto instigante a ser superada pelo ordenamento positivo, qual seja, a utilidade das decisões.

Todo o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, cuja máxima pertence à nova linguagem doutrinária que constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve ser orientada contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça⁵².

Verdadeiramente, o que deve prevalecer é a feição humana, rogando-se por um contraditório efetivo e pela igualdade das partes, apresentando-se o magistrado, comprometido com a realidade social, ampliando-se, por conseguinte, os seus poderes, na busca da realização do escopo magno da jurisdição, qual seja a pacificação social⁵³.

⁵¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. - 10ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 319 e 320.

⁵² Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo...* Ibid. p.36.

⁵³ Cf. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública...* Ibid. p. 142

Resta claro, conforme expressivas palavras do saudoso jurista Mauro Cappelletti, que o ordenamento jurídico, deverá se posicionar e assumir tarefas com dimensões até agora ignoradas, sob pena, de uma eivada inércia na proteção jurisdicional daqueles direitos coletivos, a saber:

Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística – tradicional, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos. Este fenômeno, timidamente e esporadicamente aparecido em primeiro lugar em certas legislações especiais – sobretudo a partir das primeiras leis especiais em matéria de relações de trabalho até o fim do século em curso – se esteve generalizando a tal ponto que não há, hoje, nem Constituição democrática moderna, nem declaração internacional dos direitos do homem que não insira, no capítulo das liberdades fundamentais, direitos e deveres “sociais” e “coletivos”, uma vez ignorados ou descuidados. [...] Continuar, segundo a tradição individualística do modelo oitocentista, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais [...] significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil.[...] O valor em jogo é coletivo e deve se dar, portanto, a possibilidade de construir-se *tipos novos* de tutela, não confiados exclusivamente ao interesse material e ao capricho da iniciativa individual. Mesmo a procura destes tipos novos de tutela é, acredito, aquilo que mais profundamente está caracterizando a evolução do Direito Judiciário na época contemporânea⁵⁴.

Propõe-se, inegavelmente, no mesmo rumo da doutrina e da moderna jurisprudência, a culminação de um engendrador de novas reformas, rumo a reestruturação das categorias do processo individual para a efetividade da tutela dos conflitos de massa.

Para resumir em poucas linhas, aquilo que deveria ser um longo discurso, é inegável, que muitos ordenamentos lentamente estão dando uma nova roupagem na interpretação do acesso à justiça, mas, ainda, não podemos nos esquecer de que as viscosidades dos velhos esquemas conceituais não cessam de se manifestar.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil... Ibid. p. 131.

3. Os desdobramentos da mudança do paradigma individualista: o tratamento molecular do litígio⁵⁵

Para precisarmos de maneira íntima, o ponto central que norteia o tratamento molecular do litígio, é imperioso, ressaltarmos que já foram apontados expressivos traços, em torno do dinamismo dos processos coletivos, cabendo nesse momento, trazer uma concepção superficial a cerca do tema.

A ciência do Direito Processual Civil está alicerçada inegavelmente sobre os ditames do processo civil individual, dado quadro tradicional, que verdadeiramente, e merece ser mencionado, vem apresentando, notáveis exceções, em razão do movimento dinâmico provocado pelas ações coletivas e pelos novos direitos abraçados pelo diploma constitucional vigente.

É importante realçarmos, que essa metamorfose paradigma de um Estado Democrático de Direito, ocasionou uma *summa divisio*, existente entre o direito público e o direito privado, o que culminou no nascimento de um elemento relativizado, não subsistindo às realidades de uma sociedade já extremada pela litigiosidade de massa, o que pressionará ao alargamento e invocação de novos mecanismos, novos conceitos, novos ideais, e ademais, oferecer uma tutela adequada visando atender todo esse dinamismo.

⁵⁵ “Temos, hoje, em razão desse avanço legislativo, uma tutela mais adequada dos conflitos de interesses coletivos, que até então eram tratados atomizadamente, pela técnica da fragmentação dos conflitos prevista no art.6º do CPC”. Cf. WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, n. 67, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 15.

Notadamente, olhar sobre outro ângulo, fez com fossem revelados defeitos ou dificuldades, ou seja, quando utilizados determinados dogmas processuais, ficou evidenciados sérios problemas de ordem processual, como a aqueles em torno da legitimidade ativa, cujo tema será explorado expressivamente em capítulo especial.

Neste diapasão, o problema em relação aos direitos coletivos se coloca no confronto entre a posição de tratamento atomizado (tratar o conflito como se fosse um átomo), conforme preceitua o artigo 6º do texto processual, como técnica de fragmentação dos conflitos e os textos integrados do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública que impõem um tratamento molecular aos conflitos coletivos *latu sensu*⁵⁶.

Nesta seara, invoquemos os fundamentos das mencionadas posições, a fim de elucidar a polêmica em torno da estrutura atomizada e o tratamento molecular.

O exercício conjunto da ação por sujeitos distintos não caracteriza uma ação coletiva, pois a reunião de diversos indivíduos em um dos pólos da relação processual somente incidiria a um litisconsórcio, cuja disciplina original no diploma processual, permite a possibilidade de união de litigantes, de forma ativa ou passiva, na defesa de direitos subjetivos individuais.

Com isso, o magistrado poderá fragmentar ou fracionar este litisconsórcio (quando facultativo simples), restringindo ao número de litigantes, desde que estabeleça o

⁵⁶ “É preciso evitar-se, a todo custo, que graves erros, dúvidas e equívocos, principalmente os decorrentes de mentalidade incapaz de captar com sensibilidade social as inovações e os provocados por vedetismo ou espírito político – eleiçoeiro, possam comprometer irremediavelmente o êxito de todo esse instrumental, que tem tudo para solucionar adequadamente os números conflitos de interesses coletivos que marcam a sociedade contemporânea”. Cf. WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense... loc.cit.

compromisso de rápida solução do litígio ou dificuldade na apresentação de defesa, dado controle é escusar que o litisconsórcio multitudinário⁵⁷ possa provocar prejuízos no andamento do processo ou na elaboração da defesa⁵⁸.

Neste contexto, destaquemos a precisa fundamentação do ilustre mestre José Carlos Barbosa Moreira, que através de sua eloquente sabedoria, apresenta a entonação precisa dos fundamentos do tratamento molecular, senão vejamos:

A ação coletiva surge, por outro lado, em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio. Verifica-se, assim, que não é significativa, para esta classificação, a “estrutura subjetiva” do processo, e, sim, a “matéria litigiosa nele discutida”. Por isso mesmo, pelo menos em termos de direito brasileiro, a peculiaridade mais marcante nas ações coletivas é a de que existe a permissão para que, embora interessante a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa⁵⁹.

Isso ocorre, em razão da matéria litigiosa estar veiculada nas ações coletivas, referindo-se a novos direitos e a novas maneiras de lesão, cuja natureza é comum ou nascem de situações arquetípicas, culminando a mutação de uma forma atômica, para uma permissível molecularização do litígio, aliás, com tudo isso, houve visivelmente a alteração das estruturas fundamentais da sociedade, impelindo o Direito Processual Civil, a mudar a sua ótica individualista.

⁵⁷ Com o advento da Lei nº. 8.952 de 13.12.1994, incluída com a reforma de 1994, foi introduzido o parágrafo único no artigo 46 do Código de Processo Civil, cuja terminologia é empregada por Cândido Rangel Dinamarco de litisconsórcio multitudinário.

⁵⁸ Com a inclusão do parágrafo único no artigo 46, se tornou possível a limitação do litisconsórcio facultativo, quando o número de litigantes, criar risco de demora para a entrega da tutela jurisdicional ou para o exercício da defesa. Todo esse excessivo número de autores e ou de réus não contribui para a finalidade do instituto, quais sejam, resolver várias situações da vida em um só processo, com o mínimo possível, evitando a possibilidade de decisões conflitantes. As peculiaridades das situações de cada um deles dificultaria o desenvolvimento do processo, especialmente se for número for excessivo. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado* / Coord. Antonio Carlos Marcato. – 3ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 120.

⁵⁹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. As ações coletivas na Constituição de 1988. *Revista de Processo*, n.67, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 187. e Cf. JR, Didier Fredie e JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p. 33.

4. O processo coletivo como instrumento de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário: proteção do interesse público

O sistema processual tradicional está enraizado inicialmente em litígios, cujas disputas estão moldadas na conjuntura privatista, dado modelo jurídico, como bem expressivo nos fundamentos já amplamente divulgados, a uma ruptura e profunda formulação dos velhos conceitos dogmáticos, que indubitavelmente, visa proporcionar adequadamente e tecnicamente à moderna demanda social e política.

Notadamente, às ações coletivas, iniciaram o desenho de um novo modelo de litigação, cujo envolvimento está vinculado a interesses que ultrapassam a esfera meramente individual, servindo à delicada preservação da harmonia e à realização dos cruciais objetivos constitucionalmente reconhecidos, como bem exemplificados, na seara dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural.

Melhor dizendo, não nos referirmos, ao caráter eminentemente público, aliás, insuprimível, do próprio direito processual civil como mecanismo de atuação da vontade estatal e pacificação de conflitos, ou seja, ao seu conteúdo público de retorno à sociedade de respostas estabilizadoras dos conflitos e ao seu caráter público na elaboração formal de normas, asseveramos, devemos ir além, a uma defesa de interesse público primário através dos litígios cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas através desta litigação⁶⁰.

⁶⁰ Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p. 36.

O verdadeiro interesse público é o interesse primário, marcado oportunamente, pela atuação do bem – estar coletivo⁶¹, aliás, o regime jurídico pátrio deixou de ser instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, aliás, o interesse primário coincide com a própria consecução de políticas públicas voltadas para o bem estar social.

O interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses subjetivos, de cunho patrimonial, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito, anotemos, que o próprio Estado é uma pessoa jurídica que pode ter interesses particulares, dados interesses existem e devem conviver no contexto dos demais interesses individuais, podemos mencionar como exemplo o pagamento de valor ínfimo em desapropriações.

Essa dada perspectiva gera a inclusão dos direitos coletivos *lato sensu* imbuídos de interesses de ordem social e pública, pois acreditamos que às demandas coletivas imperativamente devem aderir a esse novo paradigma: a ação coletiva necessita caracterizar-se como um processo de interesse público.

Dessa forma, podemos verificar que ao Poder Judiciário, foi atribuída uma nova atuação, como órgão á disposição da sociedade, para organizar e solucionar conflitos metaindividuais.

⁶¹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 17ª ed. atualizada com a Reforma Previdenciária – Ec nº 41/03. – São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 69.

Não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário ampliou sua atuação, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. A inércia injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Dessa forma, não podem os direitos sociais ficar condicionados a arbitrariedade do administrador, sendo de fundamental importância que o Poder Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa⁶².

Com a finalidade de proporcionar uma compreensão mais aprofundada em torno dos fundamentos ora colacionada, trazemos à baila, o robusto posicionamento do Ministro Celso de Mello, alertando – nos, do papel imprescindível realizado pelo Poder Judiciário, em sede do fiel cumprimento das políticas públicas, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, sacrifica direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, se tornando perfeitamente legítimo sua atuação, visando propiciar o restabelecimento da integridade de ordem jurídica violada, “*in verbis*”:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionas, poderá atribuir-se ao Poder

⁶² Cf. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1041197/MS, Ministro Relator Humberto Martins. 2ª Turma. Data de Julgamento: 25.08.2009, publicado no DJe 16.09.2009. RSTJ vol. 216. p.313. Acessado em 11.01.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=906897&sReg=200800598307&sData=20090916&formato=PDF. No mesmo sentido: REsp 1136549/RS, Ministro Relator Humberto Martins, 2ª Turma. Data de Julgamento: 08.06.2010, publicado no DJe 21.06.2010. Acessado em 11.01.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=978925&sReg=200900766912&sData=20100621&formato=PDF; REsp 813408/RS, Ministro Relator Mauro Campbell Marques. 2ª Turma. Data de Julgamento: 02.06.2009, publicado no DJe 15.06.2009. Acessado em 11.01.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=888955&sReg=200600184883&sData=20090615&formato=PDF.

Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' [...] Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoantes às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais⁶³.

Outrossim, ressaltamos, que em face do princípio da separação dos poderes, estaria o Poder Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas, o culminaria no comprometimento da efetivação de outros princípios igualmente constitucionais, o que, aliás, contraria a hermenêutica atual que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes, de modo a buscar a máxima eficácia possível de ambos, e assim evitar que a aplicação de um implique na exclusão total de outro.

Neste diapasão, a correta interpretação do princípio da separação dos poderes, em matéria de políticas públicas, é utilizá-lo, apenas para limitar a atuação do Poder Judiciário, quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei.

⁶³ Cf. Informativo Supremo Tribunal Federal nº 345. ADPF 45 MC/DF. Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 29.04.2004, publicado no DJU 04.05.2004. Acessado em 11.01.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial – “Reserva do Possível” (Transcrições).

Dessa forma, quando a administração exacerba os limites de suas atividades, ou ainda, exerce fugindo da finalidade a qual estava vinculada, descabe a aplicação do referido princípio, se encontra autorizado o Poder Judiciário a reconhecer que o Poder Executivo não adimpliu com dada obrigação legal, agredindo com isso, direitos difusos e coletivos, tornando condutor de correção tal distorção, assim, restaurando a ordem jurídica violada.

Ora, é imperial existir no ordenamento jurídico e sob todos os seus postulados, uma perfeita harmonia, o que nos parece ser a melhor interpretação, sob pena de se quebrar a lógica intrínseca do próprio sistema.

5. O microsistema do processo coletivo: colocações prévias

Antes de adentrarmos estritamente no bojo do devido microsistema do processo coletivo pátrio, é imperial apontarmos, ou até mesmo na árdua discussão da necessidade ou não em uma codificação de regras processuais coletivas, devemos elucidar alguns pontos, no que tange às inúmeras formas de reunião de normas jurídicas existentes, ressaltemos, é preciso dissertar, mesmo que diante de uma colocação prévia sobre os diversos agrupamentos de normas existentes no mundo jurídico.

O primeiro ponto a ser desvendado é em torno da terminologia Consolidação de Leis, cujo conteúdo está vinculado ao mero recolhimento de normas extravagantes e existentes, que se submetem a uma específica ordenação, aliás, asseveramos, que esta reunião de leis, se desenvolvem de forma sistematizada, como bem exemplificada, com a

criação em 1943 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que dispõe de regras matérias e processuais laborais.

No que tange a Compilação, constitui-se de um agrupamento de leis, pertinentes a um determinado conteúdo, em que não a qualquer preocupação sistemática acerca da matéria que está a se reunir, ademais, somente o aspecto cronológico das leis se torna fator de maior importância.

Igualmente, temos os Códigos que ostentam uma definição, indubitavelmente, de estrema complexidade, por serem contentores de uma vasta compilação de normas, sob uma ordenação orgânica delineada, que permite a reunião de um conjunto de normas uniformes e coerentes, propondo – se a uma disciplina, de maneira durável e permanente, uma determinada matéria jurídica⁶⁴.

Os Códigos são sistemas normativos que disciplinam de forma uníssona um específico ramo do direito, ainda, devemos observar, que suas regras apenas se incorporam no mundo jurídico com seu próprio nascimento, que se dará através de lei ordinária.

Destarte, temos às Legislações Extravagantes, por disciplinarem situações jurídicas novas, algumas vezes transitórias, ou até mesmo determinadas por territórios jurídicos de menor extensão⁶⁵.

⁶⁴ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 08 e 09.

⁶⁵ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação...* Ibid. p.41.

No entanto, essa idéia estritamente tradicional de Código, como sistema fechado e insensível a outros diplomas normativos, vem abarcando um processo de flexibilização ao longo do desenvolvimento da produção legislativa, principalmente no modelo contemporâneo.

Com sapiência, perfilha o jovem jurista André Vasconcelos Roque, á necessidade de um sistema muito mais buliçoso, móvel, a feito às mudanças sociais e influenciando pelo desejo de conferir respostas justas e adequadas aos clamores sociais, o que, aliás, não significa, um diploma próximo da realidade social e sem qualquer estrutura valorativa, cuja opinião transcreve – se a seguir:

Nesta esteira, surge o movimento da ‘Descodificação’, o qual caracteriza-se pela preocupação em conferir uma mobilidade atraente aos sistemas legais, convidando – os a dialogar com a sociedade e com outros ramos de direito. Vê-se, portanto, que tal movimento tem a predileção pela flexibilidade dos Códigos – também denominados códigos ‘abertos’ – ao invés de relega-los à rigidez de um sistema incomunicável e auto – suficiente. Tal retórica leva a crer que esses Códigos se aproximam das necessidades vitais de uma sociedade, ampliando os horizontes dos aplicadores do Direito na busca por uma tutela jurisdicional adequada. Hoje, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’, bem como as denominadas ‘cláusulas gerais’, ilustram, de maneira exemplar, como os institutos jurídicos vem se modificando ao longo dos tempos, inovando o manejar dos códigos no dia – a – dia. Sobretudo, permitem um diálogo mais aproximado entre os inúmeros significados da norma aliado às necessidades peculiares do caso concreto. Como exemplos desta nova empreitada, podemos citar os microssistemas legais, os estatutos processuais, bem como os códigos setorizados, diplomas que, ao revés de se enclausurarem em suas próprias normas, admitem o dialogo com regras exteriores, maleabilizando o uso de seu procedimento às vicissitudes do litigio entre as partes.

Contudo, muito embora cativante o movimento descodificador, com todas as suas ‘portas de entrada’ para o mundo dos fatos, é preciso ter cuidado para não se desvirtuar a essência codificadora, principalmente no que toca ao seu aspecto valorativo. Neste prisma, para se ter um Código de leis, é necessário se ater a uma idéia de ordem e unidade, premissas básicas, capazes de fixar uma linha metodológica em que se delimita a estrutura do diploma, o objeto da codificação e seus precípuos objetivos, sob pena de descaracterização das reunião de leis codificadas⁶⁶.

⁶⁶ Cf. ROQUE, André Vasconcelos. O microssistema de processo coletivo brasileiro (Uma análise feita à luz das tendências codificadoras). Patrono José Carlos Barbosa Moreira. Periódico Semestral da Pós – Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual da UERJ. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. VIII, Rio de Janeiro, 2011. p. 481 e 482. Acessado em 17.01.2012. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_8a_edicao.pdf

Em outras palavras, não basta uma aproximação da realidade fatídica a um desenfreado código aberto, e necessário o ideal de ordem e unidade, para então, se ter uma sustentação para servir como alicerce para as regras que se encontram disponíveis ao longo de todo o seu corpo.

Com isso, temos um deslocamento do sistema clássico, norteador de todo o direito privado e códigos oitocentistas para uma nova realidade, constituídas de inúmeros diplomas autônomos, com o fulcro maior de tentar preservar valores jurídicos fundamentais inalcançáveis pelo corpo legislativo, criando assim, o palco para o nascimento do microsistema processual coletivo, que permite toda essa integração dinâmica e flexível que conhecemos.

5.1. Os desafios e as dificuldades do microsistema do processo coletivo: a aplicação intercambiante dos principais diplomas legais que disciplinam a tutela coletiva

De forma singela, o microsistema legal pode ser marcado como a instrumentalização harmônica de diversos textos legais, que tem o condão particular de determinada matéria, dada amplitude e peculiaridade que exijam o exercício conjunto dos vários comandos para efetiva aplicação dos seus devidos ditames.

O microsistema processual coletivo⁶⁷ é marcado pela formação da reunião intercomunicante de vários diplomas, distinguindo-se da maioria dos microsistemas que,

⁶⁷ Em voto do eminente do Ministro Relator Luiz Fux, atualmente como membro do Supremo Tribunal Federal, definiu-se o microsistema processual coletivo. Cf. REsp 510.150/MA, Ministro Relator Luiz Fux. 1ª Turma. Data de Julgamento: 17.02.2004, publicado no DJ 29.03.2004. RNDJ vol. 54. p. 112. Acessado em 17.01.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=449158&sReg=200300078957&sData=20040329&formato=PDF

em regra, tem formação alicerçada somente em uma norma especial, recebendo, por dada situação, razoável influência de normas gerais, aliás, essa concepção do microsistema jurídico deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõem o microsistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas formam sistema especialíssimo⁶⁸.

O ideal de um microsistema processual coletivo ganhou destaque e foi reforçado com o espírito inovador e moderno do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe normas inovadoras e elevou os ditames da Ciência do Direito Processual Coletivo, conforme os preceitos elucidados no artigo 81 ao artigo 104 e, ao acrescentar o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, conforme Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, originando ao que denominou de Microsistema Processual Coletivo.

Estes microsistemas evidenciam e caracterizam o denominado policentrismo do direito contemporâneo, vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição, o Código Civil, as leis especiais. A atuação dos Códigos está afeita à atividade residual, criando uma harmonização dos microsistemas com a Carta Magna, bem como preservando os valores jurídicos comuns na elaboração de novos microsistemas⁶⁹.

⁶⁸ O autor Rodrigo Mazzei sustenta a tese de que os processos coletivos se aplicaria a teoria do italiano Natalino Irti, no que tange aos microsistemas, contemplando a existência no direito pátrio, de um verdadeiro microsistema processual coletivo. Cf. MAZZEI, Rodrigo. “Ação Popular e o microsistema da tutela coletiva.” In *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Coord. Fredie Didier Jr. E José Henrique Mouta. Salvador: JusPODIVM, 2009. 382-383.

⁶⁹ Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p.46.

Asseveramos, que à existência de uma belíssima construção legislativa que envolve o microssistema processual coletivo, que se traduzirá, em um harmonioso diálogo de diplomas, mas, não devemos nos esquecer de que a utilização dessa estrutura legal não é nem um pouco simples ou prática, o que, aliás, tem abarcado sérias dificuldades no manejo e na assimilação de suas questões.

Como bem anotado na valiosa exposição do ilustre jurista Rodolfo de Camargo Mancuso, salientemos a dificuldade ora enfrentada na unidade interpretativa do microssistema processual coletivo, a saber:

De outra parte, se é possível reconhecer que o direito brasileiro dispõe de um microssistema processual coletivo, formado por engenhosa interação de textos auto – remissivos, como antes lembrando, não é menos verdade que, por essa técnica, o conjunto, em certa medida, perde em coesão interna, resultando um tanto fragmentado, gerando dificuldades na práxis judiciária, especialmente para o operador não muito afeito às peculiaridades do processo coletivo. Por exemplo, muitos não compreendem como um regime processual inserido no bojo de uma lei voltada às relações de consumo (CDC, arts. 81 – 104) possa aplica-se no âmbito de uma ação civil pública ambiental [...] ⁷⁰.

O que parece-nos de extrema importância apontarmos, para exemplificarmos, que à aplicação de dispositivo da Lei da Ação Popular, erigida conforme a Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, a uma Ação Civil Pública, desde que análise uma carência regulativa do diploma de Ação Civil Pública e do texto consumerista diante de um problema processual coletivo.

Para tornar mais latente esse dado exemplo, pensemos no artigo 19 da Lei da Ação Popular, que prevê o reexame necessário da sentença proferida em ação popular que julgar improcedente o pedido ou extinguir o processo sem resolução do mérito, ora, denotemos,

⁷⁰ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. / Rodolfo de Camargo Mancuso. 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

que em face da inexistência de previsão no corpo da Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor, chega-se à ilação de que a norma do artigo 19 da refutada Lei de Ação Popular deve ser aplicada em Ação Civil Pública⁷¹.

Neste contexto, refutemos a magna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que aponta atualmente cada vez mais a comunicação entre diplomas, nos revelando verdadeiramente a um diálogo de fontes do processo coletivo, a saber:

Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplos senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC)⁷².

Outrossim, um outro ponto de extrema delicadeza é a aplicação do Código de Processo Civil em matéria coletiva, em que sua atuação será residual e não imediatamente subsidiária, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete, antes de alcançar solução na codificação processual, asseveramos, de cunho individualista, deverá alcançar fins dentro do microssistema de tutela dos interesses transindividuais⁷³.

Dessa forma, podemos evidenciar uma larga perda do Código de Processo Civil em sua atuação de efetivar uma disciplina única para o direito processual, dados princípios e regras, não tem mais o condão de subsidiariedade, que anteriormente pertencia a sua

⁷¹ Cf. DONIZETE, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* Ibid. p.29.

⁷² Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.106.515/MG, Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima. 1ª Turma. Data de Julgamento: 16.12.2010, publicado no DJe 02.02.2011. RSDCPC vol. 70 p. 55 Acessado em 13.01.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1031677&sReg=200802595631&sData=20110202&formato=PDF

⁷³ Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p. 50 apud MAZZEI, Rodrigo. “Ação Popular e o microssistema da tutela coletiva.” *In Ação Popular – aspectos relevantes e controvertidos*. Coord. Luiz Manoel Gomes Jr. E Ronaldo Fenelon Santos Filho. São Paulo: RCS, 2006.

natureza, ademais, o caminho a ser percorrido no momento que hoje vivenciamos, é a convergência para a Constituição Federal de 1988, que não comporta antinomias, dado o seu caráter de unidade narrativa⁷⁴, o que, aliás, por toda notável perda de espaço, se tornou a mola propulsora das louvadas propostas de codificação ou uniformização do Direito Processual Coletivo, cujo próximo capítulo, teceremos de forma especial os principais mecanismos que irradiam os projetos.

⁷⁴ Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p. 52.

3. LINHAS EVOLUTIVAS E FUNDAMENTAIS PARA UMA CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

1. As ações coletivas nos países ibero-americanos: a previsão e as perspectivas de normatização

Para elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos é de salutar importância, apontarmos, o que, aliás, é o nosso propósito neste ponto, a previsibilidade sutil de ações coletivas nos ordenamentos jurídicos ibero – americanos⁷⁵, cuja primeira indagação formulada aos relatores locais foi sobre a existência de previsão de normas coletivas, na Constituição, no Código de Processo Civil ou em leis ordinárias, seja em termos gerais ou de modo específico nos respectivos países.

Ainda, que fosse traçado um quadro comparativo das normas locais existentes com aquelas propostas no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero – América⁷⁶, bem como se buscasse uma harmonização entre as mencionadas normas ou até mesmo da introdução, no âmbito nacional de previsões contidas no Código Modelo.

O primeiro cenário jurídico a ser analisado é no país da Argentina, em que não a efetividade de um corpo sistemático de normas aplicáveis de modo abrangente aos conflitos coletivos, mas, que é de salutar importância, como bem aponta os analisados

⁷⁵ Procurou – se, elaborar um trabalho, em que se analisasse a realidade nacional dos países consultados (Argentina, Brasil, Chile Colômbia, Costa Rica, Espanha, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Portugal, Uruguai e Venezuela), mediante relatórios nacionais colhidos a partir de um questionário elaborado por José Alberto Said Ramirez, Ramiro Bejarano Guzman e Aluizio Gonçalves de Castro Mendes. Cf. MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro. Ações coletivas nos países ibero – americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas. *Revista de Processo*, n. 153, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 189.

⁷⁶ Iremos dar maior ênfase ao tema, no próximo ponto, em que se evidenciam os principais movimentos codificadores do Direito Processual Coletivo Brasileiro.

relatórios, á consideráveis avanços nos últimos anos, em se tratando de matéria metaindividual.

A Constituição Argentina, tem admitido à utilização do *juicio de amparo*, dado instrumento constitucional que visa à proteção do meio ambiente, da livre concorrência dos usuários e de matéria que envolva os consumidores.

Em uma concepção mais apurada, o devido instrumento é tão – somente para cessar lesão ao direito, não sendo admissível a sua utilização para o reclamo de indenizações ocasionado pelos danos.

No nível infraconstitucional, destaquemos, algumas províncias, como as de *Tierra Del Fuego, Antártida, e Islãs Del Atlântico Sur de Santa Fé* e de *La Pampa*, em que despontaram na atividade legislativa em benefício de valores metaindividuais.

No Brasil, a primeira grande elevação da tutela coletiva foi manifesta e elevada a patamar constitucional pela Carta Magna de 1988⁷⁷, ressaltemos, que nas Constituições de 1946, 1967 e 1969, temos marcadamente a índole individualista, como bem visualizado nas rubricas dos capítulos e dos textos intitulados em nossa carta constitucional vigente, mas, que o adjetivo individualista foi ganhando menor intensidade com a inclusão do termo coletivo, o que se denota visivelmente a preocupação do constituinte com a perspectiva coletiva.

⁷⁷ É imperioso mencionarmos, que às ações coletivas ganharam maior efetividade com o advento da Constituição Federal de 1988, mas, que em outras Constituições houve uma contribuição em nível de matéria coletiva, como bem elucidado no ordenamento brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1934, cujo diploma constitucional trouxe de forma primária o expressivo remédio da Ação Popular.

Nesse diapasão, temos de forma específica a elevação ou a criação em nível constitucional, as ações populares, as ações civis públicas e as ações de mandado de segurança coletivo. No que tange a ação popular, a ampliação do objeto, já enunciada na legislação ordinária, foi integrada no diploma constitucional, a todo qualquer cidadão ter o direito de intentar a devido instrumento que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Temos, por último, ainda a criação do mandado de injunção, utilizável sempre que a falta de norma reguladora se tornar inviável ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, a soberania e a cidadania.

No âmbito infraconstitucional, às ações coletivas são apenas reguladas por leis extravagantes, já que nosso Código de Processo Civil editado em 1973, que praticamente nada regula de forma específica sobre o assunto⁷⁸.

Nessa conjuntura, o Código de Defesa do Consumidor, originado em 1990, passou a representar de forma nobre, o modelo estrutural para as ações coletivas do Brasil, cujo texto é aplicável, não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas, também, de maneira ampla, para defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, o diploma consumerista, disciplinou os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a execução, posteriormente pela coisa julgada e os seus

⁷⁸ Em torno do tema, temos a discussão do artigo 6 do Código de Processo Civil, que será amplamente discutido em capítulo específico do presente trabalho.

efeitos, além da litispendência e as definições pertinentes aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos⁷⁹.

No que tange ao ordenamento jurídico chileno, não temos de maneira explícita uma regulação em torno das ações coletivas, em contrapartida, podemos encontrar em sede constitucional, uma ação denominada de *recurso de protección*, utilizada para alguns direitos fundamentais da pessoa.

Em se tratando da jurisprudência nacional, não a um bom acolhimento de ações propostas em benefício de grupos indeterminados de sujeitos, no entanto, na doutrina, têm se pugnado por uma interpretação ampla do *recurso de protección*, para bem ser utilizado indistintamente nas ações coletivas.

O relatório chileno aponta ainda, que o Código de Processo Civil pátrio, não disciplina expressamente o processo coletivo e que as dadas leis especiais, dentre as quais podemos destacar, o meio – ambiente, e a de proteção do consumidor, somente abordam algumas ações e normas de legitimidade. Asseveramos, que a figura dos interesses difusos apenas recentemente ganhou reconhecimento, com o Código de Processo Penal no ano de 2.000.

No que concerne ao país da Colômbia, podemos encontrar de forma expressa na Constituição Política de 1991, ações coletivas para a proteção dos direitos e interesses coletivos, em se tratando de patrimônio, o espaço, a segurança e salubridades públicas, a moral administrativa, o ambiente, a livre concorrência e outros de similar natureza,

⁷⁹ Cf. MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas nos países ibero – americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas...* Ibid. p. 193.

devendo também regradar as ações com base nos danos causados a uma pluralidade de pessoas, sem prejuízo das correspondentes demandas individuais, cujas ações deverão ser reguladas por lei⁸⁰.

No ano de 1998 foi editada, a Lei Colombiana 472, regulando as ações populares e de grupo, orientadas para garantir a defesa e a proteção dos direitos e interesses coletivos, assim como os de grupo ou de número plural de pessoal. Parece – nos, que o mencionado diploma é um verdadeiro código de processos coletivos, pois seus 86 artigos evidenciam um regramento de ações coletivas, o que caracteriza verdadeiramente um grande avanço e marco no contexto ibero – americano do Direito Processual Coletivo.

Em se tratando do país da Costa Rica, temos na Constituição Política de maneira expressa a proteção do meio – ambiente, a ecologia, aos consumidores e aos usuários, permitindo que sejam esses direitos constitucionais defendidos através de ações individuais e coletivas.

Em seu Código de Processo Civil, não temos qualquer norma que discipline o processo coletivo, permeando o sistema individualista, aliás, asseveremos, que a um Projeto de novo Código de Processual Geral para a Costa Rica, em que podemos encontrar normas dirigidas ao âmbito coletivo.

⁸⁰ Cf. MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas nos países ibero – americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas...* Ibid. p. 195.

Já no país da Espanha, temos à Constituição da Espanha de 1978, à existência de ações populares que tão – somente são exercitáveis na seara do processo penal, permitindo que qualquer cidadão possa se utilizar da devida ação em defesa do interesse público.

A efetivação dessa dada previsão metaindividual na legislação espanhola, foi elevada com a edição da Lei Espanhola 20/84, denominada de *Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)*, dada regulação que foi ampliada com a Lei Orgânica de Poder Judiciário espanhol (LPJ), prevendo a defesa de direitos e interesses coletivos, bem como a legitimação de corporações, associações e grupo perante todos os tribunais.

Ainda, temos o novo Código de Processo Civil da Espanha, que incluiu em seu texto, que disciplinam a capacidade das associações e grupos de consumidores para serem partes, bem como a legitimação e disposições sobre sentenças e execução da coisa julgada coletiva. Dadas normas, são apenas afeitas aos interesses coletivos dos consumidores.

No país do México, não a uma previsão constitucional em sede de ações coletivas, apenas, podemos mencionar a Lei Federal de Proteção ao Consumidor de 1992, que estabelece a possibilidade de ajuizamento de ações de grupo, cuja proposição é apenas exercida pela Procuradoria Federal do Consumidor e a Lei Geral de Equilíbrio Ecológico e de Proteção ao Meio Ambiente, facultando – lhe a iniciativa de propor ações judiciais, quando existir violação à legislação administrativa ou de conteúdo penal.

No que concerne ao país da Nicarágua, não a qualquer previsão constitucional em matéria coletiva, concomitantemente, em sede infraconstitucional, a regras que enaltecem

uma proteção ao meio ambiente, aos consumidores em âmbito administrativo, respectivamente, pertencente à dada legitimação à Procuradoria do Ambiente e para o Conselho Nacional para a Defesa dos Direitos dos Consumidores.

No que tange, ao sistema jurídico paraguaio, temos em sua Constituição, uma permissão, estabelecendo que toda pessoa tem direito de reclamar individualmente ou coletivamente para autoridades públicas, sobre meio – ambiente, da integridade do hábitat, da salubridade pública, do acervo cultural nacional, dos interesses do consumidor e outros interesses que pertencem a uma comunidade e que sejam imbuídos da qualidade de vida e com o patrimônio público.

Em se tratando do ordenamento jurídico peruano, temos à previsão da ação popular, utilizável, quando a Constituição ou a lei nacional for afrontada, bem como, também ocorrido violações de regramentos, normas administrativas, resoluções e decretos de caráter geral, cuja autoria pertence a qualquer autoridade que a emane.

Como bem assinalado no relatório elaborado por seu representante local Anibal Quiroga Leon, a doutrina peruana realiza uma distinção entre ações populares, como já observadas, ações em defesa dos interesses difusos e ações em defesa de interesses coletivos. Nas ações de defesa de interesses coletivos, o interesse corresponde a um universo determinados de sujeito, cuja legitimidade é específica em lei, para assim, promover a efetivação da demanda.

Por outro lado, temos os interesses difusos, em que legitimidade pertence ao Ministério Público e as associações ou instituições sem fins lucrativos, cuja lei especial ou

a critério do julgador, tenham por finalidade a proteção do respectivo interesse difuso para a qual estão solicitando proteção judicial.

Nesta senda, temos o país de Portugal, prevendo desde a edição de sua Constituição da República em 1976, o direito de ação popular, dado dispositivo constitucional, que foi alterado duas vezes, prevendo expressivamente, que é conferido a todos de forma pessoal ou através de associações, o direito de postular o mencionado instrumento para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural e assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais⁸¹. Com o advento da Lei Portuguesa 83/95, temos uma extremada inovação na ação popular, conferindo a qualquer cidadão no gozo de seus direitos civis e políticos e associações a propositura da presente ação. Esse padrão português de legitimidade adotou as experiências de diversos modelos alienígenas, como a *class actions* americanas e o das associações europeias.

Já em torno do Código de Processo Civil português, à existência de uma harmonia com o novo estatuto da ação popular, o que conferiu no texto processual, disposições a cerca de ações coletivas, mas, devemos enaltecer, que essas dadas normas processuais em matéria coletiva, são acompanhadas e/ou complementadas por estatutos específicos, como bem soa na Lei 24/96, em se tratando de consumidores ou da Lei 107/01, que prevê a legitimidade do Ministério Público.

⁸¹ Trata-se somente de um rol exemplificativo. Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas...* Ibid. p. 200.

No que concerne, ao país do Uruguai, como bem salientado por seu relator local Santiago Pereira Campos, não existe previsão constitucional em âmbito coletivo, todavia, o *Código General del Proceso*, vigente desde 1989, inspirou – se no Código Processual Civil Modelo para Ibero – América, especialmente em termos de legitimidade e coisa julgada.

Por fim, temos o país da Venezuela, que estabeleceu que toda pessoa tem o direito de acesso à justiça, para valer os seus direitos, mesmo que seja de natureza coletiva ou difusa, para uma efetiva proteção judicial e uma resposta rápida da decisão.

É bom salientarmos, que o ordenamento jurídico venezuelano é escuso de regulamentação de uma tutela jurisdicional para interesses difusos e coletivos, o que não vem impedindo a propositura e admissibilidade da presente ação, pois dada deficiência é suprida pela jurisprudência.

Nesta conjuntura, foram apresentadas de forma suscinta, a situação do ordenamento jurídico de cada país em se tratando de ações coletivas, no entanto, é imperial expormos, que está mais ultrapassado o momento de normas do processo coletivo conquistarem e alcançarem sua posição de destaque em cada um dos devidos países, com a finalidade de efetivar o acesso à justiça e proclamar uma segurança jurídica.

2. Os movimentos codificadores do Direito Processual Coletivo Brasileiro

A linha evolutiva do processo coletivo no ordenamento pátrio desabrochou pelo destaque indissolúvel da Lei de Ação Civil Pública, da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, ressaltamos, a efetivação desse florescimento de um

conjunto de normas específicas, foi despontada pelo ideal marcado e ousado de docentes e discentes comprometidos com o aprimoramento do acesso à justiça e, sobretudo, com a necessidade e qualidade de vida no seio social.

Nesta senda, no cenário jurídico nacional, podemos emergir o cotejo de pioneiros trabalhos que procuraram contribuir com o estabelecimento e aperfeiçoamento de um Código próprio de Direito Coletivo.

O movimento codificador de maior evidência é o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero – América, cuja ideia foi emersa inicialmente por Antonio Gidi⁸², membro brasileiro do Instituto Ibero – Americano de Direito Processual, em debate realizado em maio de 2002, no VII Seminário Internacional co-organizado pelo *Centro di Studi Giuridici Latino American – Tor Vergata*, pelo Instituto Italo – Latino Americano e pela *Associazione di Studi Sociali Latino – Americani*.

Nesta seara, oportunamente, a diretoria do Instituto Ibero – Americano, através da saudada iniciativa do presidente Roberto Berezonce, nomeou nobremente, uma comissão formada pela jurista Ada Pellegrini Grinover⁸³, Kazuo Watanabe⁸⁴ e Antonio Gidi, incumbidos de preparar uma proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero – América, dada elaboração apresentada nas Jornadas Ibero – Americanas de Direito Processual, de Montevideú, em outubro do mesmo ano.

⁸² Co-relator do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa e autor do Anteprojeto Original. É professor na Faculdade de Direito da Universidade de Houston e Faculdade de Direito da ITAM no país do México. Membro da *Comisión de Redacción Legislativa de Acciones Colectivas en El Senado de la República*, no México. Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutor pela Universidade da Pensilvânia.

⁸³ Ada Pellegrini Grinover é professora titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e também Procuradora do Estado aposentada. Participa de inúmeros congressos internacionais e nacionais, por ser uma jurista de renomado nome, cuja estudiosa, possui diversos trabalhos já publicados.

⁸⁴ Kazuo Watanabe é doutor honoris causa pela Faculdade de Direito da Universidade *Keio, Tokyo*, no Japão. Ainda, professor-doutor aposentado da Universidade de São Paulo e desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O Código deveria ser imbuído, não somente de um repositório de princípios, mas como modelo concreto para inspirar devidas reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. O Código, como sua própria denominação diz – deve ser apenas modelo, cuja adaptação deve ser realizada, de acordo com as peculiaridades do local, dada especificidade aplicável no momento da atividade legislativa de cada país⁸⁵.

Posteriormente, devido instituto convocou uma plêiade de estudiosos, para se manifestarem sua opinião sobre o trabalho desenvolvido pelos nobres professores, devido papel coordenado por Antonio Gidi e Eduardo Ferrer MacGregor, cujos trabalhos⁸⁶ foram apresentados no XII Congresso Mundial de Direito Processual, realizados na Cidade do México, de 22 a 26 de setembro de 2003.

Com os aportes acima mencionados, temos a designação de uma comissão revisora, integrada por Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes⁸⁷, Anibal Quiroga León⁸⁸, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón⁸⁹, José Luiz Vásquez Sotelo⁹⁰, Kazuo

⁸⁵ Cf. GRINOVER. Ada Pellegrini. “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – Exposição de Motivos”. In *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo, Atlas, 2006. p. 25.

⁸⁶ Além, do trabalho ser apresentado no mencionado congresso, foi realizado a sua publicação pela Editora Porrúa, sob o título “A tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – Rumo a uma Código Modelo para Ibero – América”.

⁸⁷ Aluísio Gonçalves de Castro Mendes é juiz federal e professor doutor de Direito Processual Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Estácio de Sá. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual.

⁸⁸ Professor peruano e especialista em contencioso constitucional. Trata-se de profissional que exerce suas atividades no âmbito da advocacia civil, família, constitucional, penal, arbitragem, administrativa, militar e internacional.

⁸⁹ Enrique M. Falcón é advogado e membro sênior da Academia Nacional de Direito e Ciências Sociais em Buenos Aires. É ex-professor da Cátedra de Contencioso Geral e Processo Civil na UBA, entre 1986 e 1996, também ex-professor na *Universidad del Museo Social Argentino* e ex-professor de Direito Processual I e II na *Universidad Torcuato Di Tella*. É diretor do Curso de Especialização em Contencioso (FUNDESI) e professor do Curso de Pós-Graduação Contencioso (UBA).

⁹⁰ O processualista espanhol é professor na Universidade de Barcelona, localizada na Espanha.

Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán⁹¹, Roberto Berizonce⁹² e Sergio Artavia⁹³, para realização de um aperfeiçoamento do projeto, nascendo a 2ª versão, que em sua redação definitiva foi revista pelo professor do Uruguai Angel Landoni Sosa⁹⁴.

O anteprojeto foi convertido em projeto, cuja aprovação realizada na vigência da XIX Jornadas Ibero Americanas de Direito Processual, em Caracas, na Capital do país da Venezuela, no ano de 2004, obtendo a denominação de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero – América.

Ainda, nos bancos acadêmicos, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, temos a elaboração do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do programa de pós – graduação *strictu sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dado estudo realizado por professores e pós – graduandos⁹⁵ da disciplina Processo Coletivos, ministrada em dois semestres, pela ilustre docente e pelo nobre jurista Kazuo Watanabe, ostentando debates e críticas em torno da codificação e aperfeiçoamento do sistema coletivo.

Ulteriormente, o projeto foi alvo de debates e sofreu alterações em sua estrutura original no Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, sendo encaminhado em 2005,

⁹¹ Ramiro Bejarano Guzmán é advogado colombiano, especialista em Direito Processual Civil e professor em várias universidades. Também é diretor do departamento administrativo de segurança da Colômbia e colunista no jornal *The Spectator*.

⁹² É professor emérito da Universidade Nacional *de La Plata*, na Argentina. É professor ordinário de Direito Processual na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Nacional de *La Plata*. Também é presidente honorário da Associação Argentina de Direito Processual e do Instituto Americano de Direito Processual. Trata-se de um jurista de renomado nome, com inúmeras obras sobre temas da especialidade.

⁹³ É professor doutor em Direito Processual Civil e Comercial na Universidade Faculdade de Direito livre. É autor de várias obras e de diversos artigos relacionados ao processo civil e arbitragem.

⁹⁴ É professor de Direito Processual na Faculdade de Direito na Universidade da República do Uruguai e professor visitante nas Universidades de Buenos Aires, Rosário, São Paulo, Santiago de Chile, Universidade do México, Católica do Peru e *Tor Vergata* de Roma. É membro da Associação Internacional de Direito Processual.

⁹⁵ Dado grupo, foi formado pelo doutorando Eurico Ferraresi e pelos mestrandos Ana Cândida Marcatto, Antônio Guidoni Filho e Camilo Zufelato. Com o encerramento do curso em 2004, outra turma de pós – graduandos, juntamente com essa, aportou o aperfeiçoamento à proposta, que se transtornou num anteprojeto.

ao Ministério da Justiça, com a intitulação de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do declinado instituto processual, cuja versão de janeiro de 2007, tem a composição de 52 dispositivos e com uma divisão de 6 partes, abordando com grande veemência todos os principais pontos relevantes à tutela coletiva.

Outrossim, temos o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado, sob a coordenação do magistrado federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, nos programas de pós – graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estácio de Sá – UNESA, com composição de 5 partes, 60 artigos, cumprindo observar, sem nenhum demérito, que a sua constituição se iniciou, sobre o conteúdo do primeiro anteprojeto⁹⁶ realizado sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover.

Cabe, por fim apontar, o Código – Modelo de Processo Civil Coletivo para Países de Direito Escrito, sob a direção de Antonio Gidi, que produz já em sede introdutória, como bem assevera o jurista, um projeto modesto que visa introduzir um simples instrumento de tutela coletiva nos países de direito escrito. Diante da multiplicidade de ordenamentos e da diversidade do vocabulário jurídico empregado nos diversos países de direito escrito – *civil law*, a linguagem afeita na redação dos dispositivos deste diploma é atécnica, pois, escolheu se valorizar a compreensão imediata do conteúdo da norma e a divulgação de idéias, para a solução dos problemas levantados pela tutela coletiva dos direitos. Trata-se de projeto de teor educativo. Em que se procurou criar um sistema na medida do possível autoexplicativo, escusando – se comentários para a compreensão

⁹⁶ Cf. ROQUE, André Vasconcelos. O microssistema de processo coletivo brasileiro (Uma análise feita à luz das tendências codificadoras). Patrono José Carlos Barbosa Moreira. Periódico Semestral da Pós – Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual da UERJ. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. VIII, Rio de Janeiro, 2011. p. 486.

básica de cada fase do procedimento. As respostas para as dúvidas que surgirão com a sua aplicação prática possam ser extraídas do próprio sistema processual coletivo⁹⁷.

Os resultados alcançados no cotidiano forense, nos corredores das faculdades de direito⁹⁸, e até mesmo a mais singela contribuição do mundo leigo, demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados, deveras, é de suma importância o estudo, o empenho, as reflexões comparativas, dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico.

Em contrapartida, por tudo isso, seja pelas falhas estruturais, pela pulverização de projetos ou mesmo pelas assombradas resistências políticas de alguns setores ou instituições da sociedade, essa ideia de codificação foi abandonada no final de 2008, pela instituição de uma comissão especial de juristas e operadores de direito, realizada pelo Ministério da Justiça, com o fim de elaborar um anteprojeto de nova Lei de Ação Civil Pública, o que resultou no Projeto de Lei 5.139 de 2009, que atualmente se encontra em trâmite no Congresso Nacional⁹⁹.

⁹⁷Cf. GIDI, Antonio. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista direito e sociedade*, n. 01, Curitiba, 2004. p. 02 e 03. BDjur Biblioteca Digital Jurídica – STJ. Acessado em 23.01.2012. Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18848/C%3b3digo_de_Processo_Civil_Coletivo.pdf?sequence=1

⁹⁸ Os programas de mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), da Universidade Estácio de Sá (UNESA), foram ao paralelamente, da Universidade Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP) e da Universidade de São Paulo (USP), foram pioneiras, na introdução de disciplinas voltadas para o estudo dos processos coletivos, denominados de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos.

⁹⁹ Cf. No site do Congresso Nacional, temos todo o andamento de todo o projeto da Lei nº5. 139 de 2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Acessado em 23.01.2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>

2.1. Os debates e os pontos polêmicos de uma proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos

Reconhece-se, indubitavelmente, que o processo coletivo deve ser envolvido com o emprego de técnicas e institutos que lhe são adequados, de modo a propiciar a efetiva solução dos conflitos metaindividuais, notadamente, não se pode, portanto, transportar, para o devido processo, os conceitos de partes, terceiros e coisa julgada da forma como trabalhados no processo individual, pois, suas peculiaridades justificam um tratamento específico¹⁰⁰.

Dessa forma, a ideia de codificação, parece-nos que em linhas superficiais, uma recomendável solução para evoluir e desatar às amarras do processo individual tradicional, ocasionando um aperfeiçoamento, e, sobretudo, consagrando a efetivação dos ditames de um Estado Democrático de Direito.

Em uma época de descodificações, em que se preconiza a aplicabilidade de preceitos e modelos de origem constitucional, bem como uma intervenção legislativa mínima que propicie o escuso fechamento, mas uma abertura do sistema jurídico para a pluralidade e multiplicidade de fatores que sobre ele atuam dinamicamente, através do emprego de conceitos jurídicos vagos ou escusos de determinações, como forma de fomentar uma necessária integração heterônoma do Direito, se tornou essa proposta de

¹⁰⁰ Cf. Superior Tribunal de Justiça – AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento 1.149.999 AgR/GO. Presidente e Relator Adilson Vieira Macabu. 5ª Turma. Data de Julgamento: 31.05.2011, publicado no DJe 20.06.2011. Acessado em 13.11.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ABREDOCUMENTO.asp?sSeq=1065492&sRE=200900226290&sData=20110620&formato=PDF>

codificação do processo civil coletivo, indubitavelmente uma faceta legislativa inócua, parecendo soar de maneira descontextualizada¹⁰¹.

A aqueles que afirmam, que a inexistência, dentre nós, de um Código Processual Coletivo, propriamente dito, acarreta a necessidade do traslado e aplicação, nas ações coletivas, de categorias processuais oriundas da jurisdição singular, e então se coloca a questão de como fazer com segurança esse transbordo, mormente considerando-se que cada qual desses planos jurisdicionais parte de pressupostos próprios e busca finalidades distintas. Será que existe verdadeiramente a necessidade de um Código de Processos Coletivos? Uma codificação seria oportuna?

Conforme adverte, o nobre filósofo político Norberto Bobbio, a codificação é historicamente, é responsável pela estagnação do Direito, decorrente do fetichismo legal, cuja origem é dada pela falsa sensação de fechamento sistemático, dada sapiência que segue:

Nos tempos modernos o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito, isto é, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. Na medida em que o Estado Moderno crescia em potência, iam-se acabando todas as fontes de Direito que não fossem a lei ou o comando do soberano (...). Onipotente como o Estado do qual emanava, o Direito estatal devia regular cada caso possível: havendo lacunas, o que deveria ter feito o juiz senão recorrer às fontes jurídicas extra – estatais, como o costume, a natureza das coisas, a equidade? Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal. E é por isso que a afirmação do dogma da completude caminha no mesmo passo que a monopolização do Direito do Estado por parte do Estado. Para manter o próprio monopólio, o Direito do Estado deve servir para todo uso. Uma expressão macroscópica dessa vontade de completude foram as grandes codificações; e é justamente no interior de uma dessas grandes codificações, note-se bem, que foi pronunciado o veredicto de

¹⁰¹ Para o estudioso Elton Venturi, a codificação do processo civil coletivo, não seria apropriada, em razão do ordenamento pátrio, está vivenciando uma época de descodificações, ou seja, um desejo contraditório, com os preceitos atuais. Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos...* Ibid. p. 36.

que o juiz deve julgar permanecendo sempre dentro do sistema já dado. A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não se pode afastar-se. A cada grande codificação (desde a francesa de 1804 até a alemã de 1900) desenvolveu – se entre os juristas e os juízes a tendência de ater-se escrupulosamente aos códigos, atitude essa que foi chamada, como referência aos juristas franceses em relação aos códigos napoleônicos, mas que se poderia estender a cada nação com Direito codificado, de fetichismo da lei¹⁰².

Outrossim, é certo, que uma codificação deve ser moldada imprescindivelmente em cânones pátrios, o qual estaríamos falando verdadeiramente em um Código Brasileiro de Processos Coletivos, o que, aliás, podemos observar, que se denota das experiências históricas que culturalmente vivenciamos, em que muitos de nossas perspectivas, sonhos, ideais estão alicerçados em uma visão americanizada, dada tratamento normativo que não se modela a nossa sociedade, o que leva-nos a ter preocupações, pela inadaptabilidade de um sistema a nossa realidade social.

Nesta esteira, trazemos à baila, os argumentos esposados do Professor Nelson Nery Júnior, como bem se perfilha:

É preciso codificar o Direito coletivo? Já me adianto, entendo que sim. Entretanto, esse Código não pode ser feito da forma que têm sido feitas as reformas do CPC. Por maior boa vontade que os membros do Poder Judiciário tenham no encaminhamento de propostas legislativas para a modificação de Códigos (refiro-me ao Código de Processo Civil) não é só com boa vontade que se consegue manter a unidade de um sistema codificado, como é o do CPC, o do Código Civil e assim por diante. [...] Quanto ao problema normativo de hoje, o atual sistema do Processo Coletivo atende à nossa realidade nessa forma esparsa em que se encontra. Queremos melhorar o modelo, não porque o sistema não tem funcionado, mas sim para melhor se aplicar a atividade jurisdicional nas demandas coletivas e dar uma resposta melhor para a sociedade. Não porque haja uma deficiência do sistema atual. Lógico que o sistema legislativo do Processo Coletivo hoje é sufi ciente, tem atendido razoavelmente às necessidades da sociedade no que tange às ações coletivas. O que tem acontecido é que ele não tem sido bem entendido, não tem sido bem aplicado por setores do Poder Judiciário, o que é um outro problema. O problema não é normativo, mas de efetividade do processo. Temos leis muito boas, o que não temos são pessoas capazes de aplicar essas leis boas. [...]

¹⁰² Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos...* Ibid. p. 36. Apud BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico* / Norberto Bobbio (tradução de Maria Celeste C. J. Santos) – 10ª ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 120 e 121.

Voltando ao assunto principal, precisamos mudar a lei? Não. Mas, e se mudarmos, será bom? Sim. Acho bom criarmos um Código de Processo Coletivo, porque se o fizermos, o mais importante para tudo isso será concentrar em uma só lei toda a sistemática e, portanto, a principiologia do Processo Coletivo. [...] Queria discutir esses anteprojetos que tratam do Código de Processo Coletivo Brasileiro. Na Universidade de São Paulo, capitaneada pela Professora Ada Grinover, há uma comissão que apresenta um projeto interno de Código de Processo Coletivo. No Rio de Janeiro, na UERJ, o Professor Aluizio Gonçalves de Castro Mendes, que é magistrado, está também à frente de um projeto. Esses projetos estão tramitando e eu vejo neles problemas sérios de inconstitucionalidade e de não conformação ao sistema constitucional brasileiro de normas. O mais grave problema é a americanização do Processo Coletivo Brasileiro. A nossa ação civil pública teve uma inspiração, ainda que parcial, nas *class actions* do Direito norte-americano. Para se fazer o anteprojeto, que acabou se convertendo na Lei de Ação Civil Pública, pegou-se a Regra 23, das Regras Federais de Processo Civil dos Estados Unidos, que contém o regulamento da ação coletiva, as *class actions*. Nós *tropicalizamos* a lei americana para a realidade brasileira. No Brasil há o costume de se pegar modelos estrangeiros e transformá-los em texto de lei, que, às vezes, não se adaptam à nossa realidade. [...] Todos esses anteprojetos querem transformar a legislação brasileira numa cópia fiel do Processo Coletivo norte – americano, que serve para aquele país, não serve para o Brasil. Essa é a minha crítica maior. [...] Portanto, acho que o Código de Processo Coletivo Brasileiro tem que partir de situações e modelos da nossa realidade. Nós é que temos que exportar o Processo Coletivo para os países latino – americanos, porque são todos eles países de formação romano – germânica do ramo que tem o seu direito interno na *Civil Law*, que vem do Direito Romano. O Direito norte – americano advém do Direito comum, do *Common Law*, que é outra realidade, outra configuração, outro modelo jurídico, outro figurino. Como se aplicar na América Latina, cujo Direito é romano – germânico, uma disposição normativa que é anglo – saxônica? Por todas as razões, não é compatível com a cultura latino – americana adotarmos o modelo norte – americano. Temos que exportar tecnologia legislativa para a América Latina em matéria de processo legislativo, não o contrário. Não precisamos importar dos Estados Unidos modelos que não são adaptáveis a nossa realidade social¹⁰³.

Perfilhando nos fundamentos já ostentados, oportunamente, uma codificação na conjuntura atual é visar dar uma maior efetividade na aplicação da atividade jurisdicional e uma resposta melhor à sociedade nos anseios coletivos, deveras, observarmos, que não apenas no âmbito do sistema coletivo, mas, todo o ordenamento jurídico brasileiro, está calcado em uma problemática de aplicabilidade de normas. O nosso problema não é elaborar normas, mas, sim de efetividade de lei. Essa seria a verdadeira cultura jurídica.

¹⁰³ Palestra proferida na Semana do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 14.09.2005, na sede da Procuradoria Geral de Justiça, em Belo Horizonte. Publicação autorizada, mas sem a revisão final do autor. Cf. JÚNIOR, Nelson Nery. Codificação ou não do Processo Coletivo? *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 07, Belo Horizonte: *De Jure* – Ministério Público do Estado de São Paulo, 2006. p. 154 e 155. Acessado em 26.01.2012. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/repositorio/id/10234>

Ora, temos excelentes diplomas legais, o que nos falta é capacidade de aplicação dessas dadas leis, que são olhadas no direito alienígena, como fontes inspiradoras. Tudo isso, se soma a problemas culturais, sociais e políticos. Parece-nos, que a codificação do sistema coletivo, não é a solução do problema.

Na verdade, temos leis atraentes, mas que não são bem aplicadas. Elas não surtem a efetividade que delas se espera¹⁰⁴.

Por essa dada cultura enraizada em nosso ordenamento jurídico de elaborar inúmeros Códigos, temos o Projeto nº 5.139 de 2009¹⁰⁵, que traz em seu bojo a adequação do processo coletivo nacional aos avanços neoprocessuais, propiciando uma sólida base principiológica e assim, uma nova disciplina para a Ação Civil Pública perante as transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais marcantes nesse momento histórico.

Nesta esteira, não podemos desconhecer que ainda hoje, apesar de mais de 20 anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública, a existência de questões, que suscitem dúvidas, como em torno da matéria de legitimidade e da competência. A opção de readequar o sistema único coletivo com a transformação da Lei da Ação Civil Pública em uma norma geral do sistema terá também outro relevante efeito prático: preparar o ordenamento jurídico para um futuro Código de Processo Coletivo, o que trará uma maior integração das

¹⁰⁴ Cf. JÚNIOR, Nelson Nery. Codificação ou não do Processo Coletivo?... Ibid. p. 150.

¹⁰⁵ Trata-se do projeto de lei, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, cujo texto está aguardando deliberação de recurso na mesa diretora da câmara dos deputados. Acessado em 29.01.2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>

normas que compõem o sistema único coletivo, propiciando um primeiro grande passo para tornar possível a aprovação de um Código de Processo Coletivo¹⁰⁶.

No entanto, é importante ressaltarmos, que o dado projeto embebido de boas intenções, foi rechaçado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, deixando latente que o cenário político de nosso país em matéria de ética e seriedade na produção legislativa é imbuído de vexame, falta de respeito e de compromisso com o cidadão brasileiro.

Aliás, é imperioso mencionarmos, que a existência em nosso país de *lobbys*, cuja atuação é exercida por grandes empresas e pelo poder financeiro, curiosamente são entidades responsáveis pelas esmagadoras violações aos direitos transindividuais.

Nesta linha, invoquemos as precisas palavras do Professor e Promotor de Justiça Humberto Dalla Bernardina de Pinho, descrevendo minuciosamente os bastidores da rejeição ocasionada do mencionado projeto, bem como, a atuação dos lobistas, senão vejamos:

Em sessão marcada por fortes críticas à atuação do Ministério Público, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados rejeitou, no início da tarde de hoje (17/03), por maioria (17 votos a 14), o parecer do deputado Antônio Carlos Biscaia ao Projeto de Lei nº 5139/09, que trata da ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Dentre os críticos mais contundentes, estava o deputado José Carlos Aleluia (DEM-BA), que, referindo-se a promotores e juízes do interior, afirmou ser comum que eles morem juntos e que, não raro, se arvoreem em administradores do município no qual exercem suas funções, sendo conhecidos pela sigla TQQ, pois só trabalham as terças, quartas e quintas-feiras. [...] Apesar

¹⁰⁶ Junior, Luiz Manoel Gomes; Favreto, Rogério. O Projeto da nova Lei de Ação Civil Pública: aspectos principais. *Riedpa – Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesual y Arbitraje*, n. 01, Espanha, 2010. p.05. Acessado em 18.01.2012. Disponível em: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA1103.pdf>

dos esforços empreendidos pelo deputado Antônio Carlos Biscaia, relator do projeto, não foi possível vencer o poderoso *lobby* que se articulou contra a proposição, levado a efeito por entidades representativas do meio empresarial, além de corporações do setor público contrárias à ampliação dos poderes do Ministério Público proposta no projeto. Com a rejeição da matéria, a proposição será arquivada, o que é lamentável, pois o texto introduzia importantes aperfeiçoamentos no sistema das ações civis públicas. Durante a votação, a sala de sessões da CCJ encontrava-se repleta de pessoas que distribuía panfletos e incitavam deputados a votar contra o projeto. O Ministério Público brasileiro, na ocasião, se fazia representar por apenas dois membros: o presidente da ANPR, Antonio Carlos Bigonha, e o presidente da Amperj, Marfan Martins Vieira. Como se não bastasse o forte movimento orquestrado contra a nossa Instituição, que a cada dia ganha mais corpo, há ainda uma inexplicável falta de mobilização das lideranças classistas e institucionais, que se ausentam em momentos críticos como o de hoje¹⁰⁷.

Verdadeiramente, seria interessante a criação de um Código de Processo Coletivo, mas, insisto que um diploma deve ser elaborado de forma séria, escuso de qualquer *lobby* de um setor X ou Z da sociedade. A codificação é uma coisa muito séria, deve ser debatida longamente com a sociedade, com todos os segmentos envolvidos, com as entidades da sociedade civil e também entidades científicas. Não se pode um grupo de maneira isolada, sentar em um gabinete fechado entre quatro paredes, elaborar um texto e atravessar a rua do Congresso Nacional de Brasília e fazer *lobby* para aprovação do texto. Deste modo, que são realizadas as reformas do Código de Processo Civil Brasileiro¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Blog do Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Projeto que trata da Ação Civil Pública é rejeitado na CCJ da Câmara em 17.03. 2010*. AMPERJ – Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Acessado em 18.01.2012. Disponível em: <http://humbertodalla.blogspot.com/2010/03/projeto-que-trata-da-acao-civil-publica.html>

¹⁰⁸ Cf. JÚNIOR, Nelson Nery. Codificação ou não do Processo Coletivo?... Ibid. p. 156.

4. A CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS: OS DIREITOS DIFUSOS, OS DIREITOS COLETIVOS *STRICTO SENSU* E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

1. Colocações prévias: a delimitação do âmbito de atuação do processo coletivo

No presente tópico, não se pretende esgotar uma estremada abordagem, no que tange aos interesses no direito, cujo tema é merecedor, inegavelmente, dos mais inúmeros e profundos estudos. O que se pretende de forma basilar, asseveramos, é fornecer dados visando uma perfeita compreensão e definição metodológica das distintas espécies que envolvem a delimitação do campo de atuação do processo coletivo.

A palavra interesse, em sua acepção comum ou vulgar, postula um liame psicológico existente entre um sujeito e um determinado objeto ou bem de cunho material ou não, ou ainda, podemos designar um sentimento que acompanha a atenção dirigida para um conteúdo específico, se trata de um cuidado, uma diligência, um empenho a favor de alguém ou de alguma coisa¹⁰⁹.

Nesta seara, inicialmente, temos os chamados interesses simples ou de fato, cuja relevância do bem para o agente não ultrapassa os limites psicológicos, desprovida a princípio de qualquer espécie de proteção. Recordemos, da máxima *de minimis non curat praetor*, que nos revela uma ínfima importância social dos interesses simples, o que preliminarmente, não identifica uma proteção específica no ordenamento jurídico, ou seja,

¹⁰⁹ Neste tópico, somente iremos refutar uma definição singela, para ostentar um bom esclarecimento a cerca da delimitação do âmbito de atuação do processo coletivo. A expressão interesse será de maior relevância para o próximo tópico. Cf. Dicionário Michaelis de Língua Portuguesa. “*Interesse*” In Dicionário Michaelis de Língua Portuguesa, 2009. Acessado 05.03.2012. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=interesse>

não denota uma relevância no plano axiológico definido pelo legislador, o plano ético – normativo. Afirma – se, que se diferenciam dos denominados interesses legítimos ou jurídicos, em que os primeiros são reconhecidos pelo ordenamento, pois permissivos à proteção jurisdicional.

O interesse legítimo, não é uma construção do direito brasileiro, mas, sim, originado através do desenvolvimento da doutrina italiana e francesa, em razão de peculiaridades desses devidos sistemas jurídicos, no que tange à forma por que neles se dá a distribuição da justiça ou o exercício da jurisdição. Trata-se de um interesse, apoiado em uma situação instrumental, representando algo mais com relevância aos interesses simples, e algo menos que os direitos subjetivos, por estarem situados, por assim, dizer, o meio caminho entre ambos¹¹⁰. No direito brasileiro, a *legitimatío ad causam* da parte, se reporta estritamente a um direito subjetivo, cuja lesão, ameaça ou estado de incerteza, deverão servir de fundamento para invocar a prestação do Poder Judiciário¹¹¹.

Neste novel estudo, trazemos à baila, as ilustre palavras de Celso Seixas Ribeiro Bastos, a seguir:

Na linguagem comum a palavra interesse designa ordinariamente a pretensão do indivíduo a determinado bem da vida. Em direito, contudo, o referido termo ganha significações várias desdobrando – se em diversas acepções, conforme esteja ele associado a este ou aquele campo do universo jurídico. [...] De outra parte, a correlação entre interesse e necessidade é responsável em boa parte pela confusão, por vezes, é feita entre interesse jurídico e interesse material. Este tem relação com os aspectos psicológicos, econômicos, culturais, etc., da realidade humana, enquanto que o interesse jurídico só considera aqueles ângulos de

¹¹⁰ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo* / Ricardo de Barros Leonel... Ibid. p. 90.

¹¹¹ Parece – nos, que a tutela coletiva, dissociou severamente essa visão clássica entre o individualismo e o direito subjetivo. Em outras palavras, cumpre reconhecer que a uma evidente ruptura com a dicotomia individual/direito subjetivo. Com isso, se engendrou uma sociedade hodierna detentora de um novo perfil jurídico, cuja causa é avultadas proporções massificadas. É a complexidade da sociedade de produção e consumo em massa, que forçam o surgimento de novas instâncias que afirmam o cunho coletivo, anteriormente inédito, fazendo surgir múltiplos antagonismos, não evidenciados no tradicional dualismo autor versus réu.

conveniência que reputou juridicamente relevante. O interesse de direito é apenas um campo restrito traçado dentro da área maior dos interesses humanos em geral¹¹².

Na mesma esteira, temos o interesse material, como necessidade juridicamente protegida pelo direito material, configurando o interesse jurídico¹¹³ propriamente dito, isto é, refere – se à efetiva utilidade apresentada pelo bem, reconhecida ou não pelo ordenamento jurídico, que pode gerar a satisfação de um anseio e atender à necessidade daquele que o pretende. Dada pretensão que irá permitir a realização do bem – estar de quem deseja o bem da vida, ora, daí por que o íntimo liame existente entre o interesse material, o direito subjetivo e o direito objetivo: permite – se a efetivação dos dois primeiros (interesse material e direito subjetivo), em razão da previsão normativa genérica e abstrata constante do último (direito objetivo)¹¹⁴.

Outra questão de salientada entonação polêmica, está em torno do interesse privado e o interesse público¹¹⁵, cuja definição não é uma das tarefas mais fáceis. A clássica dicotomia entre interesse público e o interesse privado, vem sofrendo acentuada crítica, principalmente nas últimas três décadas. Será que está ocorrendo uma desconstrução ou reconstrução do termo interesse público¹¹⁶? Atualmente, a expressão interesse público tornou – se equívoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os interesses sociais, os interesses indisponíveis dos indivíduos e da coletividade, até os interesses coletivos ou os interesses difusos. O legislador não raro abandona o conceito de interesse

¹¹² Cf. BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. Ibid. p. 36.

¹¹³ “Esses interesses materiais somente assumem relevância jurídica, convertendo – se em interesses jurídicos, por que tutelados pelo direito ou, em outras palavras, porque erigidos em núcleos de direitos subjetivos.” Cf. BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. Ibid. p. 37.

¹¹⁴ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo* / Ricardo de Barros Leonel... Ibid. p. 92.

¹¹⁵ Em nosso trabalho, no Capítulo II, em especial no tópico 6 “O processo coletivo como instrumento de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário: proteção do interesse público”, temos uma apresentação singela da definição de interesse público.

¹¹⁶ Cf. BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público. *Revista Diálogo Jurídico*. n.15, Bahia: Salvador, DP. Especialização em Direito Público, 2007. p. 01.
http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf

público como interesse do Estado e passa a identifica – ló com o bem geral, isto é, propriamente o interesse geral da sociedade ou o interesse da coletividade¹¹⁷. Desse entendimento sobressai, o interesse público primário como aquele que indica o interesse geral, social, de todos os membros da comunidade, devida fundamento que se aproxima à concepção dos interesses supra – individuais ou metaindividuais. De outro lado temos o interesse público secundário, que soa ao âmbito patrimonial do Estado.

Além disso, em um segundo lugar, temos nos últimos anos, o reconhecimento que à existência de uma categoria intermediária de interesses que, vem abarcando nobre colocação no sistema jurídico pátrio, não apenas no ordenamento nacional, mas, também, se revelará no direito alienígena, ora, são direitos que tem uma alma imbuída do acesso coletivo. São interesses que dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não aquele homem isoladamente considerado. Não o homem como simples pessoa física tomada à parte, mas, sim como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos. Pois bem. Esse é o âmbito de atuação do processo coletivo.

1.1. Visão crítica da terminologia: Direitos ou Interesses?

O pretense tópico traz como núcleo polêmico, a discussão em torno de expressões que são utilizadas na seara doutrinária, ora, como dicções distintas, ou ainda, como simplesmente, termos sinônimos, cujo entendimento de torna cabível precisarmos.

Através de uma primeira análise do tema a ser esclarecido, podemos verificar que o Código de Defesa do Consumidor ostenta de forma indistinta às expressões interesse

¹¹⁷ Cf. MAZZILI, Hugo Nigro, 1950. – *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses...* Ibid. p. 48.

coletivo e direito coletivo, conforme enunciado do artigo 81, parágrafo único do diploma normativo, cujos termos são assim utilizados de maneira indistinta, por que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, assumem um *status* de direitos, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles¹¹⁸.

Essa discussão e todo esse envolvimento polêmico são fomentados pela subsistência da doutrina italiana, em que de acordo com essa dada fundamentação, somente poderia se caracterizar como direito subjetivos, quando haveria uma proteção jurídica a sujeitos determinados, concomitantemente, se a devida proteção for garantida reflexa ou indiretamente, a hipótese seria de interesses legítimos. Ou ainda, escuso de qualquer proteção jurídica, estariam os interesses simples, referentes a pretensões desprovidas de exigibilidade. Conforme a doutrina italiana deve – se falar em interesses metaindividuais, por que, ainda, que a proteção jurídica seja a eles de maneira específica, a indeterminação do sujeito titular impede que lhes seja conferido o *status* de direito. Notadamente, assim, os interesses transindividuais encontrar –se – iam a um terreno afeito a um território cinzento, entre aquilo que seriam direitos subjetivos e interesses legítimos¹¹⁹.

Note, que na esteira do argumento exposto, essa distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo é apenas cabível na Itália, cuja concepção não se molda no ordenamento

¹¹⁸ Argumento ostentado por Kazuo Watanabe, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. Cf. WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. In *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto...* Ibid. p. 819. Em sentido oposto “Ainda, que fosse esse o único argumento, não haveria em verdade, razão plausível para a permanência do vocábulo interesse nos textos legais, pois seria alcançado, como exposto o *status* de ‘direito’.” Cf. DONIZETE, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* Ibid. p. 43.

¹¹⁹ Cf. DONIZETE, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* loc. cit.

jurídico brasileiro, em virtude de vigorar o princípio da unidade da jurisdição, ou seja, no sistema italiano é previsível uma separação de órgãos jurisdicionais.

Temos, assim, uma construção italiana erigida em dois conceitos distintos, um referente aos direitos subjetivos, que são julgados pela justiça civil e outros, perante órgãos da justiça administrativa, como bem evidenciado nos argumentos esposados de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., conforme podemos verificar:

A nota essencial na distinção [...] é que enquanto o direito subjetivo se vincula diretamente ao indivíduo, protegendo seu individual, os interesses legítimos se dirigem ao interesse geral e favorecem o indivíduo apenas como componentes, como 'membro do Estado'. Porém, diferenças à parte, tanto os direitos subjetivos como os interesses legítimos (na doutrina italiana) se tornam concretos como direitos à tutela jurisdicional. Percebe - se que se trata, assim, de uma distinção histórica e peculiar ao sistema italiano, que não tem qualquer aplicação ao direito brasileiro, em que os conceitos de interesses legítimo e direito subjetivo se reduzem à categoria por nós conhecida como direitos subjetivos (que aqui podem ser públicos ou privados, individuais ou coletivos). [...] Tanto o direito subjetivo quanto o interesses legítimo são, portanto, direitos. A distinção da doutrina italiana pode fazer sentido na Itália, mas não se justifica no ordenamento brasileiro, que prevê a unidade da jurisdição¹²⁰.

Indubitavelmente, o legislador pátrio é marcado pela influência do direito italiano, por que, aliás, a doutrina nacional é fortemente influenciada por lições italianas, em que os direitos coletivos e direitos difusos, como já anteriormente mencionado, estão em um campo cinzento, entre o privado e público, intitulados de *interessi diffusi* e *interessi collettivi*. Com isso, é evidenciado em território nacional, um italianismo em nossa doutrina, que se enraizou e que infelizmente gerou toda essa confusão em torno das expressões de direito e interesse.

¹²⁰ Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p. 90 e 91.

Na esteira de todo o aludido, e o mais importante, o entendimento doutrinário referido parte da velha e errônea conotação de que não haveria titularidade determinada para os interesses coletivos. Entretanto, devemos em um contexto do processo civil contemporâneo, eivado pelo surgimento de conflitos de massa, termos uma visão e assim, abrir nossas mentes, inevitavelmente, para um novo dinamismo de relações sociais, em que a composição é de indivíduos, inseridos em uma comunidade, ou seja, indivíduos massificados, capazes de ser intitulados de sujeitos de direitos. Essa é a nova roupagem do sujeito de direito contemporâneo.

Para aludirmos a uma conclusão, afigura – se de forma mais correta e técnica a expressão direitos, contudo, a superação desse problema, e rogamos que prevaleça, deve ser prevalecida pela configuração de direitos subjetivos coletivos, consentâneo a uma tradição nacional e ao um direito constitucional positivo, que exprimi à lei não excluir de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, como consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna de 1988.

A melhor solução passa, não por admitir a categoria dos interesses tuteláveis pelo processo, mas sim, pela ampliação do conceito de direito subjetivo, para abarcar as inúmeras posições jurídicas judicializáveis, que decorrem do direito subjetivo *prima facie* e que merecem igualmente guarida pelo poder judicante¹²¹.

Deveras, em última análise, em razão da importância de tais direitos, compreende - se a utilização de maneira indistinta¹²² de ambas as expressões mencionados pelo diploma

¹²¹ Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p. 92.

¹²² Como já mencionado no início desse tópico, para Kazuo Watanabe direitos e interesses são utilizados como sinônimos.

consumerista, como forma de facilitar a assimilação pela doutrina e pelos operadores de direito, escusando, assim, qualquer interpretação retrógrada, o que inviabilizaria ou enfraquece a tutela coletiva.

2. Os Direitos Difusos e suas características

Para compreendermos os fundamentos que estão repousados na dicção do artigo 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, é crucial alinharmos delicadamente todas as notas identificadoras do eivado direito difuso, cuja experiência nos levará a conhecer, parece – nos, o mais exuberante dos direitos massificados.

Como já bem explanado neste trabalho, o traço marcante da plenitude democrática é a efetividade do clamor social e dos valores constitucionais, que não estão mais enraizados no indivíduo abstratamente considerado, aliás, o centro de toda produção jurídica está declinada que irremediavelmente e superada por uma época que emergem claramente novos interesses que, posto que não sejam públicos no sentido tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos. Ninguém, e todos, são titulares. A antiga concepção da iniciativa processual monopolizada nas mãos do titular do direito subjetivo revela sua impotência e sua inadequação frente a interesses que são, ao mesmo tempo, de todos e de ninguém¹²³.

Dados interesses relativos à qualidade de vida das pessoas, tais como a defesa do meio ambiente, a proteção ao consumidor, à proteção de valores culturais e espirituais das pessoas, a proteção contra a discriminação racial ou sexual, de forma notória, são exemplos

¹²³ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, ns. 14 – 15, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 31.

de interesses metaindividuais que precisaram e ainda precisam de tratamento jurídico diferenciado e próprio a suas especificidades. As legislações ao redor do mundo acompanharam e acompanham ainda tais fenômenos, com a criação de normas jurídicas para a regulamentação das relações de consumo, para a preservação do meio ambiente¹²⁴ e outros interesses afeitos a coletividade, cuja atuação, parece – nos, e esse é o nosso desejo, aliás, espero que não estejamos enganados, que seja cada vez mais, presente essa política nos ordenamentos jurídicos mundiais.

Aliás, se indaga – se, os interesses difusos, não florescerem apenas nesse momento, podemos encontrar na história¹²⁵, indícios de que anteriormente existiam e eram percebidos, embora não com a intensidade e com a sede doutrinária que atualmente vivenciando. A resposta somente pode estar vinculada ao tipo de sociedade em que vivemos, denominada de sociedade de massa, cuja raiz determinante é o crescimento democrático, prevalecendo à uniformidade social. Com isso, sobrevém uma transformação na relação jurídica e na própria imagem do direito. A sociedade de massa preocupa – se com a tutela do controle do que é legal e ilegal sob aspectos formais, tratando – se mesmo de controle da uniformidade¹²⁶.

¹²⁴ Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa* / Gianpaolo Poggio Smanio. – 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007. (Fundamentos Jurídicos). p. 10.

¹²⁵ O jurista Celso Seixas Ribeiro Bastos em seu magnífico artigo publicado na década de 80, já anunciava em um futuro próximo, um novo tipo de processo de natureza coletiva, cujos fundamentos podemos ratificar na conjuntura atual, senão vejamos: “[...] pode – se antever em um futuro próximo um novo tipo de processo civil, de natureza coletiva, no qual não mais assistiremos aos clássicos dualismos autor *versus* réu ou indivíduo *versus* autoridade pública, mas sim, ao alinhamento no processo de várias partes coletivas, numa multiplicidade de posições concordantes ou conflitantes. [...] É a complexidade da sociedade de produção e consumo em massa, a forçar o surgimento de novas instâncias de afirmação do coletivo, antes inéditas, a fazer eclodir seus múltiplos antagonismos, não abarcáveis no clássico dualismo autor *versus* réu.” Cf. BASTOS. Celso Seixas Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro... Ibid. p. 41 e 42.

¹²⁶ Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa...* Ibid. p. 11 apud JÚNIOR. Tércio Sampaio Ferraz. Painel Debates. In *A Tutela dos Interesses Difusos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Max Limonad, 1994. p. 153.

Neste prisma, trazemos à baila a estonteante opinião de José Celso de Mello Filho, no que concerne aos direitos difusos, senão vejamos:

Na real verdade, a complexidade desses múltiplos interesses não permite sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos não comportam rol exaustivo. A cada momento e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna pós – industrial, evidenciam – se novos valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se impõe como necessária. Os interesses difusos, por isso mesmo, são inominados, embora haja alguns, mais evidentes, como os relacionamentos aos direitos do consumidor ou concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural¹²⁷.

Neste diapasão, passemos a enfocar nossa atenção, à formulação das características¹²⁸ marcantes dessa espécie coletiva, engendrando como destaque inicial a indeterminabilidade dos sujeitos envolvidos nessa conjuntura jurídica, que são referíveis a um conjunto indeterminado ou dificilmente determinável de pessoas, que se contrapõem – se fundamentalmente ao conceito clássico de direito subjetivo, centro de todo o sistema clássico burguês, que investia o indivíduo do exercício de direitos subjetivos, titularizados claramente em suas mãos, e legitimava o prejuízo causado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular. Aliás, podemos visualizar uma ausência de vínculo associativo, uma vez que esses devidos direitos são eivados de uma série aberta de indivíduos. A tutela dos interesses já não pode estar baseada em sua titularidade, mas em sua relevância social¹²⁹.

Essa característica de indeterminação de sujeitos é derivada por um fato que não se apoia em um vínculo jurídico coalizador dos sujeitos afetados por esses direitos, ou seja,

¹²⁷ Cf. FILHO, José Celso de Mello. *Constituição Federal anotada* / José Celso de Mello Filho. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1986. p. 433 e 434.

¹²⁸ O rol das características bem como a formulação dos direitos difusos é variável em sede doutrinária, entretanto, na elaboração deste trabalho, foram utilizados amplamente como linha principal de pesquisa, os estudos do jurista Rodolfo de Camargo Mancuso. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir* / Rodolfo de Camargo Mancuso. - 6ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 93.

¹²⁹ Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa...* Ibid. p.15.

eles se agregam ocasionalmente, em razão de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem em certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza¹³⁰.

Neste sentido, invoquemos a análise precisa de Rodolfo Camargo Mancuso, acerca da presente característica, a saber:

Essa “indeterminação de sujeitos” revela – se, também, quanto à natureza da lesão decorrente de afronta aos interesses difusos: essa lesão é disseminada por um número indefinido de pessoas, tanto podendo ser uma comunidade (por exemplo, uma vila de pescadores, ameaçada pela emissão de dejetos urbanos no mar) como uma etnia (nos casos de discriminação racial) ou mesmo toda a humanidade (como na ameaça constante de guerra nuclear, ou na “exploração” predatória e anárquica da Amazônia). Os direitos difusos situam – se, assim, no “extremo oposto” dos direitos subjetivos, visto que estes apresentam como nota básica o “poder de exigir”, exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto certo bem da vida. Ora, é justamente essa relação de imanência entre o interesse e uma pessoa determinada que inexistente nos interesses difusos; sendo insuscetível de apropriação a título exclusivo, os interesses difusos caracterizam – se, justamente, com referir – se a uma série indeterminada de sujeitos¹³¹.

São interesses que não se encontram apoiados em uma relação – base bem definida, reduzindo – se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições socioeconômicas, sujeitar – se a determinadas empreendimentos etc. Trata – se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, de cunho coletivo, sinteticamente referido à qualidade de vida. Dadas necessidades e interesses de massa, que sofrem constantes investidas,

¹³⁰ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir...* loc. cit..

¹³¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir...* Ibid. p. 97.

frequentemente também de massas, contrapondo grupo *versus* grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos¹³².

Outra característica marcante nos direitos difusos é a indivisibilidade¹³³ do objeto, em que se tornam insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoa ou grupos preestabelecidos, ou seja, essa dada indivisibilidade é da sua própria substância, essência ou natureza, e não apenas formal. É uma espécie de comunhão em que a satisfação de um, implicará seus efeitos a todos, da mesma forma, que a lesão de um produzirá o alcance a todos.

Neste prisma, perfilhamos a indivisibilidade do bem, pelas ilustres palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “*in verbis*”:

Essa espécie de interesse jurídico não leva em consideração o indivíduo em si, mas, ao contrário, considera o grupo de indivíduos num todo. Por isso, tais interesses caracterizam-se como transindividuais. Embora sejam diversos no que toca à relação entre os integrantes do grupo, pois que nos interesses coletivos está presente relação jurídica-base entre os componentes e nos difusos a relação jurídica se configura como circunstancial e episódica, o certo é que em ambos o direito é indivisível, porquanto não há como identificar o quinhão, dentro do benefício geral, a ser atribuído ao indivíduo¹³⁴.

¹³² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In *A tutela dos interesses difusos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 29-45.

¹³³ Cf. Superior Tribunal de Justiça – REsp 1181066/RS. Presidente e Relator Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS. 3ª Turma. Data de Julgamento: 15.03.2011, publicado no DJe 31.03.2011; RT vol. 909. p.495. Acessado em 28.02.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1027286&sReg=201000315570&sData=20110331&formato=PDF

¹³⁴ Cf. FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação civil pública: comentários por artigo: (Lei n. 7.347, de 24.7.85)* / José dos Santos Carvalho Filho. – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 127. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça – REsp 1.035.866/CE. Presidente e Relator Luiz Fux. 1ª Turma. Data de Julgamento: 15.12.2009, publicado no DJe 10.02.2010. Acessado em 28.02.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=933802&sReg=200800451390&sData=20100210&formato=PDF.

Outrossim, uma outra característica que devemos destacar nos direitos difusos é a denominada intensa litigiosidade interna¹³⁵, em que os embates entre direitos subjetivos dos particulares ou entre estes e o Estado, verifica – se o que se pode chamar de uma litigiosidade definida, em que de um lado, os lindes da controvérsia são bem definidos na pretensão e na resistência e de outro lado, temos situações emergentes – por isso que derivam de direitos – são já balizadas por normas jurídicas. Os interesses difusos estão soltos, fluídos, desagregados, disseminados entre os segmentos sociais mais ou menos extensos, asseveramos, exsurtem de aglutinações contingenciais, normalmente contrapostas entre si¹³⁶.

Salientemos, que os conflitos que resultam dessas massas de interesses, não guarnecem tradicionalmente com a fórmula Tício *versus* Caio, nem se moldam, aqueles interesses coletivos trabalhistas, que costumeiramente conhecemos, aliás, são controvérsias que têm por causa remota verdadeiras escolhas políticas, em razão da existência de alternativas ilimitadas, porque teremos o favorecimento da posição A que melindrará os integrantes da posição B¹³⁷.

Por conclusivo, temos nos direitos difusos à característica da transição ou mutação

¹³⁵ Essa característica dos direitos difusos é apontada na Itália como *conflittualità massima* ou a *intrínseca conflittualità*. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir...* Ibid. p.100.

¹³⁶ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir...* Ibid. p.101.

¹³⁷ Podemos exemplificar, em âmbito de proteção dos recursos florestais, cujos interesses inegavelmente despertam os interesses da indústria madeireira e que conseqüentemente ocasionam, também interesses aos lenhadores à manutenção de seus empregos. Nesta seara, o nobre jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira, traz como exemplo, o fato extraído de reportagem jornalística ocorrida no Rio Ganges, na Índia, em que haveria um projeto para despoluir o mencionado rio, cuja atividade sofreu grande oposição por grupos religiosos, em razão de ser considerado o rio, tão puro espiritualmente, que não poderia ser poluído, pela quantidade de lixo ali depositada. Como bem observa, o autor no pretense episódio, o “choque entre o interesse difuso à saúde e à despoluição do Ganges, e, no outro extremo, o interesse – também difuso – à propagação de rituais religiosos”. Cf. MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. *Revista de Processo*, n.70, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 147.

no tempo e no espaço, cuja característica está apoiada a situações contingenciais, que conseqüentemente, ocasionam a mutabilidade dessas situações de fato, por outras palavras, quando não exercitáveis, no tempo e hora de forma oportuna, podem esses interesses modificar – se, acompanhando a mudança da situação fática que os ensejou.

Para compreendermos, essa característica dos direitos difusos, invoquemos alguns exemplos: uma associação de proteção aos animais recebe uma denúncia de que certa empresa agroindustrial está em vias de iniciar experiência como inoculação de hormônios no rebanho, com vistas a apressar o processo de engorda, ou ainda, uma associação de produção de agricultura orgânica vem a ter informações que uma empresa agro – pecuária está plantando, em área próxima, sementes geneticamente modificadas. Em dados casos, é efêmera a perduração do interesse difuso, cuja tutela deve ser providenciada prontamente, antes que se modifique a situação de fato que o originaria¹³⁸.

Notadamente, devemos refutar, que essa devida transição ou natureza mutável dos interesses difusos, é fomentado pela irreparabilidade da lesão, em que, quando lesionados, dados interesses, asseveramos, se tratam, de valores inestimáveis para sociedade, pois não poderão ser reconstituídos de forma integral em sua espécie, ora, não são valores fungíveis. A tudo isso, e insofismável os resultados desastrosos de interesses, que dificilmente serão irreparáveis em sua essência, como bem sabemos, por exemplo, da poluição de um rio, que contribuía com a alimentação das famílias à beira do rio e que por dada poluição, de maneira indevida prejudicou toda cadeia de alimentação e qualidade de vida dos moradores. Ora, existem situações que mesmo diante de uma indenização, não estão

¹³⁸ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir...* Ibid. p. 107.

afeitos a suprir o momento de sofrimento, nem tampouco, recompor o choro de uma criança.

É justamente, nessas ocasiões que o direito moderno, procura intensificar sua preocupação em oferecer instrumentos jurídicos aptos à preservação dos devidos interesses, antes mesmo de ocorrer à lesão, conforme podemos exemplificar, com a utilização de meios coativos indiretos (*astreintes*, multa diária) e técnicas voltadas à obtenção da prestação específica do objeto, nos termos do artigo 461 e §§ e artigo 461 – A, alterados pela Lei nº 10.444 de 2002.

Eis aí, portanto os direitos difusos evidenciados em disseminados em inúmeras áreas e temas de largo espectro social, como ecologia, qualidade de vida, meio ambiente, relações consumeristas, direitos humanos, defesa de etnias, defesa de minorias sociais etc. Tudo isso, é originado da linha evolutiva que o moderno sistema processual, deve se preocupar: o ser humano em sua projeção social.

3. Os Direitos Coletivos *Stricto Sensu* e seus apontamentos

Para adentrarmos de forma enaltecida aos fundamentos dos direitos coletivos *stricto sensu*, esposados no artigo 81, parágrafo único, inciso II do diploma consumerista é imperioso elucidarmos as notas identificadoras da dada espécie de direito coletivo *lato sensu*, que serão experimentadas da própria definição delineada do texto especial.

O traço preliminar que eloquentemente iremos esmiuçar está em torno de um aspecto subjetivo, alicerçado na existência de uma relação jurídica base, cuja análise deve

ser atendida em duas relações jurídicas, notadamente, uma eivada de titulares ativos que estão estremados entre si com uma dada relação jurídica base, que podemos apontar a título de exemplificação, os pais e alunos pertencentes à Associação de Pais e Alunos e Mestres ou ainda, os associados de uma Associação de Proteção ao Consumidor, outrossim, temos uma outra relação em que os titulares ativos estão consubstanciados com o sujeito passivo do declinado vínculo jurídico, como por exemplo, os alunos de uma mesma escola e os clientes de uma mesma instituição bancária¹³⁹.

É lídimo ressaltarmos, que a expressão relação base utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor, deve ser compreendida com elevada nitidez, nos revelando à preexistência de uma relação jurídica já enraizada, ou seja, à existência de uma ligação anterior à ocorrência da lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe¹⁴⁰.

Todavia, se a ligação dos indivíduos, decorrer circunstancialmente da lesão ou ameaça de lesão lastreada por um evento que os atinja homogeneamente, estar – se – a caracterizado, senão, os direitos ou interesses individuais homogêneos, que será oportunamente abordado¹⁴¹.

Neste veredete, com a sabia colocação de Kazuo Watanabe, erigimos que a relação jurídica que nos importa é aquela caracterizada e difundida dos direitos coletivos *stricto*

¹³⁹ Cf. NUNES, Rizzato. “As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo”. In *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. São Paulo, Quartier Latin, 2005. p. 89.

¹⁴⁰ Superior Tribunal de Justiça – REsp 749.988/SP. Presidente e Relator Luiz Fux. 1ª Turma. Data de Julgamento: 08.08.2006, publicado no DJe 18.09.2006 p. 275. Acessado em 16.02.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=638471&sReg=200500800935&sData=20060918&formato=PDF

¹⁴¹ Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos...* Ibid. p.57.

sensu, oriunda antes mesmo da lesão ou ameaça, como bem preconiza, o nobre jurista, a saber:

Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça da lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça de lesão¹⁴².

Ainda, em torno da definição legal, temos outra característica, sob o aspecto subjetivo, no que tange a sua natureza indivisível, em que para se moldar de forma estrita ao conceito vislumbrado na devida norma que trata dos direitos coletivos *stricto sensu* é crucial que o bem coletivo seja escusável de divisibilidade, ou seja, se descartou um pensamento de interesses ou direitos individuais agrupados ou um feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles.

Requer a toda essa indivisibilidade, uma ideia de síntese, em que exteriorize uma unidade de sentimento e de ação, coordenada, à realização de um escopo comum, correspondendo a uma pluralidade ou totalidade orgânica formada por vários indivíduos. São inerentes a uma coletividade de pessoas repousando sobre um vínculo definido, como a sociedade empresarial, o condomínio, a família, que dão margem ao surgimento de interesses originados em função da relação base que agrega seus componentes, mas não se confundindo com os interesses individuais¹⁴³.

¹⁴² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” In *Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto...* Ibid. p. 803 e 804.

¹⁴³ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo* / Ricardo de Barros Leonel... Ibid. p. 107.

Ainda, em sede de indivisibilidade, devemos asseverar, que a natureza indivisível dos citados interesses ou direitos, ensejará, não somente uma proteção sobre pessoas vinculadas ao autor coletivo, mas, também não raro à aqueles não pertencentes às associações, como bem orientado no artigo 103 inciso II do Código de Defesa do Consumidor, permeando a eficácia da sentença extensível a terceiros, é delimitada pela própria essência do direito em menção, isto é, caracterizando a coisa julgada *ultra partes*¹⁴⁴, cuja restrição afeita ao grupo, categoria ou classe¹⁴⁵.

Como bem explanado nas excelsas palavras de Elton Venturi, não à que se restringir à extensão dos benefícios ou não dos provimentos coletivos, pois, cada um dos sujeitos é identificado, em virtude do enquadramento de cada um no regime jurídico próprio, comum e indivisível da pretensão coletiva, aliás, são verdadeiros co – legitimados do direito coletivo, *in verbis*:

Disto resulta, pois, que a legitimação ativa legalmente atribuída a tais entidades representativas para a promoção da tutela judicial dos direitos coletivos não pode importar qualquer restrição na extensão dos benefícios dos provimentos judiciais a todos os integrantes do grupo, classe ou categoria, quer se encontrem, ao momento da dedução da ação coletiva, formalmente a elas vinculados ou não. A entidade associativa, ressalte-se, apenas tem a responsabilidade de coordenar judicialmente os integrantes do grupo, classe ou categoria, mas não tem o poder de criar os seus integrantes. Vale dizer, os componentes de uma determinada coletividade são identificáveis não propriamente em função do vínculo associativo ou sindical que as reúne – que, aliás, deve ser compreendido como meramente facultativo e eventual –, mas sim em função do enquadramento de cada um no regime próprio, comum e indivisível da pretensão coletiva. Assim, sendo, nenhum membro do agrupamento social perfeitamente identificável pela referibilidade de determinada pretensão coletiva pode ser excluído da tutela jurisdicional coletivamente empreendida pelas entidades legitimadas, mesmo que a elas não esteja formalmente ligado, por uma razão muito simples: a natureza da pretensão coletiva, é, tal qual a dos direitos difusos, essencialmente indivisível, sendo absolutamente incompatível, lógica e juridicamente, um tratamento

¹⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça - REsp 964755/RN. Presidente e Relator João Otávio de Noronha. 4ª Turma. Data de Julgamento: 04.11.2011, publicado no DJe 05.09.2011. Acessado em 17.02.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1078273&sReg=200701496027&sData=20110905&formato=PDF

¹⁴⁵ Cf. JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes e SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. – São Paulo: Saraiva, 2003. p.253.

distinto empregado em relação a qualquer um dos integrantes do grupo, classe ou categoria, verdadeiros co – legitimados do direito coletivo¹⁴⁶.

Esse dado traço está afeito aos sujeitos do direito, que são conforme preceito erigido, indeterminados, mas determináveis, isto é, para verificação da existência de um direito coletivo, não há necessidade de se apontar concretamente o titular específico e real. Esse dado titular é facilmente diagnosticado, inicialmente pela verificação do direito em jogo¹⁴⁷.

Destarte, outro ponto de grande valia para a expressiva colocação do artigo em comento, é no que concerne ao elemento de organização¹⁴⁸, que certamente existirá somente na primeira modalidade descrita no texto legal, qual seja, os interesses e direitos ocorrentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base, e não na segunda modalidade, que descreve aos interesses ou direitos respeitantes a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária por uma relação jurídica base. Assim, mesmo sem essa dada organização, os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*, por possuírem a natureza indivisível, apresentam identidade tal, que independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular. Com isso, o conceito de coletivo do Código é mais amplo do que o

¹⁴⁶ Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos...* Ibid. p. 59.

¹⁴⁷ Cf. NUNES, Rizzato. As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB – SP*. Edição: Direito do Consumidor Perspectivas Futuras. n. 07, São Paulo, OAB/SP ESA, 2011. Acessado em 17.02.2011. Disponível em: <http://www.esaoabsp.edu.br/revista/edicao07/index.swf>

¹⁴⁸ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” In *Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto...* Ibid. p. 805. apud VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Collettivi e Processo: la legittimazione ad agire / Vincenzo Vigoriti*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 58 – 62.

sustentado pela doutrina corrente, em que existe uma maior abrangência a direitos ou interesses não organizados, mas que em outro sentido é mais restrito, certo é que apenas os interesses ou direitos indivisíveis estão nele abrangidos¹⁴⁹.

4. Os Direitos Individuais Homogêneos e seus pontos polêmicos

Os direitos individuais homogêneos¹⁵⁰ trazem uma extremada celeuma em torno de sua definição legal, cuja tautológica conceituação empreendida pelo legislador pátrio, traz uma fomentada definição duvidosa e uma eivada conceituação vaga, cuja dificuldade de compreensão está alicerçada por serem esses dados interesses ou direitos originados de uma ficção jurídica. O legislador brasileiro foi além da definição dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e criou uma nova categoria de direitos coletivos¹⁵¹, dada conceituação disciplinada, conforme artigo 81, parágrafo único, inciso III do diploma consumerista.

Esse dado interesse erigiu com vasta importância, em que sem sua criação pelo direito positivo nacional, estaria escuso a possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva, em razão de sua homogeneidade, ocasionado pela massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. Esse

¹⁴⁹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” In *Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto...* loc.cit.

¹⁵⁰ “Na doutrina brasileira a expressão foi utilizada pela primeira vez e última vez antes da publicação do CDC por Barbosa Moreira, ao se referir despreziosamente a ‘feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos’, quando comentava a *class actions for damages* do direito norte – americano”. Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p. 76 apud GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 19.

¹⁵¹ Essa modalidade de ação coletiva constitui, praticamente, uma novidade no sistema jurídico brasileiro, e representa a incorporação ao nosso ordenamento de ação bastante assemelhada à *class actions for damage* do sistema norte – americano que são ações de reparação de danos à coletividade. Assemelhada, mas não de todo idêntica, pois houve necessidade de adaptação às nossas peculiaridades geográficas, sociais, políticas e culturais. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; “Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” In *Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto...* Ibid. 807.

artifício jurídico atende a um imperativo de direito de realizar com efetividade à justiça frente aos reclames da vida contemporânea, com a finalidade exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (massa)¹⁵².

Firmando nesta mesma linha de raciocínio, invoquemos a sabia contribuição doutrinária de Elton Venturi, a saber:

Se sob o regime da Lei da Ação Civil Pública efetivamente a tutela coletiva nacional praticamente se restringia à proteção de direitos ontologicamente meta – individuais, a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor, mediante a previsão da proteção dos chamados direitos individuais homogêneos, foi sensivelmente ampliada, por opção legislativa, no sentido da viabilidade de se tutelar também determinada gama de direitos subjetivos individuais por intermédio da via coletiva. Daí a conclusão: pelas ações coletivas, atualmente, tanto é possível a dedução de pedidos de tutela de direitos difusos e coletivos quanto de direitos individuais, desde que adequadamente qualificados como homogêneos. Assim sendo, exsurge a relevância da definição conceitual destes direitos individuais aos quais a legislação brasileira empresta proteção jurisdicional bivalente, ou seja, por via das ações individuais ou coletivas. [...] Todavia, precisamente, diante da reconhecida insatisfatoriedade do sistema de tutela individual, em função dos multifacetários obstáculos (econômicos, sociais, políticos e técnicos) ao acesso à justiça, e da percepção do legislador acerca da existência de direitos subjetivos que, não obstante serem qualificáveis como indivisíveis, têm uma origem comum, providenciou – se uma verdadeira abertura também a proteção desta categoria para o fim de se autorizar também a proteção desta categoria especial de direitos individuais, à qual se denominou direitos individuais homogêneos¹⁵³.

Ainda, em torno da elevada dificuldade em expor a definição dos direitos individuais homogêneos, a aqueles que compreendem serem os pretensos direitos, não como um *tertium genus* de interesses metaindividuais, mas sim como uma peculiar modalidade de interesses difusos ou coletivos¹⁵⁴, o que apontemos de forma antecipada,

¹⁵² Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* loc. cit.

¹⁵³ Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos...* Ibid. p. 63 e 64.

¹⁵⁴ “Para ter o conceito de interesses individuais homogêneos torna – se necessário associar o contido no art. 81, III, com o contido no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor. O art.81, III, dispõe que interesses individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum, o que sem dúvida é insuficiente para a qualificação. Não obstante, o art. 91 sugere que são interesses na obtenção de uma indenização pessoal para aqueles que se qualificam como vítimas ou sucessores das vítimas que sofreram danos imputáveis à mesma parte, em virtude de um único fato ou fatos conexos (daí a origem comum). (...) A despeito deste nomen iuris, pode – se afirmar que são interesses meta – individuais, enquanto pressupõem interesses coordenados e justapostos que visam à obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade

não se trata de nossa opinião, notadamente, se trata de uma espécie do gênero direito coletivo *lato sensu*.

Nessa perspectiva, passemos nesse momento, a enfrentar a confusão que está evidenciada na dicção legislativa já mencionada do Código de Defesa do Consumidor, aliás, justamente por se tratar de locução recente e insofismavelmente discutida, é que ainda, não se delinearão os contornos precisos dos interesses em foco.

Os direitos individuais homogêneos são constituídos por um objeto afeito a inúmeras posições polêmicas de indivisibilidade¹⁵⁵ e/ou divisibilidade, mas, atenção, se faz necessário esclarecermos que, o marco da divisibilidade irá se manifestar somente em uma segunda fase da demanda judicial¹⁵⁶. O pedido feito em juízo numa ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos deve ser para a tutela indivisivelmente considerada do bem. A divisibilidade, notadamente, apenas se irradiará nas fases de liquidação e execução da sentença coletiva¹⁵⁷.

processual indivisível. O que se pretende é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude de danos que têm origem comum. (...). Enquanto se busca a condenação genérica, entretanto, estar – se – à buscando um bem indivisível para uma multiplicidade de vítimas com interesses convergentes na obtenção desta condenação. Se forem indeterminados os sujeitos, pode – se – à dizer que se está diante de interesses difusos sob a modalidade de interesses individuais homogêneos (...). De outro lado, se forem determinados os sujeitos, por serem integrantes de grupo, classe ou categorias de pessoas, os interesses, além de coletivos, poderão ser igualmente individuais homogêneos. Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos...* Ibid. p. 65 e 66.

¹⁵⁵ Superior Tribunal de Justiça – REsp 1115112/PE. Presidente e Relator Benedito Gonçalves. 1ª Turma. Data de Julgamento: 13.10.2009, publicado no DJe 21.10.2009. Acessado em 23.02.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=919265&sReg=200900003504&sData=20091021&formato=PDF. No mesmo sentido: REsp 799669/RJ. Presidente e Relator Luiz Fux. 1ª Turma. Data de Julgamento: 02.10.2007. DJe 18.02.2008 p. 25. Acessado em 23.02.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=711143&sReg=200501948361&sData=20080218&formato=PDF. Em sentido contrário, temos o posicionamento do autor Caio Márcio Loureiro. Cf. LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça* / Caio Márcio Loureiro. – São Paulo: Editora Método, 2004. p. 146.

¹⁵⁶ Cf. DONIZETE, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* Ibid. p. 50.

¹⁵⁷ Cf. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência* / Antonio Gidi. – São Paulo: Saraiva, 1995. p. 31.

Outro fundamento atribuído à dada tutela é atribuir a cada qual dos interessados, na proporção que cabe a cada um deles, cuja efetivação, se dará através de uma situação jurídica – fato e uma origem comum¹⁵⁸.

Ainda, devemos acrescentar que tais interesses originam-se não de uma idêntica relação jurídica, disciplinada pelo direito, que dê à coletividade determinada feição, mas, sobretudo, por circunstâncias fáticas que se entrelaçam, formando assim, a tutela para os direitos individuais homogêneos.

Como corolário desse estudo, tecemos a precisa lição de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “*in verbis*”:

Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma de ações individuais. Às avessas, caracteriza – se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra – se no acolhimento de tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem – se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em ralação a cada um dos respectivos titulares do direito¹⁵⁹.

No que tange ao termo empregado no dispositivo consumerista da homogeneidade, temos uma locução confusa afeita à incompreensão e escusa de qualquer atenção pela esmagadora doutrina, cuja terminologia de maneira leiga, denota algo/situação de mesma natureza que outro, ou seja, de uma substância formada por elementos semelhantes ou

¹⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça - REsp 753159/MT. Presidente e Relator Luiz Felipe Salomão. 4ª Turma. Data de Julgamento: 05.04.2011, publicado no DJe 29.04.2011. Acessado em 20.03.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1048020&sReg=200500789497&sData=20110429&formato=PDF. No mesmo sentido: AgRg no Ag 1323205 / SP. Presidente e Relator Sidnei Beneti. 3ª Turma. Data de Julgamento: 19.10.2010, publicado no DJe 10.11.2010. Acessado em 23.02.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1012648&sReg=201001127438&sData=20101110&formato=PDF

¹⁵⁹ Cf. FILHO, Luiz Paulo da Silva Araújo. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos* / Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 114.

ligada entre si, ou ainda, ousemos dizer, um alicerce análogo e/ou idêntico¹⁶⁰. A própria redação do dispositivo legal induz a pensar inicialmente, que a dada homogeneidade pela origem comum, seja um único requisito, o que caracterizaria os direitos ser homogêneos sempre que tivessem origem comum.

Como bem ponderado pela nobre jurista Ada Pellegrini Grinover e por boa parcela da doutrina, nem sempre a origem comum tornará homogêneo os presentes direitos, para fins de tutela coletiva, vejamos:

[...] a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneo serão os direitos. [...] a origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. No consumo de um produto potencialmente nocivo, por exemplo, pode inexistir homogeneidade de direitos entre um titular de fazer vitimado exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto, ou que fez deste uso inadequado. Ou seja, pode inexistir homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre os quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente. Será então necessário aferir a aplicabilidade, ao sistema brasileiro, do critério adotado nas *class action* norte – americanas da ‘prevalência da dimensão coletiva sobre a individual’¹⁶¹.

Com dada premissa, defesa – se a transposição para o ordenamento jurídico pátrio dos pré – requisitos de certificação e processamento das *class actions for damages*, estabelecidas na Regra 23 das *Federal Rules* de 1966 – quais sejam, a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de fato e de direito individuais,

¹⁶⁰ Cf. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. “*homogêneo*” In Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2010. Acessado em 23.02.2012. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=homogêneo>.

¹⁶¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; “Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” In *Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto...* loc.cit. Entretanto, conforme doutrina de Elton Venturi, pouco importa que a origem comum, seja ela próxima ou remota, insistindo, apenas a prevalência da origem comum. Ou ainda, que “o modelo brasileiro da ação de classe não exige, para sua admissão, a homogeneidade do grupo referente aos titulares (até porque sequer se poderia aludir propriamente à existência de um verdadeiro grupo), mas a homogeneidade da origem dos direitos individuais”. Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos...* Ibid. p. 74.

assim como a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença¹⁶².

O primeiro requisito coloca – se, como primordial a prevalência de questões comuns sobre as individuais, sob pena de se caracterizar direitos individuais heterogêneos, mesmo diante de uma origem comum. Com isso, reportando uma análise para a seara das condições da ação coletiva, estaríamos conclusivamente, que não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não seria admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido.

Em se tratando do segundo requisito, temos o estabelecimento de outra condição da ação, em especial com o interesse de agir pela via coletiva, em torno da utilidade e adequação. Aliás, a tutela coletiva em prol de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto parece, em razão da dificuldade de se produzir a prova do nexo causal entre o dano geral reconhecido na sentença e o dano pessoal, a ação coletiva não deve ser considerada útil nem adequada.

Como bem ponderado, trazemos mais vez, pela ilustre processualista Ada Pellegrini Grinover, em seu artigo pioneiro, o conteúdo abordado, senão vejamos:

O problema situa – se especificamente no campo dos danos provocados por vícios do produto e está restrito à ação reparatória pelos prejuízos individualmente sofridos (a chamada ‘ação de classe brasileira’): ou seja, exatamente a ação prevista no art.91 e ss. do CDC, a qual corresponde à *class action for damages* do sistema norte – americano. Mesmo com relação a estas ações de classe, a prova do nexo causal pode ser simples: na queda de um avião, num acidente provocado pelo desmoronamento de um edifício, na explosão de

¹⁶² Cf. GRINOVER. Ada Pellegrini. “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.” In *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Édis Milaré. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. p. 31.

uma fábrica, na lesão aos consumidores por diferença de peso no produto vendido, a utilidade da sentença coletiva será inquestionável. Mas em outros casos, tudo deverá ainda ser provado no processo de liquidação, tornando uma falácia a sentença condenatória genérica¹⁶³.

Com efeito, a despeito da brilhante argumentação ora esposada dos enunciados requisitos, pautada pela efetividade do processo, repousamos nossa concordância com a parcela minoritária da doutrina, em que não se deve ser transportada para o ordenamento jurídico brasileiro a dada tese.

Pois bem. Quando o Código de Defesa do Consumidor passou a admitir a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, não fez qualquer ressalva quanto ao grau de homogeneidade, mas sim que sejam direitos, tão somente, decorrentes de origem comum. Por conseqüências, não se afigura correto afirmar que direitos com origem comum e menor grau de homogeneidade são heterogêneos e que, nesse caso, há impossibilidade jurídica do pedido¹⁶⁴.

Devemos insistir, que a homogeneidade decorre da circunstância de serem os direitos individuais provenientes de um origem comum, possibilitando na prática, a defesa coletiva de direitos individuais, porque as peculiaridades inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais no que diz respeito às questões de direito, são semelhantes e, em tese, a decisão deveria ser a mesma em todos e em cada um dos casos¹⁶⁵.

¹⁶³ Cf. GRINOVER. Ada Pellegrini. “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.”... Ibid. p.35.

¹⁶⁴ Cf. DONIZETE, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* Ibid. p. 54.

¹⁶⁵ Cf. GIDI. Antonio. *Coisa julgada e litispendência...* Ibid. p. 30 e 31.

Outrora, temos a olvidar e se torna necessário solucionarmos, o que dá qualificação a esses direitos individuais homogêneos, em face de sua dimensão social, é o chamado impacto de massa, por ser grande o número de interessado e das graves repercussões na comunidade que possam ser provocadas pela potencialidade lesiva de um produto, núcleo das pretensões de todos¹⁶⁶.

Dado fundamento identificador, que irradiará a caracterização de outro elemento contributivo aos pretensos direitos individuais homogêneos, ou seja, são interesses pertinentes a pessoas determinadas, mas que o ordenamento permite sua atuação de maneira global, por resultarem de origem comum.

Por tudo isso, cabe mencionar que não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notadamente mais ampla, ou seja, ao contrário do que se afirma com foros de obviedade não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas, de direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e eficaz. Dada visão mostra – se excessivamente restritiva e afastaria os direitos individuais homogêneos dos princípios gerais da tutela coletiva, aplicáveis ao rol expressamente criado pelo diploma consumerista, e referendados oportunamente pelas propostas do Código de Processo Coletivo, relegando – os a personagem de segunda categoria na projeção coletiva.

¹⁶⁶ Superior Tribunal de Justiça - REsp 140097/SP. Presidente e Relator Cesar Asfor Rocha. 4ª Turma. Data de Julgamento: 04.05.2000, publicado no DJe 11.09.2000, p. 252; RDR vol. 18, p. 342; RSTJ vol. 136, p. 333; RT vol. 785, p. 184. Acessado em 23.02.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700485684&dt_publicacao=11-09-2000&cod_tipo_documento=PDF

Por todo fundamento exposto, é através dos direitos individuais homogêneos, que houve a instituição e a possibilidade de uma tutela de direitos de origem comum, em que por meio de uma única ação deferida a um ente capaz, se tornou fundamental para que o ordenamento jurídico – por exemplo, de proteção ao consumidor – não se transformasse em letra morta. Uma única ação para a tutela de direitos, pertencentes a inúmeras pessoas, além de eliminar os custos de inúmeras ações individuais, torna mais racional e célere o trabalho dos juízes, e neutraliza as vantagens do litigante, que, não fosse à ação única, se transformaria em habitual, e assim, teria vantagens sobre o litigante eventual¹⁶⁷.

5. Direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos: suas linhas distintas, similitudes e a convivência harmônica

Para finalizarmos nosso estudo é necessário realizarmos uma breve análise distintiva em torno dos pretensos direitos coletivos *lato sensu*, não apenas para serem evidenciados mais fundamentos ou, ainda, buscar mais indagações na definição legal dos mencionados direitos, mas, sim, tornar efetivo suas características e a possibilidade de uma completa convivência harmônica entre todas as espécies de direitos coletivos.

Como já apresentado em nosso trabalho, podemos demonstrar que a principal característica distintiva dos direitos difusos está sediada na indeterminação ou na difícil determinação de pessoas, cuja impossibilidade de fruição individual, está eivada com menor abrangência nos direitos coletivos *stricto sensu*, em virtude da existência do dado organizativo do grupo interessado, lastreado de um caráter corporativo, aliás, não ocasional.

¹⁶⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos* / Luiz Guilherme Marinoni. – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.101.

Os interesses coletivos são alicerçados pela existência de um grupo de pessoas com interesses comuns comunitariamente perseguíveis, ao passo que o interesse difuso não se caracterizaria por qualquer movimento associativo, ora, nos direitos coletivos a uma relação jurídica de direito material comum, permeada essa devida relação pela solidez, alcançadas por todos os envolvidos na categoria envolvida.

Em se tratando dos direitos difusos, são interesses que não se moldam em uma relação – base definida, ou seja, é um vínculo entre pessoas com fatores frequentemente acidentais e mutáveis. Embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil – por se referirem a situações em diversos aspectos análogas –, tem – se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, em enquanto os últimos relacionam – se a uma parcela também indeterminada, mas determinável de pessoas. Fundamentalmente, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico dos interesses coletivos e ausente nos interesses difusos¹⁶⁸.

Notadamente, em sede de doutrina ilustre, refutemos a distinção realizada por Celso Seixas Ribeiro Bastos, a saber:

Não se pode deixar de reconhecer, ao examinar os interesses coletivos, que, embora eles não se confundam com os interesses difusos, objeto deste trabalho, sua identificação constitui – se num passo enorme na conceituação destes últimos. É que os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não como simples pessoa física tomada à parte, mas sim como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos. Interesses coletivos seriam, pois, os interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o

¹⁶⁸ Cf. MILARÉ, Édis. A ação civil pública na nova ordem constitucional / Édis Milaré. – São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 27 e 28.

indivíduo e o Estado. [...] Nos interesses coletivos, há um vínculo jurídico básico, um geral *affectio societatis*, que une todos os indivíduos, como as relações de parentesco no grupo familiar, o título de acionista na sociedade anônima, a qualidade de integrante de determinada categoria profissional, além do título jurídico de sócio, no associado de um sindicato, o título de bacharel em direito e a qualidade de membro da corporação profissional, no caso de um advogado inscrito na OAB etc. Ao contrário, no caso dos denominados direitos difusos, não se nota qualquer vínculo jurídico congregador dos titulares de tais interesses que praticamente se baseiam numa identidade de situações de fato. [...] Com efeito, parece residir aqui a nota tipificadora dos interesses difuso. Caracterizam – se eles, na verdade, pela natureza extensiva, disseminada ou difusa das lesões a que estão sujeitos. Os efeitos danosos das lesões aos interesses difusos apresentam – se amplos e não circunscritos, num fenômeno de propagação altamente centrífuga¹⁶⁹.

Os direitos difusos como os direitos coletivos *stricto sensu* são marcados por um bem indivisível, em que a lesão a um implica a lesão ao todo, e o benefício concedido a todos aproveita. Distinção evidente é que os interesses difusos são originados em circunstâncias de fato, ao passo que os interesses *stricto sensu* nascem de uma relação jurídica base, em que figuram nos primeiros direitos, com titulares indeterminados e indetermináveis, e o segundo por titulares indeterminados, porém determináveis. Já no tocante aos direitos individuais homogêneos, temos uma tutela que irá se originar através de um fato ou circunstância concreta, não havendo uma relação jurídica base definida de maneira a entrelaçar os interessados, que são inicialmente indeterminados, porém, ulteriormente determináveis¹⁷⁰. Como já anteriormente divulgado, o pedido feito em juízo em defesa de direitos individuais homogêneos deve ser para a tutela indivisivelmente considerada do bem. A divisibilidade, notadamente, apenas se irradiará nas fases de liquidação e execução da sentença coletiva¹⁷¹.

Ponderemos, que um ponto de diferença entre os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos, reside no âmbito da divisibilidade daqueles, com suas marcantes

¹⁶⁹ Cf. BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro... Ibid. p. 37 – 44.

¹⁷⁰ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo...* Ibid. p. 110 e 111.

¹⁷¹ Cf. GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência* / Antonio Gidi. – São Paulo: Saraiva, 1995. p. 31.

observações acima descritas, e na indivisibilidade na seara difusa, e, ainda, na possibilidade de identificação dos interessados naquela modalidade individual homogênea e na impossibilidade da última¹⁷².

Todavia, devemos salientar, que é notável o engano em que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo por exemplo que o meio ambiente é direito difuso e consumidor é coletivo etc. Verdadeiramente, muitas vezes, uma determinada situação será moldada, não somente por uma espécie de tutela coletiva, e, sim, será evidenciada todas às espécies coletivas.

O que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro e/ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual¹⁷³.

¹⁷² Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa...* Ibid. p. 28.

¹⁷³ Cf. JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal* / Nelson Nery Junior. – 4ª ed. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 114.

5. O DIREITO DE AÇÃO E ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO

1. Nota introdutória: exposição do conteúdo apresentado

Para compreendermos às próximas etapas do presente trabalho, foram já vivenciadas etapas de ampla relevância do fenômeno da tendenciosa coletivização do processo, bem como enfrentados instigantes e polêmicos institutos processuais, restando – nos oportunamente tecermos a análise primordial e minuciosa do instituto da legitimidade para agir. Para enfrentarmos com exatidão o tema da legitimidade para agir, é imperial atentarmos previamente, a um exame de institutos e conceitos, que indeclinavelmente, reclamam a devida providência.

2. A influência dos valores do Estado Liberal de Direito sobre os conceitos clássicos de jurisdição

2.1. A teoria de *Chiovenda*: a atuação da vontade concreta da lei

Para inaugurarmos com proficiência a teoria do ilustre jurista italiano *Giuseppe Chiovenda*, é imperial elucidarmos preliminarmente os contornos da sua trajetória de vida, que ora se iniciaram com seu nascimento na cidade de *Premosello*, na região de *Piomonte*, no país da Itália, em 02 de fevereiro de 1872. Como já esperado de sua maestria formação, ingressou muito jovem na vida universitária, cursando direito entre 1899 a 1893 na Universidade de Roma, cuja atuação foi motivada para uma especialização na ciência processual, donde conheceu de forma intensa a ciência processual alemã, devidos influentes conceitos que lhe serviram de ponto de partida nos estudos processuais. Tornou-

se livre docente na mesma universidade em 1900. Assim, iniciava – se uma vida intensa de livre docência, com sua nomeação como professor extraordinário na Universidade de Parma, no país da Itália, considerada uma das universidades mais antigas do mundo, com fundação no século XI. No ano de 1906, ocupou a Cátedra de Roma. Posteriormente, em 1924 fundou a *Rivista de Diritto Processuali Civile*, cujo diretor foi o nobre jurista *Francesco Carnelutti*, e como redator chefe *Piero Calamandrei*. No princípio do século XX, o ilustre jurista italiano impulsionou o direito processual, com o objetivo de se tornar na categoria de uma ciência independente, dada atuação que o elegeu e o reconheceu como fundador da ciência processual italiana moderna, dada honraria que lhe renderam a serem adeptos de sua escola, *Francesco Carnelutti*, *Piero Calamandrei*, *Enrico Redenti*, *Enrico Tullio Liebman*, *Carnacini*, *Salvatore Satta*, *Enrico Allorio*, *Michelli*, *Mauro Cappelletti*, *Furno* e tantos outros que contribuíram com o inegável movimento científico do sistema processual de *Giuseppe Chiovenda*¹⁷⁴.

Dessa forma, delongadas às premissas da trajetória de sua vida, passemos a abordar seguramente o objetivo desse nosso estudo: a teoria de *Chiovenda* sob o prisma de uma jurisdição que atua na vontade concreta da lei.

A doutrina chiovendiana define a jurisdição como uma substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não alicerçada somente pelas partes, mas pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes. Asseveramos: o estudo do processo, na concepção do jurista é enaltecido o que se define pela atuação da vontade concreta da lei, que constitui um instrumento de

¹⁷⁴ Cf. MAGALHÃES, Joseli Lima. *Jurisdição e Processo em Giuseppe Chiovenda*. Trabalho publicado no XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós – Graduação em Direito – CONPEDI. Fortaleza: CONPEDI, 2010. Acessado em 20.03.2012. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3501.pdf>

justiça à disposição das partes, mas que pertence ao poder estatal, o qual, já fora formada quando da elaboração da lei, em âmbito legislativo. Somente o que ocasionaria uma certificação desta vontade. O sujeito ativo provoca o órgão competente e expõe sua demanda, de acordo com o que entende ser uma lesão ou que será lesionado, apresentando não obediência à lei, e o magistrado ao apreciar e decidir a aplicabilidade da norma determina como fundamento na pretensa situação, entretanto, caso o magistrado não acolhe a pretensão do autor, se ocasiona o que *Chiovenda* denomina de atuação da vontade concreta negativa da lei. Pois bem. Não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei¹⁷⁵. Eis aqui a passagem expressiva da doutrina de *Chiovenda*, em que o verdadeiro poder estatal estava na lei, e de que a jurisdição somente se efetivava a partir da revelação do legislador.

Neste diapasão, trazemos à baila os valorosos fundamentos e toda à compreensão da escola chiovendiana, promovidos pelos ilustres estudos de Luiz Guilherme Marinoni, senão vejamos:

É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei 'ao caso concreto'. Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram. [...] Lembre – se que, para Kelsen – certamente o grande projetor dessa última teoria –, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença). Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirava no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde – se que, na doutrina do Estado Liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o legislador criava as normas gerais e o Judiciário as aplicava. Enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar. De modo que não se pode confundir aplicação da norma geral ao caso concreto com criação da norma individual do caso concreto. Quando se sustenta, na linha da lição de Kelsen, que o juiz cria a norma individual, admite – se que o direito é o conjunto de normas gerais e das

¹⁷⁵ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição. As relações processuais* / Giuseppe Chiovenda. – Tradução de José Guimarães Menegale – Vol. 02 – 2ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 1965. p. 55.

normas individuais, e por consequência, que o direito também é criado pelo juiz¹⁷⁶.

Contudo, não podemos nos esquecer, que a doutrina de *Chiovenda* permeou a desvinculação do processo com o direito material, e, ainda, uma boa influência dos princípios básicos da devida escola na processualística italiana e brasileira. Como está evidenciando, a escola chiovendiana apesar de ter contribuído para o desenvolvimento da natureza publicista do processo, manteve – se fiel ao positivismo clássico¹⁷⁷.

2.2. As lições doutrinárias de *Carnelutti*: a justa composição da lide

Da mesma forma que exposto na teoria de *Chiovenda*, iremos apresentar preliminarmente um breve apontamento da trajetória de vida de *Francesco Carnelutti*, que ora se iniciou com seu nascimento na comuna italiana de *Udine* em 1879. Sua vida de docência acadêmica se tornou destacável na Universidade *Bocconi* de Milão, no país da Itália entre 1909 a 1912, na Universidade da *Catânia*, localizada na região de *Sicília*, na província de *Catânia* entre 1912 a 1915, na Universidade de *Pádua*, considerada como uma das mais importantes da Itália, entre 1915 a 1935, na Estatal de Milão, na Cidade de Milão, localizada no norte da Itália, cuja atuação docente foi entre 1936 a 1946 e por fim na Universidade de Roma *La Sapienza*, entre 1947 a 1949. Como já compartilhado em nossos estudos, em 1924 foi diretor da *Rivista de Diritto Processuali Civile*, cujo redator chefe foi *Piero Calamandrei*. Salientemos, que foi o principal inspirador do Código de Processo Civil italiano em meados de 1940, por seu rico saber jurídico, não apenas na processualística civil, mas, também um grande mestre na área penal.

¹⁷⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo* / Luiz Guilherme Marinoni. – Vol. 01 – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 36.

¹⁷⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p.37.

Resta, portanto, evidenciarmos como foco de nossa abordagem as lições doutrinárias de *Carnelutti* que, ora, deve ser iniciado por uma breve passagem da teoria de *Chiovenda*, que passemos a analisar.

Como ostentando em nossos argumentos, o jurista *Chiovenda*, enalteceu seus estudos em torno do estudo da ação, demonstrando uma autonomia em relação com o direito material, dado trabalho que tem a nítida finalidade de evidenciar uma superação da concepção privatista de processo. Isto é, se a ação não se confunde com o direito material, constituindo um poder de acionar o juiz, passe ser essa atividade voltada para a atuação da lei, e não à realização do direito material.

Em contrapartida, *Carnelutti* projetou sua idéia em torno da lide, precisamente pela expressão de uma litigiosidade, conflituosidade ou contenciosidade, cujas palavras, muito bem revelam à característica fundamental do sistema carneluttiano. Ou simplesmente: não existe jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz¹⁷⁸.

Neste seara, ensejemos através dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, um breve esboço comparativo da escola chiovendiana e do sistema de *Carnelutti*, a saber:

É evidente que o ângulo visual de *Carnelutti* revela uma compreensão privatista da relação entre a lei, os conflitos e o juiz. Enquanto *Chiovenda* procurava a essência da jurisdição dentro do quadro das funções do Estado, *Carnelutti* via na especial razão pela qual as partes precisavam do juiz – no conflito de interesses – a característica que deveria conferir corpo à jurisdição. *Carnelutti* estava preocupado com a finalidade das partes; *Chiovenda*, com a atividade do juiz. Por isso, é possível dizer que *Carnelutti* enxergava o processo a partir de um interesse privado e *Chiovenda* em uma perspectiva publicista. De qualquer

¹⁷⁸ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile* / Francesco Carnelutti. – Vol. 01. – Padova: Editora Cedam, 1931. p. 130.

maneira, a fórmula da ‘composição da lide’ também pode ser analisada a partir da idéia, que está presente no sistema de *Carnelutti*, de que a lei é, por si só, insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz. A sentença, nessa linha, integra o ordenamento jurídico, tendo a missão de fazer concreta a norma abstrata, isto é, a lei. A sentença, ao tornar a lei particular para as partes, comporia a lide. As concepções de ‘justa composição da lide’, de *Carnelutti*, e de ‘atuação da vontade concreta de direito’ elaborada, por *Chiovenda*, são ligadas a uma tomada de posição em face da teoria do ordenamento jurídico. Para *Chiovenda*, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. *Carnelutti*, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes. Para *Carnelutti*, a sentença cria uma regra ou uma norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto, na teoria de *Chiovenda*, a sentença é externa (está fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adequada da teoria unitária e a segunda, da teoria dualista do ordenamento jurídico, sendo que essas teorias também são chamadas de constitutiva (unitária) e declaratória (dualista)¹⁷⁹.

Para a teoria especialmente consagrada de Kelsen, o juiz produz uma norma jurídica concreta, em que o mesmo ao proferir uma sentença, cria uma norma individual que não tenha como base uma norma jurídica já existente. Todo ato jurídico constitui a aplicação e criação do direito, com exceção da Lei Maior e da execução da sentença, pois a primeira seria pura criação e a segunda pura aplicação do direito. Deste modo, o legislador aplica a Constituição e cria norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual. Com isso, a norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes¹⁸⁰. Em outras palavras: as concepções de que o juiz atua a vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto beberam na mesma fonte, pois ao afirmar que a sentença produz a norma individual, quer dizer apenas que o juiz, depois de raciocinar, concretiza a norma já existente, a qual, dessa forma, também é declarada¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p. 38 e 39.

¹⁸⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do estado* / Hans Kelsen. – Coimbra: Armênio Amado, 1945. p. 109.

¹⁸¹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do estado...* Ibid. p. 388.

Deixemos claro, que os processualistas clássicos sustentam que a decisão do julgador fixa a lei do caso, o que não quer dizer que a sentença está escusa de obediência à lei, mas, que ao final de tudo, após o encerramento do processo, far – se – à lei entre às partes. Salientava, o nobre processualista *Piero Calamandrei*, que a lei abstrata se individualiza por obra do juiz. Assim, como a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponde à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida (*dura lex sed lex*), assim também a sentença, uma vez transitada em julgado, vale não porque seja justa, senão porque tem, para o caso concreto, a mesma força da lei (*lex specialis*). Já não é possível se examinar a sentença corresponde ou não à lei: a sentença é a lei, e a lei é aquela que apresenta como tal. Entretanto, não se quer dizer que a passagem à coisa julgada crie o direito: a sentença (ou a coisa julgada material ou declaração de certeza), no sistema da legalidade, tem sempre caráter declarativo, não criativo do direito¹⁸².

Frisemos, que o ilustre jurista *Calamandrei* sustenta que a lei se individualiza através da sentença, mas ainda assim, não nega que a tarefa jurisdicional tenha função declaratória.

Asseveramos, portanto, que as concepções de *Carnelutti* e *Calamandrei*, não se desvincelaram da idéia de que a atuação do juiz está intimamente subordinada à do legislador. Verdadeiramente, a distinção entre a formulação de *Chiovenda* e as de *Carnelutti* e *Calamandrei* está em que, para a primeira, a jurisdição declara a lei, mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico, enquanto, para as demais, a

¹⁸² Cf. CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil* / Piero Calamandrei. – Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 158.

jurisdição, apesar de não deixar de declarar a lei, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico¹⁸³.

3. A ação: direito subjetivo à prestação jurisdicional¹⁸⁴

O monopólio do poder de atuação da justiça está intimamente concentrado ao Estado, que assumiu o exercício pleno da jurisdição, cuja atuação tradicionalmente, e, assim, sempre fomos ensinados, a uma faculdade de propiciar à obtenção de uma proteção jurídica dos direitos subjetivos quando o cidadão regularmente ostenta o acionamento ao órgão judiciário, aliás, é necessário revisarmos essa mentalidade processual já enraizada, para modernamente atendermos um novo dinamismo da teoria geral do processo.

O conceito de ação atualmente está atrelado não mais simplesmente a uma definição puramente e restritivamente teórica, é muito mais que isso, a ação é ostentada como um direito de exigir um provimento jurisdicional justo e célere. Não mais afeita ao enfoque reduzido de um direito incondicional, genérico e abstrato que todos têm de acesso aos órgãos jurisdicional, apenas afeito ao poder de demandar. Nestas linhas, a ação aproxima – se do acesso efetivo à justiça ou acesso à ordem jurídica, procurando coadunar postulados e valores relevantes e aparentemente incompatíveis: a celeridade e a segurança jurídica. O acesso à ordem jurídica justa é a abertura de caminhos com vista à obtenção de soluções justas para os conflitos por meio da correta interpretação e aplicação das normas de direito material. A ação apenas se efetivará desde que evidenciado por um processo

¹⁸³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p. 41.

¹⁸⁴ Buscamos neste tópico, enfatizar fundamentos diversos que costumeiramente à doutrina apresenta em sede da conceituação da ação. Evidenciamos um tratamento moderno, utilizando não restritivamente o que compreende ser a ação, vinculado a um entendimento básico, mas, sim, toda essa amplitude que se tem conseguido alcançar com uma nova roupagem na estruturação fundamental do processo civil.

célere, sem dilações indevidas e com a fiel observância do direito material interpretado em consonância com os atuais padrões éticos e sociais de toda a nação. Aliás, sobretudo, interpretado sob o prisma estrutural constitucional. Difícil não é garantir, nos órgãos jurisdicionais estatais, a porta de entrada, mas a porta de saída, com uma solução justa e célere. Neste bojo, que podemos encontrar as ondas renovatórias do processo civil moderno: o movimento de acesso à justiça, a tutela jurisdicional coletiva e a efetividade do processo¹⁸⁵. Tudo isso é precisamente os fundamentos que perseguem o atual conceito de ação.

Nas eloquentes palavras do talentoso jurista *Enrico Tullio Liebman*, refutemos os contornos do direito de ação, “*in verbis*”:

O direito de ação adquire, com isso, uma fisionomia suficientemente precisa: é um direito subjetivo diferente daqueles regidos pelo direito substancial [...] É, antes disso, um direito de iniciativa e impulso, direito do particular de pôr em movimento o exercício de uma função pública, da qual espera obter uma tutela de suas pretensões, dispondo, para tanto, dos meios previstos pela lei para defendê-las (embora sabendo que o resultado poderá ser – lhe desfavorável); é, pois, um direito fundamental do particular, que qualifica sua posição no ordenamento jurídico e perante o Estado, conferindo e regulado pela lei processual, mas reforçado por uma garantia constitucional em que encontramos esculpidos seus traços essenciais¹⁸⁶.

Pois bem. Podemos compreender o direito de ação como direito público, subjetivo e de natureza intimamente constitucional, frisemos, que o dispositivo magno¹⁸⁷ que traz a menção ao direito de pedir o exercício da jurisdição, garante bem mais do que isso: sentença justa, tutela jurisdicional efetiva e adequada. Por todo o fundamento selecionado, é imperioso salientarmos, que o direito de ação, é indubitoso ao trazer em seus contornos muito mais que singelamente um conceito básico de provocar o Poder Judiciário.

¹⁸⁵ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil. *Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo – AASP*, Homenagem ao Professor Celso Neves – n. 88, São Paulo: AASP, 2006. p. 149 e 150.

¹⁸⁶ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil* / Enrico Tullio Liebman. – Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. – Vol. 01 – 3ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 201 e 202.

¹⁸⁷ Artigo 5º, (...) inciso XXXV da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

A ação é o direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fática – jurídica nela produzida, à aplicabilidade da lei (material). Essa conceituação tanto os casos referentes a direitos subjetivos, quanto, também, as hipóteses de cogitação mais recente, referentes a interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁸⁸. Essa é a nova postura do direito de ação, afeita além, do âmbito individual, moldada também a tutela metaindividual.

3.1. As teorias da ação¹⁸⁹

3.1.1. A fase de envolvimento confuso entre a ação com o direito material

No que tange ao tema do instituto da ação, é inegável que sempre houve discussões, em razão de inúmeras polêmicas e teorias que ao longo da história e dos diversos ordenamentos jurídicos, tentaram de alguma maneira, explica – lá.

Deixemos de modo claro, que quando não havia essa dada distinção entre direito material e direito processual, a ação era voltada por uma massa acinzentada do direito material, cuja perduração se vislumbrava até meados do século XIX. Dada época que perdurava que a ação era como uma face do direito material ou como o direito material violado em estado de reação, e outros ainda, explicavam como um direito novo, cujo reflexo advinha da lesão provocada pelo direito material. Esse chamado direito novo, era

¹⁸⁸ Cf. ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil / Arruda Alvim. – Vol. 01 - 11ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 415.

¹⁸⁹ As teorias da ação foram inspiradas e elaboradas, conforme doutrina de autoria de Luiz Guilherme Marinoni. Temos em sede doutrinária outras classificações em sede de teorias, mas, preferimos em virtude da nobre exposição, elaborarmos nosso trabalho, através do estudo realizado pelo mesmo autor. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p. 159.

concebido como um direito que, nascendo da violação do direito material, deveria, assim, ser exercido contra o violador, constituindo um direito autônomo em relação ao direito material. Melhor dizendo: a doutrina não viu qualquer distinção entre a ação e o direito material ao menos permitiu o esclarecimento de que a ação privada não mais existia, e então, simplesmente, nada mais era, do que o direito de perseguir o direito por intermédio do magistrado¹⁹⁰.

3.1.2. A polêmica entre *Windscheid* e *Muther*¹⁹¹

Em 1856, o ilustre jurista alemão *Bernhard Windscheid* publicou na Alemanha, um honroso trabalho¹⁹², que ostentou ser uma obra de grande importância no estudo do conceito de ação. Asseveramos, que em Roma, afirmava o pretense jurista, que a *actio* não era um meio de defesa de um direito, senão que o próprio direito. No mesmo argumento, o cidadão romano não era titular de um direito contra alguém, mas sim de uma *actio*, isto é, do poder de agir contra outrem; poder esse que não lhe advinha de um direito, mas da concessão do Pretor¹⁹³. Na Alemanha, não se importava apenas a *actio* romana, mas também a *Klage* ou *Klagerecht*, que pode ser compreendida como o direito de queixa ou direito de ação. A *actio* era voltada contra o obrigado e a *Klage* se dirigia contra o Estado.

Em 1857, *Theodor Muther* publicou o seu livro intitulado de *Zur Lehre von römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestations und der*

¹⁹⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p. 160.

¹⁹¹ O jurista *Theodor Muther* tinha 30 anos de idade e recém havia sido nomeado professor extraordinário da Universidade de *Königsberg*, onde colara grau em 1853. Já *Bernhard Windscheid*, bem menos jovem, já era consagrado na Alemanha, o que não inibiu *Theodor Muther* de realizar severas críticas ao nobre jurista. Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. e GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. - 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 98.

¹⁹² Obra intitulada de “A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno”.

¹⁹³ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. e GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil...* Ibid. p. 97.

*Singularsuccession in Obligationen Eine Kritik des windscheid'schen Buches*¹⁹⁴, dada obra que indubitavelmente, fomentou severas críticas e até mesmo de forma deselegante, ao trabalho elaborado por *Bernhard Windscheid*. As impetuosas críticas foram declinadas ao âmbito pessoal, com profunda irritação de *Theodor Muther*, embora, algumas vezes pudesse ser verificada uma superficial admiração pelos méritos de *Bernhard Windscheid*, que, ainda, assim, seguiu – se os protestos de indignação, que, aliás, somava – se com o desprezo com que o jurista *Bernhard Windscheid*, deu tratamento aos vultos de grandeza de *Savigny* e *Mühlenbruch*.

Mesmo diante de toda essa tormentosa crítica, *Bernhard Windscheid* evidenciou um elegante apoio à tese sustentava por *Theodor Muther*, a admitir a existência de direitos de naturezas diversas: um dirigido contra o Estado, outro contra o particular. Naquele mesmo ano ofereceu *Bernhard Windscheid* a sua réplica – *Die actio. Abwehn gegen Dr. Th. Muther, Düsseldorf, 1857 – A actio. Réplica ao Dr. Th. Muther*.

Com isso, vislumbremos alguns argumentos, em torno da pretensa polêmica, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a seguir:

Windscheid, após argumentar que o direito romano não dizia que a alguém tinha um direito, mas sim que alguém possuía uma *actio* – ou seja, que a *actio* romana não era um meio de defesa de um direito, mas sim o próprio direito –, afirma que a *actio* nada mais era do que o direito é no direito moderno. Não era um novo direito que surgia em razão da violação, e estava muito longe de constituir um direito de agir ou um direito de se queixar dirigido contra o Estado (*o Klagerecht*). A *actio*, no seu entender, era a faculdade de realizar a própria vontade através de uma ‘perseguição em juízo’. Por outro lado, o *Klagerecht* seria um conceito criado pelos juristas sem qualquer consistência no direito romano e no direito moderno. [...] Diversamente de *Bernhard Windscheid*, que partiu da idéia de que a ordenação romana não era – como é a moderna – uma ordenação de direitos, mas sim uma ordenação de pretensões que podem ser ‘perseguidas judicialmente’, *Muther* argumentou que a ordenação romana era de

¹⁹⁴ Cujas obra tem – se a seguinte tradução: Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações – Crítica ao livro de *Windscheid*.

direitos, dizendo que aquele que pedia a fórmula ao pretor podia também devia ter um direito subjetivo, o qual, no seu raciocínio, seria o próprio fundamento do direito fórmula. [...] Muther sustentou a idéia de um direito de agir contra o Estado – na pessoa dos seus órgãos jurisdicionais –, e também que a própria actio seria um direito do autor para que o pretor lhe outorgasse a ‘fórmula’ – que constituía, na sua época, a tutela jurídica¹⁹⁵.

Nesta esteira, para *Theodor Muther* o direito de agir, embora não se confundido com o direito material, tem ele como pressuposto. Desta maneira, a sua construção, ainda, que isolando o direito de agir do direito material, tem como alicerce de direito privado. Parece – nos, que de toda essa polêmica, gerou frutos que demonstram que a separação entre os planos do direito material do direito processual, deixou para trás aquela antiga concepção que unia o direito material da ação.

3.1.3. O direito de agir de forma abstrata

Após a discussão e efetivada a autonomia do direito de agir em relação ao direito material, passa a ser enfrentada pelos estudiosos juristas a posição do autor, quando exercendo em juízo suas pretensões, chega – se a uma decisão que nega a existência de seu direito material.

Aliás, neste prisma, consagremos os nobres estudos do húngaro *Alexander Plósz* e o alemão *Heinrich Degenkolb*, em que para esses juristas o direito de agir não excluía a possibilidade de uma sentença desfavorável, ou seja, o pretense direito de agir é autônomo, independente do reconhecimento do direito material. O jurista alemão *Heinrich Degenkolb* fundamenta que é necessário a construção de uma base teórica para a ação favorável e para a ação desfavorável, outrossim, também relata, que em face de qualquer conflito, uma das

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p.162 e 163.

partes litigantes tem o poder de levar o outro para diante do juiz, determinando ao réu a obrigação de participar do processo. O que obriga o réu a se envolver no processo é o direito de agir, não tendo qualquer relação com o direito material. Em se tratando do húngaro *Alexander Plósz*, de forma assemelhada, argumenta que o direito abstrato de ação, ou de *Klagerecht*, exige – se somente a boa – fé do sujeito ativo, embora tenha fundamentado a existência de um direito de ação de ordem processual de âmbito público e outro direito de ação de seara material, identificando com a devida pretensão de direito material¹⁹⁶.

3.1.4. A teoria de *Mortara*: a ação como direito abstrato

O jurista italiano *Lodovico Mortara*, sustenta uma tese semelhante aos argumentos selecionados do húngaro *Alexander Plósz* e o alemão *Heinrich Degenkolb*, cujo fundamento distinto está alicerçado em que a ação está fundada na mera afirmação de existência do direito e, portanto, se torna se torna preciso dizer que a dada ação apenas existe quando exercida de forma consciente ou de boa – fé.

Ainda, argumenta *Lodovico Mortara*, que o direito necessita para ser evidenciado da vontade do sujeito que poderia ter interesse em negá – lo. Havendo essa devida negação pelo sujeito, surge a necessidade da ação e da relação jurídica processual, quando aparecem duas pretensões, inspirando, assim, uma transformação do direito. Aliás, nenhuma dessas pretensões é direito, pois esse apenas se apresentará àquele que obtiver a sentença favorável. Dessa forma, *Lodovico Mortara*, anuncia que o direito de agir, além, de nada ter relação com o reconhecimento do direito material, exaure a idéia de boa – fé do

¹⁹⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p. 165.

autor, fundando – se em uma afirmação de direito que decorre do contraste de duas posições ou da negação da vontade indispensável ao reconhecimento do direito subjetivo¹⁹⁷.

3.1.5. A teoria de *Wach*: a pretensão à tutela jurídica¹⁹⁸

Oportunamente, iremos estudar a teoria desenvolvida pelo jurista alemão *Adolf Wash*, dada tese que é alicerçada na teoria do direito concreto de ação, cujo fundamento não se admite a existência do direito de ação no caso de ser julgada improcedente a demanda, aliás, no mesmo prisma, também não conseguem explicar o fenômeno da improcedência da ação. Nesse caso, houve o exercício da ação sem que o autor tenha sido considerado titular de qualquer direito material. Afinal, não há como negarmos que aquele que movimentou a máquina judiciária e obteve uma decisão, mesmo que desfavorável, não tenha exercido um direito de ação¹⁹⁹.

Neste sentido, em 1985, publicou *Adolf Wash* publicou seu primeiro volume de seu *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, em que se demonstra a independência entre o direito de ação e o direito subjetivo material. Em 1879, já havia publicado em livro suas Conferências sobre a ordenança processual civil alemã – *Vorträge über die Reichs – Zivilprozessordnung, Bonn* – no qual, não abordou o tema de forma específica.

¹⁹⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p. 166.

¹⁹⁸ As raízes lançadas por *Adolf Wash* foram tão profundas, que perdura até nos dias de hoje, inúmeros discípulos. Seus ensinamentos foram propagados não só pela Alemanha, aliás, restaram poucos seus seguidores, mas, por toda Europa Continental e América Latina. Um de seus grandes discípulos foi *Giuseppe Chiovenda*, reconhecendo por inúmeras vezes a enorme influência de *Adolf Wash* sobre si, qualificando – o como o maior processualista da Alemanha. Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. e GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil...* Ibid. p. 103.

¹⁹⁹ Cf. DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil: processo de conhecimento convencional e eletrônico* / Marcos Destefenni. – Tomo I – 2ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 108.

Entretanto, foi no trabalho que denominou *Der Feststellungsanspruch*, elaborado em 1888, que melhor expôs e desenvolveu seu pensamento a respeito da ação.

Passemos à melhor abordagem do tema. O ilustre jurista alemão em sua doutrina sustenta o argumento que a pretensão à tutela jurídica é dirigida ao Estado, o qual deve outorgar amparo. A pretensão à tutela jurisdicional se volta contra o Estado – obrigado a concedê-la – e contra o adversário – que deveria suportá-la²⁰⁰. Salientemos, que *Adolf Wash*, desenvolveu a sua teoria voltada especialmente para a ação declaratória, que em contrapartida, de objetivar a realização de um direito subjetivo, tem a finalidade de declarar a existência ou a inexistência de uma relação jurídica. Verdadeiramente, a ação declaratória, seja para declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica, requer somente um interesse na declaração. Com isso, permitiu *Adolf Wash*, concluir que o direito material não é condição obrigatória para o direito à tutela jurídica e assim, afirmar que o réu tem direito à rejeição de uma demanda infundada e também a tutela jurídica²⁰¹.

Continuamos aos argumentos de *Adolf Wash*. A tutela jurídica é prestada pela sentença favorável, ou seja, ela é prestada ao autor na ação declaratória de existência e na ação declaratória de inexistência, quando a sentença reconhecer, concomitantemente, a existência e a inexistência da relação jurídica, ou seja, quando a decisão for de procedência, mas será prestada ao réu quando a sentença for de improcedência. Por tudo: o direito à tutela jurídica requer uma sentença favorável. A crítica a essa teoria não é de difícil percepção: fácil é evidenciar que por ela apenas seria admitido o exercício do direito de ação quando resultasse em uma sentença favorável, em decorrência das condições impostas, restando inexplicável o fenômeno da ação improcedente; nesta última hipótese,

²⁰⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* loc.cit.

²⁰¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p. 167.

que o direito teria exercido o autor para exigir a tutela jurisdicional? A resposta negativa, que se impõe segundo a concepção concretista, fez com que esta teoria não resistisse às críticas²⁰².

3.1.6. A teoria de *Chiovenda*: a ação como poder em face do adversário

Abordaremos de forma singela, a teoria de *Giuseppe Chiovenda*: a ação como poder em face do adversário, cujo argumento foi apresentado no início do século passado, na Universidade de Bolonha em 03 de fevereiro de 1903. Tornou – se, um dos pontos cardiais da dogmática processual civil, devida tese, que influenciou uma geração de processualistas italianos e brasileiros, dada expressão que ficou conhecida como *chiovendiana* ou pós – *chiovendiana*. Observemos, que depois de *Mortara*, da primeira tentativa genuinamente italiana de conceber a ação. Fez o nobre estudioso, grandes elogios à teoria de *Wash*, declarando que essa evidenciou, melhor do que as suas antecedentes, a autonomia do direito de agir em relação ao direito material. Entretanto, entendeu que *Wash* não conseguiu demonstrar que a ação se dirige contra o Estado.

Para *Giuseppe Chiovenda* , a ação se destina a provocar um efeito jurídico contra o adversário, derivado da sentença de procedência que faz atuar a lei. Somente é investido da ação aquele cuja demanda é acolhida. Deste modo, a ação é um poder em face do adversário que depende de uma sentença favorável, isto é, que necessita de uma sentença que declare a vontade da lei, uma vez que é dela que serão projetados efeitos jurídicos. A ação, ao levar à atuação da lei (na hipótese de sentença de procedência) e, por consequência, fazer produzir efeitos jurídicos sobre o réu, estabelece uma relação de poder

²⁰² Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. e GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil...* Ibid. p. 105.

entre o autor e o réu. A ação é um poder em face do adversário, mas do que um poder contra o adversário. Conclui, o nobre jurista: a ação é um direito potestativo, ou seja, um direito que não tem como conteúdo uma obrigação alheia; a ação é um poder que sujeita o adversário, portanto um poder em face do adversário²⁰³.

3.1.7. A teoria de *Couture*: a ação como direito de petição

Posteriormente, a ação é apresentada como uma forma típica do direito de petição. Essa é a teoria apresentada por *Eduardo Couture*. Configurado como garantia individual na maioria das Constituições escritas, e considerado pelos escritores clássicos de direito constitucional como uma expressão formal, é inseparável de toda organização em forma do Estado, e exerce – se indistintamente diante de todas e quaisquer autoridades.

O ilustre jurista argumenta que a ação é o direito do cidadão exigir, sobre aquilo que afirma ser seu direito, um pronunciamento Poder Judiciário. O direito de ação não tem qualquer dependência do reconhecimento do direito material e, assim, é um direito de agir abstrato. O direito de ação é assegurado pela Constituição – é uma espécie de direito de petição –, gerando ao cidadão um direito de acesso à jurisdição – que nada tem a ver com o reconhecimento do direito material – e ao Estado o dever de prestar a tutela jurisdicional²⁰⁴.

²⁰³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p. 168.

²⁰⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo...* Ibid. p. 170.

3.1.8. A teoria de *Liebman*: as condições da ação

Da mesma forma, que *Eduardo Couture* promove um destaque em âmbito constitucional, *Enrico Tullio Liebman*, declina seu argumento em seara constitucional. Para o ilustre jurista, o Poder Judiciário tem a tarefa de dar justiça a quem a pedir e por isso uma das regras fundamentais do nosso ordenamento constitucional assegura a todos a possibilidade de levar – lhe à pretensão a obtê – la, com isso fazendo que o juiz venha examinar o seu caso.

Esse dado direito de agir, garantido constitucionalmente, não se confunde com a ação, pois essa, embora se funde no direito constitucional de acesso aos tribunais (no direito de agir), em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular e identifica – se por três elementos bem precisos. Isso não quer dizer, que ação dependa do reconhecimento do direito material ou de uma sentença favorável. A ação constitui apenas direito ao julgamento do mérito e, portanto, é satisfeita com uma sentença favorável ou desfavorável ao autor. O que importa, para a configuração da ação, é a presença das suas condições, a princípio delineadas pelo jurista: legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido e posteriormente por ele reduzida somente à legitimidade para agir e ao interesse. Com isso, tracemos de forma robusta, no ordenamento jurídico brasileiro, às dadas condições da ação.

4. Condições da Ação ou Requisitos do Provimento Final²⁰⁵ no ordenamento jurídico brasileiro

Em um universo extraordinariamente extenso e expressivamente eivado de controvérsias, a atividade jurisdicional está disponível para conhecer, apreciar, e julgar todos os pedidos que são propostos ao Poder Judiciário, cuja atuação é reflexo do exercício do direito de ação. Entretanto, indubitavelmente, a uma infinita multiplicidade de casos que determinaram o nascimento de inúmeras lides, que conseqüentemente, ocasionarão e necessitarão a promoção de soluções específicas, ou seja, solucionar caso a caso, interesse por interesse. Para que possa ser estabelecida com profunda clareza a individualização de cada lide, é necessário delimitarmos os contornos objetivos e subjetivos de cada ação, estabelecendo uma nítida identificação das particularidades de cada situação proposta em juízo, distinguindo de outras ações que tenham sido propostas ou que possam vir a serem propostas futuramente²⁰⁶. Vale dizer: a trilogia fundamental do processo é formada pelos pressupostos processuais²⁰⁷, pelas condições da ação²⁰⁸ e pelo mérito da causa. A existência de uma ordem lógica entre os três institutos: depois de verificar os pressupostos processuais, é o momento de o juiz analisar as condições da ação, de tal forma que dadas

²⁰⁵ “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. Mesmo quando ausente alguma das ‘condições da ação’, o que levará à prolação de sentença meramente terminativa, a qual não contém 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 (...) é que prefiro a denominação requisitos do provimento final. Considerando, porém, que a denominação tradicional, ‘condições da ação’, continua a ser empregada por quase toda doutrina, utilizarei aqui, indistintamente, as duas designações, ‘condições da ação’ e requisitos do provimento final, como sinônimas. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* / Alexandre Freitas Câmara. –Vol. 01 – 19ª ed. rev. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 115.

²⁰⁶ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; EDUARDO Talamini e FLÁVIO Renato Correia de Almeida. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. – 10ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 148 e 149.

²⁰⁷ Não iremos nos atentarmos de forma alongada aos pressupostos processuais, em razão de nossa atenção estar focada ao estudo das condições das ações, por ser o conteúdo inaugural e compreensivo da legitimidade para agir nas ações coletivas.

²⁰⁸ O nosso diploma processual pátrio refere – se aos condicionamentos da ação em dois momentos: no artigo 3º, apontando o interesse processual e à legitimidade e quando cuida da extinção do processo sem resolução de mérito, quando curiosamente indica a possibilidade jurídica sem o completo do “pedido”, como assim, será realizado em nosso trabalho.

condições consubstanciam – se numa categoria muito mais próxima ao mérito²⁰⁹. Parece – nos, que esta ordem de apreciação dos elementos que compõem a relação processual, é a que melhor se tem mostrado eficiente ao analisar primeiramente os pressupostos, para posteriormente adentrar – se nas condições da ação. Superadas de forma positiva, as duas primeiras etapas, persegue – se a análise do mérito.

Nesta esteira, como já perfilhado oportunamente em nossos fundamentos, o posicionamento da ilustre doutrina do italiano *Enrico Tullio Liebman*, foi à pedra de toque para propagar o ponto de partida para a formação científica do sistema processual positivo, dada inspiração que fomentou o anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, propiciando para o exercício efetivo da ação a presença dos pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito, que são as condições das ações e os pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo.

Neste diapasão, devemos asseverar, que para ser alcançado o fim colimado da resposta jurisdicional é imperioso, inicialmente, à submissão aos requisitos de estabelecimento e desenvolvimento válidos da relação processual, denominados de pressupostos processuais. Não atendidos esses pressupostos, não há viabilidade de desenvolver – se regularmente o processo, que, assim, não funcionará como instrumento hábil à composição do litígio ou ao julgamento do mérito da causa. Os pressupostos processuais atuam, portanto, no plano da validade da relação processual²¹⁰.

²⁰⁹ Cf. DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil: processo de conhecimento convencional e eletrônico...* Ibid. p.108.

²¹⁰ Cf. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e do processo de conhecimento* / Humberto Theodoro Júnior. – Vol. 01 – 50ª ed. atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 59.

Outrossim, para que o processo seja eficaz para atender o fim almejado pela parte, não basta, somente à observância a simples validade jurídica da relação processual regularmente efetivada entre as partes e o juiz, isto é, a solução da controvérsia também está vinculada a alguns requisitos constitutivos, definidos de condições da ação, que serão analisadas concretamente e preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial. São elas: possibilidade jurídica²¹¹, interesse de agir e a legitimidade *ad causam*.

Por conseguinte, quando evidenciado a ausência das condições da ação, teremos a implicação prematura da extinção do processo sem resolução do mérito, sem que o Estado dê um resposta adequada ao pedido de tutela jurisdicional do autor, conforme exposição do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil²¹². As condições da ação operam no plano da eficácia da relação processual.

Neste sentido, invoquemos a sabedora linha de pensamento do nobre jurista Arruda Alvim, a senão vejamos:

[...] são categorias lógico – jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso Direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito. As condições da ação, em nosso ordenamento jurídico, são o interesse de agir, a legitimação para a causa e a possibilidade jurídica do pedido²¹³.

Derradeiramente, as condições da ação, no sistema positivo brasileiro, devem ser consideradas num plano prévio e distinto do mérito da causa, e são requisitos que devem

²¹¹ Seguiremos a mesma terminologia empregada pelo artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

²¹² Artigo 267. Extingue – se o processo, sem resolução de mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

²¹³ Cf. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil...* Ibid. p.416.

ser preenchidos para que se possa ser apreciado²¹⁴. Dadas condições que serão extensivamente uma a uma a seguir elucidadas.

4.1. Possibilidade jurídica²¹⁵

A possibilidade jurídica de forma basilar é a exigência de que deve existir de maneira abstrata dentro do ordenamento jurídico pátrio, daquilo que se pleiteia, ora, se trata da viabilidade jurídica de uma pretensão que deve estar deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. Em outras palavras: a norma de direito material ou o próprio sistema jurídico veda em tese a tutela jurisdicional pretendida, não havendo qualquer análise acerca das peculiaridades do caso concreto. No processo civil, a dada condição da ação, diz respeito à inexistência de vedação abstrata, no ordenamento jurídico positivado, àquele provimento pleiteado judicialmente²¹⁶. O que importa para que se reconheça a possibilidade jurídica do pedido não é o mérito, mas a possibilidade – em abstrato – daquilo que se pede, dentro do ordenamento jurídico. Ou ainda, o reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido não demanda a análise dos fatos narrados na petição inicial em concreto, mas, apenas e tão – somente, do quadro fático, tal como delineado pelo pólo ativo em abstrato²¹⁷. A possibilidade jurídica do pedido de ser perfeitamente moldável entre a pretensão formulada pelo autor e o ordenamento jurídico nacional²¹⁸.

²¹⁴ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil* / Eduardo Arruda Alvim. – 2ª ed. ref., atual. e ampl. da obra Curso de Direito Processual Civil. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 146.

²¹⁵ “Há, aliás, uma imprecisão e uma incerteza do legislador brasileiro acerca do tema, pois no art. 3º do CPC exige apenas o interesse e a legitimidade para justificar a propositura de ação. Já no art. 267, ao cuidar da extinção do processo sem resolução de mérito, fala em carência de ação, por ‘não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual’. A impressão que se tem é que o legislador não estava bem firme na busca de quais seriam os requisitos lógico – jurídicos que realmente deveriam condicionar o julgamento do mérito. Daí ter se valido de enumeração imprecisa, que mais deveria servir como exemplificação do que propriamente como uma enumeração taxativa de espécies distintas.” Cf. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e do processo de conhecimento...* Ibid. p. 62.

²¹⁶ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil...* Ibid. p. 153.

²¹⁷ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil...* Ibid. 153.

²¹⁸ Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 0063246-65.2009.8.26.0224/Guarulhos. Desembargador Relator Mendes Pereira. 7ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 14.03.2012, Data de

Neste sentido, trazemos à baila, às palavras do ilustre professor baiano, José Joaquim Calmon de Passos, em sua brilhante trajetória de contribuição científica em torno da matéria, a saber:

[...] há impossibilidade jurídica absoluta de deferir-se ao autor o bem da vida pretendido, porque é este próprio bem que, em abstrato, o ordenamento jurídico veta seja deferido a quem quer que seja, ou porque para deferimento não prevê ele solução que agasalhe sua acolhida²¹⁹.

Enfrentando com profundidade o assunto, coloca – se em evidência a seguinte indagação: se o mérito é o pedido e se proferida uma decisão em que afirma que o pedido é juridicamente impossível, não se estaria apreciando o mérito²²⁰? Estamos diante de uma profunda e salutada polêmica, cuja análise requer minuciosamente a apresentação de inúmeros fundamentos, que, aliás, iremos nos a ter.

Temos uma faceta da doutrina, que sustenta o ideal da impossibilidade jurídica do pedido à hipótese do magistrado contatar, desde logo, a inviabilidade formulada pela parte na exordial, diante do direito material positivo vigente. Neste prisma, a possibilidade jurídica do pedido quase que se confundiria com o próprio mérito da ação²²¹. Ora, parece – nos, que conseqüentemente, quando o juiz afirma ser o pedido juridicamente impossível, significaria dizermos que o pedido é manifestamente improcedente no mérito²²². O que restaria caracterizado uma confusão, refutemos, com o próprio mérito da ação.

Registro 20.03.2012. Acessado em 22.03.2012. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5765797>

²¹⁹ Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil* / José Joaquim Calmon de Passos. – Vol. 03 – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. p. 268.

²²⁰ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil...* loc. cit.

²²¹ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; EDUARDO Talamini e FLÁVIO Renato Correia de Almeida. *Curso avançado de processo civil...* Ibid. p. 162.

²²² Cf. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença* / Tereza Arruda Alvim Wambier. – 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 54.

Ainda, em torno da pretensa discussão, temos outra linha de pensamento doutrinário sob duas formas distintas de caracterizar dada condição da ação. A primeira sustenta que sempre se estará diante de um pedido juridicamente possível, quando o sistema jurídico, ao menos em tese, à previsão a respeito da providência de mérito requerida pelo autor. A outra forma distinta coaduna que haverá pedido juridicamente possível sempre que ausente vedação expressa quando àquilo que concretamente se está pedindo em juízo. Por conclusivo, temos outra faceta doutrinária, que demonstra ser necessário mesclar as duas posições salientadas, para que em matéria de direitos contidos na seara de direito privado, é suficiente a inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo autor. Desta forma, ainda que inexista previsão expressa na lei, quanto a qual tipo de providência solicitada, se proibição não houver, estar – se – à diante de pedido juridicamente possível²²³. Denotemos, que em sede de direito público, a questão assume âmbito diferenciado, pois é princípio básico desse presente ramo, que somente tem por permissível aquilo que a lei expressamente autorizar, sendo proibido aquilo a respeito de que a lei deixe de fazer qualquer referência.

Entretanto, enfatizemos que para nós, é possível dizer que a possibilidade jurídica situa – se, de maneira nítida em um plano distinto do mérito, pois quando o juiz proclama a carência da ação por impossibilidade jurídica, não se chega a enfrentar a relação entre o pedido e a causa de pedir. Objeto do julgamento terá sido apenas uma condição de admissibilidade da ação, matéria de cunho exclusivamente processual. A lide não terá sido julgada²²⁴. Com efeito, diante desse agudo argumento, estaremos de uma verdadeira

²²³ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; EDUARDO Talamini e FLÁVIO Renato Correia de Almeida. *Curso avançado de processo civil...* loc. cit.

²²⁴ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil...* Ibid. 154.

condição da ação, como requisito prévio de admissibilidade do exame da questão de mérito.

Ainda, cumpre salientarmos, que a formulação de pedido juridicamente impossível fomentará ao indeferimento da petição inicial, por inépcia, a teor do artigo 295, inciso I e parágrafo único, inciso III do diploma processual, extinguindo – se o processo sem resolução do mérito, conforme artigo 267, inciso I do Código de Processo Civil. Mesmo que não se proceda, e o processo siga seu curso, passando até mesmo pela fase instrutória, o juiz poderá (na verdade, deverá, se entender que esse é o caso), ao proclamar a sentença, julgar o autor carecedor da ação, nos termos do artigo 267, inciso VI do mesmo texto processual. Em mesma linha, se aplica em relação ao tribunal local, em sede recursal, ante a clareza do artigo 267, §3º do estatuto processual²²⁵.

4.2. Interesse de agir²²⁶

A idéia de interesse de agir está intimamente vinculada com a utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o pretense provimento judicante será capaz de lhe proporcionar uma considerável melhora em sua situação fática²²⁷, ora, o poder estatal

²²⁵ Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de Instrumento nº 0214711-46.2011.8.26.0000/Taubaté. Desembargador Relator Reinaldo Caldas. 29ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 21.03.2012, Data de Registro 21.03.2012. Acessado em 22.03.2012. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5771234>; Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 0034907-35.2009.8.26.0309/Jundiaí. Desembargador Relator Luiz Antonio Costa. 7ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 14.03.2012, Data de Registro 20.03.2012. Acessado em 22.03.2012. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5765691> e Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 0102671-87.2010.8.26.0346/Martinópolis. Desembargador Relator Simões de Vergueiro. 16ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 13.03.2012, Data de Registro 16.03.2012. Acessado em 22.03.2012. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5757270>. No mesmo sentido: Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil...* loc. cit.

²²⁶ Artigo 3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

²²⁷ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* / Daniel Amorim Assumpção Neves. – São Paulo: Editora Método, 2009. p. 78.

não pode exercer suas atividades senão quando esta atuação se mostre absolutamente necessária²²⁸. Para que não haja, o desenvolvimento de uma atividade estatal inócua, em vão, é necessário que estejam presentes uma causa de pedir e um pedido apto a provocar uma atuação potencialmente útil da jurisdição, tanto em relação ao autor quanto ao Estado²²⁹.

Para a comprovação do interesse processual, primeiramente, é preciso à demonstração de que sem o exercício da jurisdição, por meio do processo, a pretensão não pode ser satisfeita. Neste momento, temos o nascimento de uma necessidade concreta da tutela jurisdicional e o interesse em obtê-la. O interesse processual pressupõe, além da concreta descrição da alegada lesão ao direito material, a aptidão do provimento solicitado para protegê-lo e satisfazê-lo²³⁰.

Neste sentido, perfilhamos nas sabedoras lições doutrinárias de Eurico Tullio Liebman, o rico ensinamento em torno da conceituação do interesse de agir, a seguir:

O interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento solicitado. [...] Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário: tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação objetivamente existente. [...] O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a esse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame da demanda para conceder ou negar o provimento postulado quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda, quando esse provimento fosse em si mesmo inadequado ou inútil a remover a lesão, ou finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei. [...] Naturalmente, o

²²⁸ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil...* Ibid. 62.

²²⁹ Cf. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação* / Rodrigo da Cunha Lima Freire. - 3ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 173.

²³⁰ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil...* Ibid. 153.

reconhecimento da ocorrência do interesse de agir ainda não significa que o autor tenha razão: quer dizer apenas que sua demanda se apresenta merecedora de exame. [...] o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá – la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito. Desaparecidas as ações típicas, vinculadas a cada uma das relações jurídicas substanciais, ele é o elemento característico da ação, ou seja, o elemento com base na qual a ordem jurídica mede a aptidão jurídica deduzida em juízo (*fattispecie*) a colocar – se como objeto da atividade jurisdicional, verificando se a demanda se conforma aos objetivos do direito, sendo merecedora de exame. [...] O interesse de agir é, em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido²³¹.

Devemos, ainda, observar, que a devida condição da ação deve traduzir intimamente no binômio²³² necessidade de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a adequação do provimento pleiteado. Fala – se, assim, em interesse – necessidade e em interesse – adequação. Dada ausência desses elementos implicará na ausência do próprio interesse de agir.

O interesse – necessidade repousa em uma situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermos – nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão. Vale dizer: o processo nunca será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou a mera probabilidade de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que fomentará o exercício do direito de ação. Falta de interesse, portanto, se a lide não chegou a configurar – se entre as partes, ou se, depois de caracterizada, desapareceu em razão de qualquer forma de composição válida²³³.

²³¹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil...* Ibid. p. 205 – 207.

²³² Em sede doutrinária à divergência, em relação à terminologia empregada. Alguns juristas preferem o binômio *necessidade – utilidade* ou ainda, simplesmente *necessidade – adequação*. Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; EDUARDO Talamini e FLÁVIO Renato Correia de Almeida. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento...* Ibid. p. 160. No mesmo sentido: FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento* / Luiz Fux. – Vol. I – 4ª ed. atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 178.

²³³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e do processo de conhecimento...* Ibid. p. 63.

É mister, ainda, que haja interesse – adequação²³⁴, isto é, é preciso que o autor tenha ido a juízo em busca do provimento adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem narrada por ele na petição inicial, valendo – se da via processual eleita a mais adequada. A via processual deve estar perfeitamente moldada ao pretense caso.

Com isso, terá interesse de agir aquele que evidenciar a necessidade da tutela jurisdicional, tendo pleiteado um provimento que se revele adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem afirmada na demanda²³⁵.

Em outras palavras, trazemos à baila, o talentoso argumento de José Roberto dos Santos Bedaque, “*in verbis*”:

O Estado prevê medidas processuais adequadas para cada situação de direito material. Para verificar a presença do interesse, indaga – se, à luz dos fatos narrados pelo autor e com dados da relação material, se o provimento judicial pleiteado será útil para o fim do processo, se a medida requerida é necessária e adequada aos objetivos jurídicos, políticos e sociais do processo, estes também exteriores à relação processual. Todo esse exame, portanto, é feito com os olhos voltados para fora do processo, para a situação da vida trazida à apreciação do juiz. Verifica – se o instrumento escolhido é útil, necessário, adequado a seu objeto. [...] Quando se fala em legítimo interesse processual, leva – se em conta não só a efetiva necessidade da tutela pleiteada, como também sua adequação à situação da vida exposta. [...] Basta, portanto, que o autor narre, na inicial, determinados fatos que, em tese, autorizam a providência pleiteada postulada. Apenas essa circunstância já permite que o juiz verifique a necessidade e a adequação do provimento, pois a via judicial é a única possível. [...] O legítimo interesse processual consiste, pois, na necessidade de tutela jurisdicional adequada. Nasce com a violação do direito, com a dúvida a seu respeito ou com um fato que propicie sua modificação. A necessidade é aferida pela afirmação desses fatos na inicial²³⁶.

²³⁴ “O interesse – adequação, apesar de adotado por considerável doutrina, não agrada a todos, existindo parcela doutrinária que entende não haver nenhuma correlação entre o interesse de agir e a adequação, até porque a inadequação da pretensão não gera a perda do interesse de agir, considerando – se que o mesmo de forma inadequada o autor pretende uma melhora em sua situação como o processo. Por outro lado, existe doutrina que entende ser a inadequação da tutela pretendida questão referente aos pressupostos processuais e não às condições da ação. Para essa doutrina, a escolha de procedimento inadequado para a obtenção da tutela apta a resolver a lide apresentada em juízo não significa que o autor não tenha o direito de ação, mas que o meio adotado é impróprio, o que deve gerar uma extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV do CPC, quando o vício não puder ser saneado.” Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil...* Ibid. p. 79 – 80.

²³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil...* Ibid. p. 119.

²³⁶ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado...* Ibid. p.08 e 09.

Ainda, é imperioso ressaltarmos, que diante da ausência de interesse processual, também deve haver extinção do processo sem resolução do mérito, conforme preconiza o artigo 267, inciso I do Código de Processo Civil, mercê do indeferimento da petição inicial, nos termos do artigo 295, inciso III do diploma processual. Mesmo que assim não tenha decidido o magistrado se, ao sentenciar, convencer – se da falta de interesse processual, deverá proferir sentença de carência, de acordo com o artigo 267, inciso VI do texto processual, cujo argumento se aplica da mesma maneira, ao tribunal local em grau recursal, nos termos do artigo 267, §3º do Código de Processo Civil²³⁷.

4.3. A legitimidade para agir em juízo e os contornos da legitimidade ordinária e da legitimidade extraordinária

O instituto da legitimidade para agir em juízo, se trata de um tema jurídico que inegavelmente, é acometido de grande complexidade e inúmeros debates, cuja abordagem deve ser feita de forma vagarosa e minuciosa. Pois bem. O que é a legitimidade para agir ou também conceituada legitimidade *ad causam*? Passemos a compreender seus fundamentos.

Como regra, no ordenamento processual, à formulação do pedido de proteção judicial é realizada por quem se afirme titular do direito litigioso. Tradicionalmente, temos em um mesmo sujeito, a figura da legitimidade no processo e a titularidade do direito

²³⁷ Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 0007920-13.2010.8.26.0604/Sumaré. Desembargador Relator Peireitti de Godoy. 13ª Câmara de Direito Público. Data de Julgamento: 21.03.2012, Data de Registro 23.03.2012. Acessado em 24.03.2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5778369>; Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 0132435-60.2008.8.26.0000/Santos. Desembargador Relator Fábio Quadros. 4ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 15.03.2012, Data de Registro 23.03.2012. Acessado em 24.03.2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5777291> e Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 0003295-13.2011.8.26.0664/Votuporanga. Desembargador Relator Peireitti de Godoy. 13ª Câmara de Direito Público. Data de Julgamento: 21.03.2012, Data de Registro 23.03.2012. Acessado em 24.03.2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5778408>

material. Apenas o suposto integrante da relação jurídica substancial está autorizado a pleitear em juízo a satisfação de algum interesse por ela regulado. Somente é parte legítima para ocupar o pólo da demanda. Dessa forma, para termos a obtenção do pronunciamento jurisdicional sobre o específico direito material declinada na petição inicial, é necessário que o sujeito ativo seja o suposto titular do direito material cujo reconhecimento se pretende. Com isso, asseveramos, que em princípio, pode postular tutela jurisdicional e alcançar o devido pronunciamento do juiz a respeito do pedido, somente quem afirme de maneira categórica o seu direito próprio. Aliás, deve existir coincidência entre quem propõe a demanda e quem, conforme narrativa dos fatos na petição inicial encontrar – se amparado no plano jurídico substancial. Assim, a legitimidade para agir pertence inicialmente, somente àquele que afirme participar de determinada relação jurídica, o que daria direito à obtenção de efeitos dela decorrentes, não satisfeitos espontaneamente por quem deveria fazê-lo²³⁸. É a chamada legitimidade ordinária, conforme preconiza – se o artigo 6º, “*caput*” do Código de Processo Civil. Em outras palavras: a legitimidade *ad causam*, verdadeiramente, nada mais é, que o reflexo da própria legitimação de direito material²³⁹.

²³⁸ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado...* Ibid. 20.

²³⁹ Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 7.029.352-8/São Paulo. Desembargador Relator Carlos Alberto Lopes. 18ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 09.03.2006, Data de Registro 14.06.2006. Acessado em 28.03.2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=269247&v1Captcha=rknjr>. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 0007093-43.2010.8.26.0073/Avaré. Desembargador Relator Evaristo dos Santos. 6ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 26.03.2012, Data de Registro 26.03.2012. Acessado em 28.03.2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5781479> e Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 0248703-95.2011.8.26.0000/Lucélia. Desembargador Relator Vera Angrisani. 2ª Câmara de Direito Público. Data de Julgamento: 20.03.2012, Data de Registro 26.03.2012. Acessado em 28.03.2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5781177>.

Por dadas razões apresentadas, trazemos em sede doutrinária, às ilustres palavras do jurista Vicente Greco Filho, a saber:

Apesar de a legitimidade ser examinada no processo e ser uma condição do exercício de ação, a regra é a de que as normas definidoras da parte legítima estão no direito material, porque é ele que define as relações jurídicas entre sujeitos de direito, determinando quais os respectivos titulares. Assim, somente a análise cuidadosa das relações jurídicas entre os sujeitos, a serem submetidos ao Judiciário, é que determinará a *'legitimatío ad causam'*²⁴⁰.

No mesmo campo de compreensão, tecemos o nobre ensinamento do jurista Cassio Scapinella Bueno, senão vejamos:

[...] a 'legitimidade para a causa' nada mais é do que 'a capacidade jurídica' transportada para juízo, traduzida para o plano do processo (escrita em processualês). A regra é que somente aquele que pode ser titular de direitos e deveres no âmbito do plano material tem legitimidade para ser parte, é dizer, para tutelar, em juízo, ativa ou passivamente, tis direitos e deveres. Assim, a noção de legitimidade para a causa deve ser extraída do plano material, transformando, a titularidade da relação de direito material em realidade processual, transformando os envolvidos em uma dada relação jurídica material em parte, entendida, pela doutrina dominante, como aquele que pede ou em face de quem se pede algo em juízo²⁴¹.

Em torno dos ilustres fundamentos, podemos salientar, que o sistema jurídico pátrio, determinou como regra, no campo da legitimidade para agir, a dicção já mencionada no artigo 6º do diploma processual, ao prever que somente o titular do alegado direito pode pleitear em nome próprio seu próprio interesse, ou, em outras palavras, somente aos titulares do interesse em conflito têm direito à prestação jurisdicional e ficam obrigados a subordinarem – se, *in casu*, ao poder ou *imperium* estatal. É a compreensão da

²⁴⁰ Cf. FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro* / Vicente Greco Filho. – Vol. 01 –13ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 41.

²⁴¹ Cf. BUENO, Cassio Scapinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro* / Cassio Scapinella Bueno. – 2ª ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 32.

legitimidade ordinária. A legitimação *ad causam* significa, a existência de pretensão subjetivamente razoável²⁴².

Assim, perfilhamos nossos argumentos, com os ensinamentos do conceituado Professor Donaldo Armelin, a seguir expostos:

Na legitimidade ordinária coincidem a figura das partes como os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial. Em consequência, os efeitos da decisão judicial operam – se diretamente no patrimônio das partes, sem qualquer distinção entre os efeitos processuais e materiais. A parte legitimada, direta ou ordinariamente, no processo, suporta todos os efeitos da decisão judicial, sem exceções, de vez que postula em nome próprio direito próprio [...] ²⁴³.

Entretanto, devemos tecer, que o mesmo dispositivo processual apresentado, traz em seu bojo, uma regra notadamente excepcional no ordenamento processual civil, cujas situações excepcionais, vem abarcando salientadas discussões, principalmente em se tratando de direitos metaindividuais²⁴⁴. Passemos a compreensão da legitimidade extraordinária.

Por expressão excepcional, admite – se que em situações peculiares, o autor formule pedido de tutela jurisdicional em nome próprio, mas com a finalidade de satisfazer direito substancial que não lhe pertence. Também o réu poderá, com os mesmos argumentos, ser considerado parte legítima, apesar de não ser o sujeito passivo da relação material. Nesses casos, a parte é legitimada a figurar em um dos pólos da relação processual, embora não seja titular da situação de direito material afirmada na petição

²⁴² Cf. MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil / José Frederico Marques. – 2ª edição. – São Paulo: Editora Saraiva, 1974. p. 158 e 159.

²⁴³ Cf. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro* / Donaldo Armelin. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 117.

²⁴⁴ O tema será posteriormente abordado no próximo capítulo, cuja apreciação é o objetivo de nosso trabalho.

inicial. Trata – se da denominada legitimidade extraordinária. Nesta dada legitimação, é excluída a coincidência da titularidade do direito material e do direito processual, ou seja, nesse caso o que marca o fenômeno é exatamente a não – coincidência entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo. A relação processual forma – se com pessoas outras que não são os titulares da relação material²⁴⁵. Afirmamos: em regra a parte legítima ‘*ad causam*’ ativa e parte legítima ‘*ad causam*’ passiva, são as partes legítimas ‘*ad processum*’, Pois que atuam no processo. Ocorrendo a caracterização de uma dissociação, estar – se – á em face de hipótese de legitimação extraordinária²⁴⁶.

Com isso, refutemos a maestria doutrina de Ricardo Negrão, em se tratando da legitimidade extraordinária, assim, vejamos:

Nessa espécie de legitimação ocorre o fenômeno interessantíssimo; a apreciação da legitimidade, por parte do juiz, é exercida em caráter dúplice: de um lado, deve – se verificar se aquele a quem se está referindo como titular da lide, poderia efetivamente ser; e, em segundo plano, deve –se observar – se aquele que está exercendo a atividade processual, como parte, tem, de acordo com o ditame da lei processual, legitimidade extraordinária²⁴⁷.

Oportunamente, é imperioso salientarmos, que a legitimidade *ad causam*, como às demais condições da ação, não se confunde com o mérito. O que podemos dizer, ponderemos, que é definida em função de elementos fornecidos pelo direito material, mas nada afeita a um vínculo.

Com mesma, ponderação, o sujeito manifestamente ilegítimo, causará o indeferimento da petição inicial, nos moldes do artigo 295, inciso II do Código de Processo

²⁴⁵ Cf. FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento...* Ibid. p. 170.

²⁴⁶ Cf. ALVIM, José Manuel de Arruda. *Tratado de direito processual civil / José Manuel de Arruda Alvim.* – Vol. 02 - 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 46.

²⁴⁷ Cf. NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa / Ricardo Negrão.* – São Paulo: Editora Leud, 2004. p. 143.

Civil. Mesmo que tenhamos essa dada manifesta ilegitimidade, o juiz ou o tribunal, inexistente preclusão a respeito, deverá decretar a carência por ilegitimidade *ad causam*, ativa ou passiva, a qualquer tempo, assim, extinguindo o processo sem resolução do mérito, conforme preconiza o artigo 267, inciso VI e §3º do texto processual²⁴⁸.

Por derradeiro, devemos salientar, uma sucinta exposição e distinção da legitimidade *ad causam* com a legitimidade *ad processum*. A legitimidade *ad causam* é condição da ação e se relaciona com a pertinência subjetiva ativa e passiva da ação. Já em se tratando da legitimidade *ad processum* é pressuposto de validade do processo²⁴⁹. Entretanto, o que se torna importante observarmos, é que os pressupostos processuais (legitimidade processual) e as condições da ação (legitimidade *ad causam*), podem, consoante a hipótese, coincidir. Ambas as figuras, são alimentadas pela mesma regra do direito material, a capacidade jurídica, ou seja, a regra que outorga a alguém direitos e deveres no plano material. Não obstante, no plano do processo, são fenômenos distintos: enquanto a legitimidade para a causa, tem como reflexo fora do processo, de saber a quem pertence o bem da vida deduzido em juízo, a legitimidade para o processo volta – se, primordialmente, a saber quem pode exercer os atos do no plano processo, dentro do processo, observando, de resto o que é o próprio direito material tem a dizer a este respeito, conforme o artigo 7º e artigo 8º do diploma processual²⁵⁰.

²⁴⁸ Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo – Recurso de Apelação nº 9000608-98.2008.8.26.0506/Ribeirão Preto. Desembargador Relator Cláudio Hamilton. 27ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 20.03.2012, Data de Registro 23.03.2012. Acessado em 28.03.2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5778899>

²⁴⁹ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil...* Ibid. 157.

²⁵⁰ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro...* Ibid. p. 37.

4.3.1. A classificação da legitimidade *ad causam*

Posteriormente ao estudo da legitimidade para agir em juízo e os contornos da legitimidade ordinária e da legitimidade extraordinária, passemos a enfrentar uma singela classificação da devida legitimidade para agir²⁵¹.

Inicialmente, a legitimidade *ad causam* pode ser classificada em exclusiva e concorrente. A legitimidade exclusiva traduz em quando o contraditório somente puder ser considerado regular e eficazmente formado com a presença de um determinado sujeito de direito – atribuí – se o poder jurídico a somente um sujeito. No que concerne, a legitimidade exclusiva ou também chamada de co – legitimação é aquela que mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica. Aliás, devemos refutar, que à existência de uma estreita relação entre o litisconsórcio unitário e a co – legitimação, ou seja, quando duas ou mais pessoas estejam em juízo, no mesmo pólo do processo, discutindo a mesma relação jurídica material (litisconsórcio unitário), é preciso que ambas tenha legitimidade. É preciso que sejam co – legitimadas²⁵².

Outrossim, temos a legitimação isolada ou simples, em que é caracterizada, quando o pólo legitimado puder estar no processo sozinho, e a legitimação conjunta ou complexa, em que se torna efetivada, quando houver a necessidade de formação do litisconsórcio²⁵³.

²⁵¹ Devermos mencionar, que a classificação da legitimidade para agir, foi analisada conforme a respeitosa doutrina de Fredie Didier Jr, ressaltando, que à existência de outras colocações doutrinárias. Entretanto, preferimos escolher a ilustre doutrina por sua assimilação e nobre exposição. Cf. JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. – Vol. 01 – 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Bahia: Editora JusPODIVM, 2009. p. 188 e 189.

²⁵² Cf. JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento...* loc. cit.

²⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil / Cândido Rangel Dinamarco*. – Vol. 02 – 6ª ed. ver. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 312.

Ainda, em torna da pretensa classificação, temos a legitimidade total, quando existir para todo o processo e a parcial, quando se relacionar a algum incidente, cujo exemplo pode ser dado, no caso da legitimação passiva do juiz, de um perito ou de um promotor para a exceção de suspeição/impedimento.

Temos, ainda, a legitimidade originária, analisada à luz da demanda inicial e a legitimidade derivada, que é aquela, em que decorre daquela e resultante de situações de sucessão na titularidade do direito alegado no pedido e na qualidade de parte processual²⁵⁴.

Em outro sentido, temos a legitimação extraordinária que comporta classificações, que podem ser resumidas em uma apertada síntese. A atuação do legitimado pode estar subordinada ou não à presença do legitimado ordinário no processo, classificando – se em legitimidade subordinada ou autônoma, cuja classificação que permite subdivisões²⁵⁵. Quando a lei reserva, com exclusividade, ao legitimado extraordinário a atuação em juízo, privando, com isso, aquele que normalmente seria o legitimado ordinário da possibilidade de figurar no processo como parte principal, restando – lhe somente a condição de parte acessória, fala – se em legitimação extraordinária autônoma de exclusiva. Se estiverem, contudo, tanto o titular do direito substantivo como o legitimado extraordinário, autorizados a defender o interesse em juízo, sem que haja rebaixamento no nível do legitimado ordinário, a legitimação será concorrente. A doutrina tem denominado a legitimação de concorrente quando duas ou mais pessoas compartilhando da condição de legitimado extraordinário. Para a dada hipótese de extraordinariamente legitimado estarem

²⁵⁴ Cf. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro...* Ibid. p. 120.

²⁵⁵ Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Coord. Luiz Guilherme Marinoni – Vol. 04 – In Coleção temas atuais de direito processual civil.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 241.

simultaneamente autorizados à propositura da ação, denomina – se, com maior ênfase, de disjuntiva²⁵⁶.

Por fim, temos a legitimação que pode, em outro sentido, não estar subordinada à presença do legitimado ordinário no processo, caracterizando – se, portanto, como autônoma, mas estar condicionada à falta de iniciativa por parte do outro legitimado, dadas espécies que recebem concomitantemente denominação de primária e secundária.

4.3.1.1. Substituição processual ou legitimação extraordinária?

Iremos neste momento, adentrar ao instituto da substituição processual, dada abordagem que oferece inegavelmente, evidentes divergências doutrinárias, em torno da tormentosa ainda, que timidamente, à duvidosa nomenclatura utilizada: substituição processual ou legitimação extraordinária? Deste modo, preliminarmente, apresentemos de forma singela, para melhor moldar a seus fundamentos, à sinopse histórica do instituto em apreço.

Visualiza – se, a fixação dos contornos da substituição processual, na doutrina alemã e logo seu acolhimento pela ciência processual italiana. Deu – se, o domínio processual, nos estudos tedescos, pelas mãos de *Hellwig*, realçando – se, na consistência no direito de conduzir o processo por parte de quem não fosse titular do direito subjetivo material. Esse ingresso do instituto, com feição própria e independente, ocorreu no último quartel do século XIX, em razão de antemão, não provocar atenção dos estudiosos.

²⁵⁶ Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional... loc. cit.

Entretanto, o batismo decisivo da pretensa figura jurídica, veio ser ocasionada na doutrina italiana pela previsão de *Giuseppe Chiovenda*, dado processualista renomado peninsular, que efetivou a conceituação do instituto, nos primeiros anos do século XX. Deste então, a substituição processual alcançou uma posição de atenção no mundo, pelos estudiosos.

Em nosso ordenamento pátrio, em especial o Código de Processo Civil de 1939 silenciava quanto á possibilidade de alguém pleitear, em juízo, direito alheio, em nome próprio, embora o fenômeno existisse e ocorresse na realidade nos concretos. Mas, em dicotomia ao diploma italiano, com redação idêntica, disciplinou a matéria no artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973. Neste exato ponto de nosso estudo, em razão dessa afirmativa acima, erigida no artigo 6º do texto processual, trazemos toda tormentosa dúvida do instituto, que passemos a analisar.

Em sede doutrinária, primordialmente, à consagração das vertentes: um dado fundamento que caracteriza ser a substituição processual e a legitimidade extraordinária serem designações sinônimas e outra faceta, que declina serem expressões distintas, ou ainda, a substituição processual ser uma espécie do gênero legitimidade extraordinária. Dado problema, que assume extremada relevância, em se tratando dos direitos metaindividuais, principalmente no tocante ao pólo ativo da devida relação jurídica coletiva. Anotada às vertentes, evidenciemos os seus fundamentos.

Partiremos da vertente, que compreende serem as expressões processuais, institutos distintos, ou seja, tecnicamente somente deve ser cogitado de substituição processual em casos em que aquele que está de fora do processo (o substituído) não age no processo: ou

porque não quer agir ou porque não pode agir. Somente em casos como estes é que há, propriamente uma substituição processual. No rigor da lógica, a denominação parece unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva: só nesses, com efeito, é que na verdade substitui o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por substituir se entende retirar coisa ou pessoa de determinado lugar para aí colocar outra²⁵⁷. Assim, a aqueles que entendem não existir uma confusão entre 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 legitimado ordinário atue em conjunto com ele²⁵⁸.

Com fundamento diverso, temos à outra vertente, que apresenta à substituição processual e a legitimidade extraordinária como sinônimas, ou seja, ambas expressões para muitos estudiosos²⁵⁹, são locuções iguais, cujo resultado restou evidenciado por meios de nossos estudos. O que parece ser, anotado por todo esse apuro técnico, não ser inconveniente sua adoção.

Deste modo, tracemos robusta explicação de Mário Aguiar Moura, em torno do instituto, a saber:

Em princípio, pois, só o titular do direito ou interesse lesado tem legitimidade para submeter a lide à apreciação judicial. Só o que se afirma titular da *res in iudicium* deducta estará apto a postular o provimento o provimento jurisdicional adequado. O normal, o comum, o ordinário é que haja coincidência, pelo menos em tese, entre o que se afirma sujeito, ativo ou passivo do direito subjetivo ou poder jurídico definido no Direito Material e o que pleiteia em juízo a declaração do direito ou poder jurídico controvertido. É o que afirma, de maneira indireta no

²⁵⁷ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária* / José Carlos Barbosa. Vol. 404. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969. p. 09 e 10. No mesmo sentido: Cf. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro...* Ibid. p. 21 – 28.

²⁵⁸ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil...* Ibid. p. 118.

²⁵⁹ Cf. JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento...* loc. cit.

seu enunciado geral, o art.6º do CPC. A substituição processual representa justamente a exceção ao princípio. Realiza ela a separação subjetiva do titular da relação jurídica processual em referência ao titular da relação jurídica de Direito Material. De sua definição, ressalta esse seu nuclear efeito, qual o de alguém pleitear em seu próprio nome direito ou interesse alegadamente pertencente a um terceiro. [...] Há uma descoincidência subjetiva, ativa ou passiva, entre o autor ou réu da relação processual e o a quem se afirma pertencer a relação de direito material, subjacente. [...] Dada essa dissociação da parte em sentido material, que será o substituído, e parte em sentido formal ou processual, o substituto, indaga – se das causas que determinaram o estabelecimento da legitimação extraordinária, denominação que também se atribui à substituição processual. [...] O objeto mediato da ação, o bem da vida pretendido, está referido tão – somente ao interesse do substituído. O possível interesse do substituído não repercute diretamente na relação jurídica processual. Não faz parte do Direito Material deduzido através da pretensão. Conclui – se que, além de principal, o interesse posto na lide é unicamente o do substituído²⁶⁰.

Dessa forma, para sua feição peculiar, a substituição processual é apontada como sinônima por grande parcela doutrinária, o que não resta a aqueles que não compartilham com dado entendimento. Traçado essa breve discussão, passemos a confrontar o instituto da substituição processual com outras figuras do direito processual brasileiro.

4.3.1.1.1. Substituição processual e sucessão processual

Em se tratando da distinção entre a substituição processual com a figura da sucessão processual, não pode existir essa confusão. A sucessão processual ocorre quando um sujeito sucede outro no processo, assumindo a sua posição processual. Em outras palavras: a uma troca de sujeitos no processo, uma mudança subjetiva da relação jurídica processual²⁶¹. O sucessor, quando autorizado a atuar no processo, entra em lugar do sucedido e continua defendendo o direito em nome próprio, pois passou a ocupar a posição de titular da suposta situação de vantagem estabelecida no plano jurídico – material, como bem esposados seus fundamentos no artigo 41 do Código de Processo Civil.

²⁶⁰ Cf. MOURA, Mário Aguiar. Substituição Processual. *Revista do Processo*, n. 47, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 242 – 244.

²⁶¹ Cf. JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento...* Ibid. p. 192.

No que concerne à substituição processual, não temos há troca de sujeitos e sim, verdadeiramente, não há qualquer modificação na relação processual. Aliás, ocorre que um sujeito tem o poder (legitimidade) de estar legitimamente em um processo defendendo interesse de outrem.

A sucessão é eivada de uma mudança subjetiva na relação jurídica de direito material, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, que irá refletir – se na titularidade da relação jurídica processual. Entretanto, sempre que se dê a sucessão, a consequência é de ser substituído o primitivo titular pelo novo, passando este à situação jurídica de parte na relação processual, dela saindo aquele. A transformação que se opera é a de transferência do sucedido pelo sucessor. No caso, se a transferência do direito material é por ato *causa mortis*, conforme preconiza – se o artigo 43 do diploma processual civil, assume a posição processual o espólio ou os herdeiros do *de cuius*. Com isso, temos a preservação da bilateralidade essencial à existência da relação²⁶².

Não podemos nos esquecer, também, que poderá ocorrer a sucessão processual de forma voluntária, nos termos do artigo 62 e artigo 63 do Código de Processo Civil, nos caso de nomeação à autoria, quando o nomeado assume o lugar do nomeante ou ainda, na alienação da coisa litigiosa, conforme artigo 42 do diploma processual civil, em que o adquirente/cessionário pode suceder o alienante/cedente acaso consinta a parte adversária.

Conduzindo a uma conclusão: quando se dá a sucessão no processo ocorre à transferência da relação jurídica processual do sucedido para o sucessor, o qual estará defendendo interesse próprio, como estava o sucedido, diferentemente da substituição

²⁶² Cf. MOURA, Mário Aguiar. Substituição Processual... Ibid. p. 245 e 246.

processual, em que, ao longo do processo, se dá a dicotomização da parte em sentido material, substituído, e da parte em sentido formal, substituto²⁶³.

4.4. Substituição processual e representação processual

Ainda, em torno das distinções de figuras jurídicas, devemos elucidar a diferença entre a substituição processual e a representação processual. A representação processual é ocasionada quando um sujeito está em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio. O representante processual não é parte, e sim, a parte é o representado. Devemos observar, que o substituto processual é parte, o substituído não é parte processual, embora os seus interesses jurídicos estejam sendo discutidos em juízo.

Ora, o substituto processual age em nome próprio defendendo interesse alheio, em contrapartida, o representante processual atua em juízo para suprir a incapacidade processual da parte²⁶⁴.

²⁶³ Cf. MOURA, Mário Aguiar. Substituição Processual... loc. cit.

²⁶⁴ Cf. JR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento... loc. cit.

6. A LEGITIMIDADE PARA AGIR NAS AÇÕES COLETIVAS: O ENFRENTAMENTO DE SEUS PROBLEMAS

1. A natureza da legitimação nas ações coletivas: seu desenvolvimento e suas teorias

A busca de um legitimado (passivo ou ativo, pessoa física ou jurídica, de caráter público ou privado) que represente os interesses do grupo em juízo de uma forma adequada é um dos aspectos mais discutidos na tutela jurisdicional coletiva. Aliás, estamos indiscutivelmente, no tema central de nosso trabalho, cuja abordagem é o verdadeiro ponto de resistência no transplante da tutela individual, em que o indivíduo é soberano sobre o direito de demandar e defender, e a tutela metaindividual, no qual o interesse público exige uma nova configuração desses poderes²⁶⁵. Parece – nos, que diante de toda essa trajetória de estudo realizada, concluímos que grande parte da doutrina não aceita simplesmente transpor os fundamentos e os conceitos até aqui utilizados, para o âmbito das ações coletivas. Há um rompimento com as regras cardeais do Código de Processo Civil, voltado à solução de conflitos individuais²⁶⁶.

A grande novidade do processo, portanto, eclodiu no último quartel do século XX, em que se criou a possibilidade de tutelar esses direitos coletivos, pertencentes a um grupo indeterminado ou indeterminável de pessoas, de forma eficaz, por intermédio da outorga do instituto da legitimidade a específicos órgãos. As noções de legitimidade ordinária e extraordinária envolvem conceitos sedimentados no plano do processo civil individual, que não podem, mais uma vez, puro e simplesmente serem aplicáveis para o processo coletivo. A legitimação é umas pedras de toque da teoria dos processos coletivos. Verdadeiramente,

²⁶⁵ Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. 189.

²⁶⁶ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil...* Ibid. 159.

a razão pela qual se discute profundamente o tema está nitidamente vinculada à necessidade de preservar um dos dogmas do iluminismo jurídico: a autonomia privada. Somente ao titular do direito caberia defesa em juízo, sendo que as raras exceções devem estar expressas em lei e se justificar em face do direito material tutelado²⁶⁷.

Quando passamos a enfrentar o processo sob a ótica das ações coletivas, é preciso romper com alguns conceitos próprios do chamado processo individual, para ousarmos a entender toda essa problemática que envolve a legitimação *ad causam* do processo coletivo. A dicotomia legitimação ordinária e extraordinária (ou substituição processual) faz sentido no plano jurisdicional singular, onde opera o sistema de correspondência entre titularidade do direito e poder de agir (partes em sentido material e processual), mas já não assim no plano coletivo, onde a situação legitimante deriva do binômio relevância social do interesse – representação adequada do portador judicial²⁶⁸.

O problema ainda, assim, passa a ter mais complexidade e ter um novo fôlego ao incluir dois agentes complicadores, saindo da tese da legitimação extraordinária por substituição processual. O primeiro é a idéia, muito difundida em ordenamentos jurídicos alienígenas, de que as formações sociais têm interesse e poder de coercibilidade (atrelado à vontade) para impulsionar a máquina judiciária, em atenção a seus objetivos institucionais, o que gera legitimação ordinária (titular do direito material afirmado exerce o direito de ação, exercício de direito próprio em nome próprio); o segundo, o fato de que na legitimação expressa em algum texto normativo (Constituição, por exemplo), o intérprete

²⁶⁷ Cf. JR., Hermes Zanetti. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Coord. Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier e Thereza Alvim. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 859.

²⁶⁸ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas...* Ibid. p. 408.

entenda uma legitimação objetiva, legal e autônoma (um direito a condução do processo), de caráter exclusivamente processual, sem vínculo com o direito material²⁶⁹.

Enfatizemos: a clássica regra da legitimação expressa é revelada ao autor, que é o próprio titular do direito afirmado. Assim, quando o titular do direito subjetivo se identifica com o autor, é caracterizada a legitimação ordinária, ao passo que, quando, porém, o direito subjetivo é defendido por terceiro, ou seja, alheio à relação de direito material afirmada, em nome próprio, temos à legitimação extraordinária. O que deve ser enaltecido à figura da substituição processual é que a parte legitimada não se afirma titular do direito material. A regra ordinária é conduzida ao contrário: o próprio titular do direito substantivo seja o legitimado. Na realidade, o fenômeno dessa figura jurídica, cujo nome dado pelo ilustre *Chiovenda*, consiste de forma precisa, na circunstância de que, quem é parte no processo, por definição, não se afirma ser titular do direito material. Temos uma autêntica dissociação, na titularidade, no que tange ao direito de ação. De forma material, é um titular, ou seja, no campo do direito privado; no campo do processo, é outro o titular do direito de ação²⁷⁰.

Deste modo, esclarecidos os contornos primitivos da clássica legitimidade, faz – se necessário analisarmos às robustas colocações no que tange às ações coletivas, que ora podemos destacar às seguintes correntes principais: a legitimidade extraordinária por substituição processual, a legitimação ordinária das formações sociais decorrente de uma leitura ampla do artigo 6º do Código de Processo Civil e a legitimação autônoma para a

²⁶⁹ Cf. JR., Hermes Zanetti. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico... Ibid. p. 860.

²⁷⁰ ALVIM, José Manuel Arruda. *Código de processo civil comentado* / José Manuel de Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. p. 427 e 428.

condução do processo, uma espécie de legitimação extraordinária. Neste momento, é extremamente imperioso mantermos nossa inegável atenção.

Iniciaremos nossa aguçada exposição, através do exame da tese da legitimidade extraordinária por substituição processual, cuja figura final, daria independentemente de expressa autorização legal, podendo ser depreendida do sistema jurídico como um todo. O sistema poderia aceitar que a simples menção de legitimado diverso do titular de direito, ou a autorização legal, mesmo não sendo expressa e taxativa a substituição, significaria a abertura para a legitimação extraordinária. Isso ocorre porque o sistema brasileiro não prevê a obrigatoriedade de disposição expressa, como bem é exposto no artigo 81 do Código de Processo Civil Italiano.

Nesta gênese, expõe o ilustre jurista José Manuel Arruda Alvim, em torno da aguda polêmica:

O direito brasileiro, à semelhança do direito italiano vigente, conquanto tenha acolhido o instituto da substituição processual, o fez negativamente, de forma que a ocorrência efetiva de substituição será sempre excepcional, só nos casos em que a lei expressamente o admita. Consequentemente, devemos advertir liminarmente, há que se afastar a idéia da chamada substituição processual voluntária, que, na doutrina do Código de 1939, era, por alguns, admitida. [Mesmo que afastada a substituição voluntária, o nobre estudioso, ultrapassa a doutrina italiana, antevendo o que denominamos de legitimação conglobante, uma legitimação extraordinária que decorre de todo o ordenamento jurídico]. [...] Entretanto, pode – se admitir a substituição processual mesmo que não venha prevista expressamente no texto legal, mas quando deflue do sistema. [...] A palavra lei, no art. 6, deve ser entendida como sistema, no que se compreende decreto, lei completar etc.²⁷¹.

²⁷¹ Cf. ALVIM, José Manuel Arruda. *Código de processo civil comentado...* Ibid. p. 426. No mesmo sentido: Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In *Temas de direito processual civil*. – São Paulo: Editora Saraiva, 1977. p. 111.

Outra forma de enfrentar a problemática está alicerçada na tese da legitimação ordinária das entidades civis para defesa de direitos metaindividuais²⁷², vinculados sempre aos fins associativos (*Verbandsklage*), cuja inspiração é dada pela doutrina italiana e alemã, e fomentada pelo respeitável jurista Kazuo Watanabe, o que se traduz em uma leitura ampla do artigo 6º do diploma processual civil²⁷³. Uma interpretação dilatada do dispositivo processual civil.

Ressaltemos, que os fundamentos colacionados até o momento, apenas contribuem para a ciência processual em torna dos direitos metaindividuais, em especial na legitimidade para agir, não incorrendo o autor qualquer contradição, demonstrando somente diversas alternativas, que não deixam de ser criativas, ao aplicar a norma e aos profissionais de direito, tão – somente para não deixar o direito sem uma devida guarida.

Diante dos fundamentos salientados, parece – nos, que a figura da substituição processual, se molda com maior amplitude e efetivação nos direitos massificados. Cumpre ainda, no mesmo desiderato, que dadas teses foram desenvolvidas anteriormente à edição da Lei da Ação Civil Pública, que instituiu inicialmente, a legitimação a diversos entes que não os titulares dos direitos subjetivos apreciados, da mesma forma, também, anterior à idéia, do sistema de ações coletivas, que foi amplamente divulgado pelo Código de Defesa do Consumidor, que, portanto, não a necessidade, de uma construção *supra* para efetivar se

²⁷² A mencionada tese foi adotada, mesmo que parcialmente por outros autores, conforme podemos verificar: “O objeto do mandado coletivo pode ter influência no tipo de legitimação, assim para os que entendem que as chamadas ‘formações sociais’ agem em defesa de seus objetivos institucionais, ao fazê – lo em defesa do ‘grupo’, como titulares do próprio direito alegado, tem – se a legitimação ordinária (regra do art.6º, dilatada); quanto aos demais casos, tem – se a substituição processual”. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. Revista do Processo, n.57, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 96 – 101.

²⁷³ Cf. WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In *Tutela dos direitos difusos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover. – São Paulo: Editora Max Limonade, 1984. p. 90.

os direitos coletivos *lato sensu*, bastando para tanto a já evidenciada legitimação por substituição processual.

Passemos, neste ponto a enfrentar a tese legitimação autônoma para a condução do processo. Registre – se a existência de uma corrente doutrinária que defende a limitação da legitimação extraordinária à tutela individual, afirmando que por meio dessa espécie de legitimação se defende em juízo um direito subjetivo singular de titularidade de pessoa determinada. Sendo o direito difuso de titularidade da coletividade (sujeitos indeterminados e indetermináveis) e o direito coletivo de uma comunidade – classe, grupo ou categoria de pessoas (sujeitos indeterminados, mas determináveis), – inaplicável a eles a legitimação extraordinária. Sob forte influência dos estudos alemães a respeito do tema, defendem a legitimação ativa nas ações que têm por objeto direito difuso ou coletivo²⁷⁴. Ora, se torna cabível perfilharmos uma crítica, nessa tese: esse posicionamento afasta a atual aproximação entre o direito material e o processo (a instrumentalidade), o que nos parece não se moldar a solução à realidade do ordenamento nacional, conforme se retira do artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna de 1988.

Essa dada corrente foi consagrada, com base na teoria do direito de condução do processo (*Prozessführungsrecht*) elaborada por *Hellwing*, com a intensão de superar as barreiras oponíveis a substituição processual. As lições doutrinárias, funda – se suas raízes na autorização, pelo direito objetivo, à condução do processo por um terceiro que não tenha relação direta com o direito material deduzido em juízo (pelo menos não uma relação direta que consubstancie necessariamente a um interesse jurídico). Dessa forma, para uma melhor compreensão: a distinção entre legitimidade (*Sachelegitimation*) e o direito de

²⁷⁴ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil...* loc. cit.

conduzir o processo (*Prozessführungsrecht*), surge como necessária, quando o direito material separa a titularidade do direito material do direito de conduzir retirando este do titular daquele direito e atribuindo – a um terceiro. Assim ele tem, então direito de conduzir o processo versando sobre direito que não lhe diz respeito.

Outrossim, oportunamente, trazemos à baila, às críticas às correntes da legitimação ordinária e do direito de conduzir o processo, conforme segue.

Cabe ressaltarmos, inicialmente, à magna exposição doutrinária de Hermes Zanetti Jr., salientando suas críticas, à respeito das pretensas correntes, “*in verbis*”:

Revela – se incorreta a tese da legitimação ordinária, que poderá advir do entendimento de que os legitimados para agir são os ‘adequados portadores’, deduzindo interesse próprio em juízo, e ao mesmo tempo, interesse de todos que se identificam no direito coletivo lato *sensu*, para a obtenção de um provimento de mérito extensível à coletividade. Ocorre que da noção dessa teoria resultaria ‘irrefutável à necessidade da pesquisa em torno das finalidades estatutárias dos entes que se afirmaram legitimados para agir em juízo, eis que é de sua constatação que ressalta a afirmada titularidade da lide e, portanto, a legitimação ordinária. Assim, estaria reduzida a participação e a aplicação das ações coletivas à mera conferência formal de adequação aos estatutos. Não se trata de legitimação ordinária. [...] Por sua vez, também, inadequado demonstra – se o instituto do direito de conduzir o processo (*Prozessführungsrecht*). A legitimação autônoma (direito de conduzir o processo) é uma busca alternativa ao intrincado e muitas vezes fugidio à lógica formal instituto da substituição processual que, resguardadas as diferenças entre os sistemas, é compreensível dentro da chamada legitimação extraordinária por substituição autônoma exclusiva, já tradicionalmente aceita em nosso ordenamento²⁷⁵.

Outrossim, o tema da legitimidade adequada para ajuizar as demandas coletivas está afeita a uma evolução *ope legis*, para a possibilidade de um controle judicial, *ope judicis*. Parece – nos, que estamos caminhando para isso. Há quem afirme, que no ordenamento jurídico brasileiro, basta somente para averiguação da legitimação coletiva, o

²⁷⁵ Cf. JR., Hermes Zanetti. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico... Ibid. p. 864.

exame do texto da lei. Sob esse argumento, não poderia o magistrado, exemplifiquemos, afirmar que um ente legalmente legitimado não tem, em determinado caso, o direito de conduzir o processo. Assim, neste posicionamento, o legislador teria estabelecido um rol legal taxativo de legitimados, firmando uma presunção absoluta de que seriam representantes adequados, não tornado admissível o juiz realizar uma dada avaliação. A verificação da *adequacy of representation* seria tarefa do legislador.

Nesta égide, consagremos, o instituto da *adequacy of representation*, nas palavras da sabedora jurista Ada Pellegrini Grinover, senão vejamos:

A chamada ‘representatividade adequada’ (*adequacy of representation*) constitui outro instrumento de controle para evitar os possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos. Oriundo do direito norte – americano, esse pré – requisito - que se diz respeito à seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica à ação coletiva – é particularmente importante nos ordenamentos que escolhem a extensão a terceiros da coisa julgada, sem temperamentos; mas é também útil para outros sistemas, sobretudo quando legitimam a ação à pessoa física e as associações e quando preveem a ação coletiva passiva (*defendant class action*). A representatividade adequada pode ser aferida pelo juiz, caso a caso (como nas *class actions* norte – americanas), ou pode depender de previsão legal, que estabeleça limites à regra de legitimação. [...] O Projeto brasileiro, que estendeu a legitimação à pessoa física, exige neste caso a aferição da representatividade adequada pelo juiz²⁷⁶.

Entretanto, a outros, que, com base na experiência americana, conforme artigo 23 da *Federal Rules* admitem o controle judicial da representatividade adequada, ou seja, permitem ao magistrado apreciar e controlar a legitimação coletiva. Para esses autores, não basta à previsão legal da legitimação. Essa dada fundamentação tem a seguinte premissa, que ousamos dizer, ser a mais correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva, pouco importam quais são as suas peculiaridades.

²⁷⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. *Revista de Processo*, n. 157. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 154.

Precisa – se verificar, se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem o representante adequado para melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa devida adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas, sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva²⁷⁷. Atenção: entendemos que, justamente neste segundo momento, deverá o juiz proceder na verificação da legitimação conglobante, isto é, se estão presentes os elementos indicativos de que haverá adequada representação pelo legitimado, sem que se esteja contrariando o ordenamento jurídico e a finalidade da tutela coletiva.

Ousamos dizer: deve existir uma adequação do instituto *adequacy of representation* no ordenamento jurídico brasileiro, em razão de inúmeros fatores sociais, culturais e econômicos, que inegavelmente são distintos com a sociedade brasileira. Deve se empenhar em ter o instituto, como um mecanismo – modelo e não uma autêntica cópia do mecanismo americano. Aliás, devemos desvencilhar dessa americanização brasileira.

2. A legitimidade ativa do Ministério Público: suas controvérsias

Iremos adentrar em um campo bastante amplo e complexo, em se tratando da legitimidade ativa do Ministério Público, dado órgão que em sua atuação, em se tratando de direitos massificados, nos revela uma extremada controvérsia. É o que passemos a analisar.

²⁷⁷ Cf. JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo...* Ibid. p. 205.

Em âmbito constitucional, o Ministério Público está disciplinado no artigo 129, inciso III, cuja atuação é promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Da mesma forma, podemos encontrar respaldo infraconstitucional na Lei nº. 7.347 de 1985, em especial no artigo 1, determinando que ação civil pública poderá versar sobre danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; aos bens e direitos de valor artístico, turístico e paisagístico e à ordem urbanística. Além, do mencionado dispositivo constitucional e devido diploma legal, temos ainda, de maneira paralela, o Código de Defesa do Consumidor, evidenciando a atuação do pretense órgão, declinado no artigo 82, inciso I, o que lhe permite a defesa judicial de interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e nos interesses individuais homogêneos. Aliás, pelas suas próprias características e configuração constitucional – instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis –, quando o legislador reconheceu sua legitimação presumiu seu interesse material ou pertinência temática com relação a qualquer interesse metaindividual, considerando – o verdadeiro defensor da sociedade . Esta presunção evidentemente é absoluta, e não comporta nem mesmo demonstração em contrário. Não há necessidade de reconhecimento caso a caso de pertinência temática entre a atuação ministerial e o objeto do litígio: todo e qualquer litígio coletivo (identificados os interesses metaindividuais) guarda interesse material a ser promovido pelo *Parquet*. A vocação do Ministério Público para tal *mister* já era afirmada antes mesmo da dinamização legislativa do processo coletivo, dispensando nas situações concretas²⁷⁸. Em outras palavras: o perfil constitucional do Ministério Público, como instituição vocacionada para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, revela

²⁷⁸ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo...* Ibid. p.163.

que, na defesa dos interesses massificados, este atua legitimado por um princípio constitucional, que constitui o princípio da presunção constitucional de legitimidade pela afirmação do direito. Basta que haja afirmação de direito difuso, coletivos ou individuais homogêneos, para que esteja legitimado o Ministério Público para agi, seja no campo jurisdicional seja no extrajudicial. É o que se extrai da dicção do artigo 127, “*caput*” e artigo 129, inciso II, inciso III e inciso IX da Carta Magna²⁷⁹.

Entretanto, devemos observar e asseverarmos, que diante da leitura das mencionadas disposições legais, podemos evidenciar que em um ou outro texto legal, falta um enquadramento, seja em âmbito dos direitos coletivos *stricto sensu* ou em sede dos direitos individuais homogêneos, cujo interesse tem abarcado robustas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Está constitucionalmente excluída a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos? O Ministério Público é legítimo em se tratando de direitos individuais homogêneos? Dada indagação, que iremos ousarmos a apresentar uma melhor compreensão.

A tormentosa dúvida sobre a legitimação do Ministério Público em sede dos direitos individuais homogêneos inicia – se, com o artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988, em que o devido dispositivo, não faz qualquer menção aos interesses em discussão. Nesta égide, enfrentemos às principais respostas que costumeiramente são dadas a essa indagação.

Na primeira linha, um tanto restritiva, temos aqueles, que entendem que o Ministério Público somente poderá defender interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, em

²⁷⁹ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro...* Ibid. p. 515 e 516.

razão de apenas estes, estarem consagrados na Carta Magna vigente. É notável, a exclusão da defesa dos direitos individuais homogêneos. Parece – nos que esse dado entendimento é extremamente pobre e superficial. Assim, quando o constituinte de 1988 mencionou a locução interesses difusos e coletivos, estava se referindo a interesses transindividuais em sentido lato, não podendo sua ampla dicção subordinar – se à distinção, posteriormente feita em sede infraconstitucional, entre interesses coletivos *stricto sensu* e interesses individuais homogêneos. Por isso, embora à lei infraconstitucional tenha passado a definir os interesses coletivos em sentido estrito, e a distingui – los dos interesses individuais homogêneos, essa distinção não limita a abrangência da atuação ministerial em defesa de interesses transindividuais uma vez que expressão interesses coletivos tem alcance constitucional próprio²⁸⁰.

Nesse entendimento, transcrevemos a ilação doutrinária do ilustre estudioso, Hugo Nigro Mazzilli, a saber:

Vimos ser irrelevante tenha a Constituição omitido referência à defesa de interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, pois que essa expressão só foi cunhada pelo legislador quando da edição do CDC, ou seja, quase dois anos depois da promulgação de lei maior. Por isso, é óbvio que o inc. III do art.129 da Constituição empregou a expressão ‘interesses difusos e coletivos’ no sentido lato, que era aquele que lhe emprestava a doutrina da época²⁸¹.

Seguimos com o segundo posicionamento: a conjunção do artigo 81 e artigo 82 do diploma consumerista, que permite a irrestrita defesa de quaisquer interesses metaindividuais pelo Ministério Público, inclusive, de forma natural, os interesses individuais homogêneos.

²⁸⁰ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas. In *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Maria Clara Gozzoli; Mirna Cianci; Petrônio Calmon e Rita Quartieri. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 273 – 277.

²⁸¹ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas. In *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover...* Ibid. p. 278.

Deste modo, passemos à terceira linha de resposta à indagação: nos termos do artigo 128 “*caput*” da Carta Maior, ao Ministério Público somente poderá defender direitos individuais homogêneos se indisponíveis. Neste diapasão, ousemos dizer: quando a Constituição comete o Ministério Público à defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, não lhe está tolhendo, em tese, a possibilidade de zelar por interesses individuais homogêneos. A Carta Magna, em seu artigo 127, “*caput*”, quer que o Ministério Público defenda os interesses sociais todos, e os individuais apenas quando indisponíveis. Assim, quando os interesses individuais homogêneos, ainda que não indisponíveis, tiverem suficiente abrangência ou relevância, sua defesa coletiva assumirá inegável caráter social, inserindo – se, pois, nas atribuições constitucionais do Ministério Público²⁸². O que denota ser seu caráter de atuação imbuído de uma expressão que se traduz na coletividade.

Neste sentido, perfilhamos o ilustre ensinamento do nobre jurista Teori Albino Zavascki, “*in verbis*”:

É, pois, o art. 127 da CF – que atribui ao Ministério Público à incumbência de promover a defesa dos interesses sociais e que tem a força normativa específica de conferir legitimação para atuar extrajudicialmente e também para demandar em juízo – que oferece base constitucional para responder às indagações antes formuladas. É certo que os interesses sociais, assim, entendidos aqueles cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender suas necessidades de bem – estar e desenvolvimento, não se confundem com os interesses das entidades públicas nem, simplesmente, com o conjunto de interesses de pessoas ou de grupos, mesmo quando tenham origem comum. Entretanto, há interesses individuais que, quando considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico. Tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa o Ministério Público está constitucionalmente legitimado²⁸³.

²⁸² Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas. In *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover...* loc. cit.

²⁸³ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos...* Ibid. p. 223 e 224.

Dessa forma, não cabe ao Ministério Público, portanto, bater – se em defesa de todos e quaisquer direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possa ser classificado como homogêneos. Interesses individuais homogêneos não são, necessariamente, interesses sociais. Todavia, quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesses comunitário, nos termos acima enumerados, indubitavelmente, o Ministério Público estará legitimado a atuar, porque nessas circunstâncias estará atuando em defesa de interesses sociais²⁸⁴.

3. A legitimidade ativa das Defensorias Públicas

A Defensoria Pública é instituição essencial à justiça, da mesma forma digna que é o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Advocacia, conforme preleciona o artigo 134 da Constituição Federal de 1988. Sua atuação, de maneira destacada, é a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. É importante frisarmos, que a nobre instituição atua em favor de quem não é hipossuficiente econômico, em razão de desempenhar funções atípicas e típicas. A função típica é a que pressupõe hipossuficiência econômica, como poderíamos exemplificar, no caso, de ação civil pública para investigação de paternidade para pessoas de ínfima renda. No que tange, a sua função atípica não temos a caracterização da hipossuficiência econômica, seu destinatário é o

²⁸⁴ Superior Tribunal de Justiça – AgRg no Ag 124955/RJ. Presidente e Relator Arnaldo Esteves Lima. 1ª Turma. Data de Julgamento: 15.12.2011, publicado no DJe 02.02.2012. Acessado em 30.03.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1115059&sReg=200902215889&sData=20120202&formato=PDF. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça – REsp 1203573/RS. Presidente e Relator Humberto Martins. 2ª Turma. Data de Julgamento: 13.12.2011, publicado no DJe 19.12.2011. Acessado em 30.03.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1111325&sReg=201001335418&sData=20111219&formato=PDF; Superior Tribunal de Justiça – AgRg no AREsp 61893/RS. Presidente e Relator Sidnei Beneti. 3ª Turma. Data de Julgamento: 13.12.2011, publicado no DJe 01.02.2012. Acessado em 30.03.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1114317&sReg=201101710067&sData=20120201&formato=PDF

necessitado jurídico, cujo exemplo é o curador especial, de acordo com o artigo 9, inciso II do texto processual civil.

Posteriormente, às premissas, passemos a abordar a legitimidade ativa das Defensorias Públicas em âmbito metaindividual.

Anteriormente, ao advento da Lei nº. 11.448 de 2007, predominava – se na doutrina e na jurisprudência²⁸⁵, o entendimento de que a devida instituição, não detinha legitimidade para agir, em se tratando de ações coletivas. Somente existiam algumas permissões, quando a instituição atuasse como representante judicial de associação legitimada à propositura de ação coletiva, desde que economicamente hipossuficiente, ou ainda, quando um órgão da Defensoria Pública, especificamente destinado à defesa de direitos coletivos, ajuizasse demanda coletiva com fundamento no artigo 82, inciso III do Código de Defesa do Consumidor²⁸⁶.

Ante a nova redação do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública da Lei 7.347 de 1985, efetivada pela Lei nº 11.448 de 2007, temos expressamente a instituição, entre os legitimados para a propositura da ação civil pública, desde que em favor daqueles hipossuficientes economicamente ou necessitados juridicamente, observando, o atendimento ao requisito da pertinência temática, como bem concluimos da dicção do artigo 134 da Carta Constitucional vigente.

²⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça – Edcl no REsp nº 734.176/RJ. Presidente e Relator Francisco Falcão. 1ª Turma. Data de Julgamento: 17.08.2006, publicado no DJe 28.09.2006, p. 203. Acessado em 29.03.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=642482&sReg=200500386890&sData=20060928&formato=PDF.

²⁸⁶ Cf. DONIZETE, Elpídio e CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* Ibid. p. 142.

Precisamos alcançar outros fundamentos. Precisamos ir além. Será que essa afirmação, que a Defensoria Pública para ser considerada legitimada na propositura das ações coletivas, deve necessariamente ser composta exclusivamente de pessoas carentes?

Para essa indagação, trazemos à baila, a resposta do nobre Desembargador mineiro Elpídio Donizete e do jovem estudioso Marcelo Malheiros Cerqueira, assim, vejamos:

Malgrado a existência de opinião no sentido restritivo, afigura – se mais razoável a posição ampliativa da legitimidade da Defensoria Pública, admitindo – se tal entidade como legitimada à defesa de direitos coletivos em juízo ainda que o grupo substituído não seja composto apenas de pessoas carentes. Isso porque o que verdadeiramente importa é a atuação de Defensoria Pública visando à proteção de pessoas necessitadas, independentemente de que façam parte de uma coletividade mais extensa. E, como a essência do processo coletivo consiste no tratamento molecularizado dos litígios, não se pode sequer cogitar que a Defensoria Pública propunha demanda coletiva buscando a tutela de direito coletivo apenas em benefício de um dos segmentos da coletividade afetada. [...] Portanto, para que haja legitimidade da Defensoria Pública para certa causa coletiva basta que, dentro do grupo, existam membros hipossuficientes ou necessitados. A tutela jurisdicional prestada relativamente a essa demanda, de outro lado, beneficia todos os membros da coletividade, sejam, ou não carentes²⁸⁷.

Deste modo, compartilhamos com os nobres estudos, que a Defensoria Pública tem legitimidade nas ações coletivas²⁸⁸.

²⁸⁷ Cf. DONIZETE, Elpídio e CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* Ibid. p. 144.

²⁸⁸ Cf. Superior Tribunal de Justiça – REsp nº 912.849 /RS. Presidente e Relator José Delgado. 1ª Turma. Data de Julgamento: 17.02.2008, publicado no DJe 28.04.2008. Acessado em 29.03.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=734899&sReg=200602794575&sData=20080428&formato=PDF.

4. A legitimidade ativa nas formas de associativismo: associação, sindicatos e partidos políticos

Iniciaremos nossa exposição, tratando sobre a legitimação das associações, cujo respaldo legal, podemos encontrar no artigo 5, inciso XXI da Constituição Federal, bem como, no artigo 5 da Lei nº. 7.347 de 1985 e no artigo 82, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor. É imperioso, anotarmos, que parece – nos, que a um consenso no sentido de que, o termo associações, inclui tanto as entidades constituídas sob esta denominação, segundo a legislação civil, quanto os sindicatos, as cooperativas e demais formas associativas a que alude o artigo 174,§2º da Carta Magna vigente. Ao contrário do que é ocasionado nas *class actions* norte – americanas, a representação adequada, entre nós, foi fixada *ope legis*, todavia, sobejando algum espaço residual ao juiz, mormente quanto à associação – autora²⁸⁹.

Asseveramos: essa dada legitimidade está alicerçada na constituição de pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil e que inclua entre outras finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, turístico ou paisagístico. Essa dada exigência da pré – constituição foi estabelecida com a finalidade de escusar abusos, evitando a criação desacelerada de associações para propositura de ações coletivas, quiçá por razões políticas. Imaginou – se, que através desse dado lapso temporal de 1 (um) ano de constituição, poder – se – ia com mais segurança supô – la estável, com inegáveis finalidades sérias. Salientemos, que não se trata, porém de restrição absoluta. A legislação de regência da

²⁸⁹ Cf. TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano. Partes e legitimidade nas ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 180, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 23.

Ação Civil Pública, quanto o Código de Defesa do Consumidor, permite a dispensa da pré – constituição, à descrição do juiz, desde que haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou ainda, pela relevância do bem jurídico. Trata – se de forma de controle da própria legitimação, que não guarda relação com o fenômeno do controle da representatividade adequada²⁹⁰.

Outro importante requisito, que devemos observar é a chamada pertinência temática, ou seja, a correspondência entre a finalidade institucional da associação e o bem objeto da lesão ou da ameaça. No caso dos sindicatos, a doutrina costuma registrar que o interesse tem que ser da categoria como um todo, embora seus reflexos possam abranger trabalhadores sindicalizados ou não. Ora, não teria sentido admitir a legitimidade de uma forma de associativismo, para defesa de um interesse alheio, que não estivesse moldado ao valor norteador de sua constituição²⁹¹. A tutela coletiva deve apresentar vantagem prática, isto é, superioridade, em termos de eficácia, sobre a tutela individual, o que certamente não resultaria da atribuição indiscriminada de legitimidade a qualquer associação, para a defesa de quaisquer direitos²⁹². Cabe perguntarmos, porém, se uma organização que de tudo se ocupa, de fato, com algum valor comunitário. Assume, grande relevância o controle que deveria existir no controle exercido na verificação da legitimidade nessas dadas formas de associativismo. O problema não é de técnica legislativa, mas, sim, de âmbito judicial.

²⁹⁰ Cf. DONIZETE, Elpídio e CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* Ibid. p. 147.

²⁹¹ Temos posicionamentos que não evidenciam a necessidade da associação destinar ser de maneira exclusiva à defesa de direitos coletivos, nem que conste entre suas finalidades institucionais exatamente às expressões indicadas no artigo 5, inciso V, alínea b, da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82, inciso IV do Código de defesa do Consumidor, bastando, somente a simples remissão à preservação de bens e valores dos quais se possa deduzir a proteção daqueles direitos coletivos referidos nos dispositivos mencionados. Em que pese, toda cautela em torno do assunto, a uma exacerbada tolerância dos tribunais, no que tange aos fins das entidades legitimadas à propositura de ações coletivas. Cf. DONIZETE, Elpídio e CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos...* Ibid. p. 148.

²⁹² Cf. TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano. Partes e legitimidade nas ações coletivas... Ibid. p. 24.

5. Entes Públicos

Preliminarmente, parece – nos e ousamos dizer, um erro ao legitimar os entes públicos, para situações que estão entre as linhas do direito público e o privado. De toda maneira, deve ser saudosa como relevante a legitimidade dos entes públicos para a tutela coletiva, dentro de uma perspectiva que empobrece a acesso à justiça. Evidenciamos, uma gama de legitimados concorrentes que elastece sensivelmente as chances de que o bem jurídico encontre uma tutela perfeita, ao menos em abstrato. Não limitaremos nosso estudo a esses entes públicos, em razão de uma posição subsidiária, que a doutrina elenca em sede coletiva²⁹³.

²⁹³Cf. ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir...* Ibid. p. 158.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

O presente trabalho proporcionou uma singela apreciação no instituto da legitimidade para agir em sede dos direitos metaindividuais, cujo tema ostentou marcadamente uma importante polêmica estritamente no ordenamento jurídico nacional.

Essa dada discussão está em torno da dificuldade em se desvincular da concepção de tutela jurisdicional eminentemente moldada no tradicionalismo – individualista, cujos argumentos foram permeados durante todo o trabalho.

Salientados, não podemos nos esquecer, da elaboração de um singelo retrospecto histórico em torno dos diversos fatores sociais, que inegavelmente, contribuíram para uma insuficiência processual, em promover a adaptação de novos direitos, conceituados como direitos massificados, que, aliás, cuja essência é considerar o homem como objeto de proteção, sobretudo, o homem inserido no seio social, voltado para um compromisso do interesse comum, efetivando o profundo apogeu da coletividade.

Após, ostentados os fundamentos do processo coletivo, evidenciamos as linhas evolutivas e fundamentais para uma codificação do direito processual coletivo nacional, destacando os debates, os pontos polêmicos para uma pretensa proposta de Código Brasileiro de Processo Coletivo. Existem inúmeras indagações em torno do tema: será que existe realmente a necessidade de um Código de Processos Coletivos? Uma codificação seria oportuna? O debate foi devidamente fomentado.

Posteriormente, foram debatidos a categorização dos direitos metaindividuais, ou seja, os fundamentos dos direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos, com seus devidos alicerces distintivos, suas similitudes e toda a convivência harmônica existente entre as espécies.

Neste momento, muda – se o foco do trabalho e por derradeiro, é analisada a legitimidade para agir e toda sua conjuntura problemática no âmbito dos direitos transindividuais, o que desnuda uma verdadeira incompatibilidade com o sistema clássico da legitimidade para agir.

Essa foi nossa abordagem primordial. Esperamos, que através desse trabalho, tenhamos contribuindo para uma nova visão da legitimidade para agir em âmbito dos direitos massificados.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, GREGÓRIO ASSAGRA. *Direito Processual Coletivo Brasileiro* / Gregório Assagra Almeida. – São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 52, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIM, ARRUDA. *Manual de direito processual civil* / Arruda Alvim. – Vol. 01 – 11ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM, EDUARDO ARRUDA. “Apontamentos sobre o Processo Coletivo das Ações Coletivas”. In *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. – São Paulo, Quartier Latin, 2005.

_____. *Direito Processual Civil* / Eduardo Arruda Alvim. – 2ª ed. ref., atual. e ampl. da obra Curso de Direito Processual Civil. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ALVIM, JOSÉ MANUEL DE ARRUDA. *Tratado de direito processual civil* / José Manuel de Arruda Alvim. – Vol. 02 - 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Código de processo civil comentado* / José Manuel de Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

ARAÚJO, RODRIGO SOUZA MENDES DE. “A Ação para a Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos: a *Class Action for Damages* Brasileira?” In *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

ARENHART, SÉRGIO CRUZ. “As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário”. In *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

ARMELIN, DONALDO. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro* / Donaldo Armelin. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

BASTOS, CELSO SEIXAS RIBEIRO. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista de Processo*. n. 23, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Código de Processo Civil Interpretado* / Coord. Antonio Carlos Marcato. – 3ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Atlas, 2008.

BOBBIO, NORBERTO. *A Era dos Direitos* / Norberto Bobbio – Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico* / Norberto Bobbio (tradução de Maria Celeste C. J. Santos) – 10ª ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BORGES, ALICE GONZALEZ. Supremacia do Interesse Público. *Revista Diálogo Jurídico*. n.15, Bahia: Salvador, DP. Especialização em Direito Público, 2007.

BUENO, CASSIO SCARPINELLA. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro* / Cassio Scarpinella Bueno. – 2ª ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CALAMANDREI, PIERO. *Estudios sobre el proceso civil* / Piero Calamandrei. – Bueno Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. *Lições de direito processual civil* / Alexandre Freitas Câmara. –Vol. 01 – 19ª ed. rev. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CAMPOS, RICARDO RIBEIRO. Legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais homogêneos: sua compreensão a partir da teoria dos poderes implícitos e da interpretação sistemática da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 50, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAPPELLETTI, MAURO. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*. n. 05, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

_____. e GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. – tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema di diritto processuale civile* / Francesco Carnelutti. – Vol. 01. – Padova: Editora Cedam, 1931.

CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO; GRINOVER, ADA PELLEGRINI E DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Teoria Geral do Processo* – 18ª ed. ver. atual. – São Paulo: Saraiva 2002.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição. As relações processuais* / Giuseppe Chiovenda. – Tradução de José Guimarães Menegale – Vol. 02 – 2ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 1965.

DALLARI, DALMO DE ABREU. *Elementos de teoria geral do Estado* / Dalmo de Abreu Dallari. – 21ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2000.

DANTAS, IVO. “Direitos Individuais e Coletivos”. In *Tratado de Direito Constitucional*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. – Vol. 01 – São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DESTEFENNI, MARCOS. *Curso de processo civil: processo de conhecimento convencional e eletrônico* / Marcos Destefenni. – Tomo I – 2ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*. / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 17ª ed. atualizada com a Reforma Previdenciária – Ec nº 41/03. – São Paulo: Editora Atlas, 2004.

DIAS, LICÍNIA ROSSI CORREIA. Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 60, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A instrumentalidade do processo* / Cândido Rangel Dinamarco. – 10ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil* / Cândido Rangel Dinamarco. – Vol.02 – 6ª ed. ver. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DONIZETE, Elpídio e CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos*. – São Paulo: Atlas, 2010.

ESPÍNDOLA, RUY SAMUEL. A constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 44, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FERNANDES, SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA. Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, n. 71, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

FILHO, LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos* / Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. – Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FILHO, JOSÉ CELSO DE MELLO. *Constituição Federal anotada* / José Celso de Mello Filho. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1986.

FILHO, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO. *Ação civil pública: comentários por artigo: (Lei n. 7.347, de 24.7.85)* / José dos Santos Carvalho Filho. – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FILHO, MANOEL GONÇALVES FERREIRA. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo* / Manoel Gonçalves Ferreira Filho. – São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

FILHO, VICENTE GRECO. *Direito Processual Civil Brasileiro* / Vicente Greco Filho. – Vol. 01 – 13ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FUX, LUIZ. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento* / Luiz Fux. – Vol. I – 4ª ed. atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

FREIRE, RODRIGO DA CUNHA LIMA. A ação é um direito fundamental. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB – SP*. Edição: Direito Civil e Direito Processual Civil. n. 02, São Paulo, OAB/SP ESA, 2009.

_____. *Condições da ação* / Rodrigo da Cunha Lima Freire. - 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GAVRONSKI, ALEXANDRE AMARAL. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial* / Alexandre Amaral Gavronski. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GALLOTTI, CAROLINA. Pertinência temática nas ações coletivas. *Revista de Processo*, n.143, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GIDI, ANTONIO. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada* / Antonio Gidi. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista direito e sociedade*, n.01, Curitiba, 2004. BDJur Biblioteca Digital Jurídica.

_____. *Coisa julgada e litispendência* / Antonio Gidi. – São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, EROS ROBERTO. *Elementos de Direito Econômico* / Eros Roberto Grau. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI. “Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” In *Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* / Ada Pellegrini Grinover; Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim; Daniel Roberto Fink; José Geraldo Brito Filomeno; Kazuo Watanabe; Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. – 8ª ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. A problemática dos interesses difusos. In *A tutela dos interesses difusos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, ns. 14 – 15, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979.

_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 43, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

_____. “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – Exposição de Motivos”. In *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo, Atlas, 2006.

_____. “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.” In *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Édis Milaré. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____. “Direito Processual Coletivo”. In *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo, Atlas, 2006.

_____. O novo processo do consumidor. *Revista de Processo*, n. 62. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. “Rumo a um Código de Processos Coletivos – Exposição de Motivos”. In *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo, Atlas, 2006.

_____. “Rumo a um Código de Processos Coletivos”. In *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, n. 97. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. *Revista de Processo*, n. 157. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. WATANABE, KAZUO e MULLENIX, LINDA. Os processos coletivos nos países de *Civil Law* e *Common Law*: uma análise de direito comparado. Tema n.05 – In *Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas* / Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe e Linda Mullenix. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

JÚNIOR, AMÉRICO BEDÊ FREIRE. “Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: Legitimação, Competência e Coisa Julgada” In *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

JR., HERMES ZANETTI. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Coord. Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier e Thereza Alvim. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JR, LUIZ MANOEL GOMES. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo* / Luiz Manoel Gomes Jr. – São Paulo: SRS Editora, 2008.

_____. e FAVRETO, Rogério. O Projeto da nova Lei de Ação Civil Pública: aspectos principais. *Riedpa – Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesual y Arbitraje*, n. 01, Espanha, 2010.

JUNIOR, NELSON NERY. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo* / Nelson Nery Junior. – 10ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal* / Nelson Nery Junior. – 4ª ed. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Codificação ou não do Processo Coletivo? *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 07, Belo Horizonte: *De Jure* – Ministério Público do Estado de São Paulo, 2006.

JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e do processo de conhecimento* / Humberto Theodoro Júnior. – Vol. 01 – 50ª ed. atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

JÚNIOR, VICENTE DE PAULA MACIEL. Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas / Vicente de Paula Maciel Júnior. – São Paulo: Editora LTr, 2006.

JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes e SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. – São Paulo: Saraiva, 2003.

JR, DELOSMAR MENDONÇA. “A tutela mandamental como manifestação do princípio constitucional da efetividade do processo” In *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. Coord. George Salomão Leite. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

JR, Didier Fredie e JR, Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. – Vol. 04 – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Bahia: Editora JusPODIVM, 2009.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. – Vol. 01 – 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Bahia: Editora JusPODIVM, 2009.

KELSEN, HANS. *Teoria geral do estado* / Hans Kelsen. – Coimbra: Armênio Amado, 1945.

LEAL, MÁRCIO FLÁVIO MAFRA. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática* / Márcio Flávio Mafra Leal – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEONEL, RICARDO DE BARROS. *Manual de Processo Coletivo* / Ricardo de Barros Leonel. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, PEDRO. *Teoria geral da ação civil pública* / Pedro Lenza. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manual de direito processual civil* / Enrico Tullio Liebman. – Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. – Vol. 01 – 3ª ed. — São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

LOUREIRO, CAIO MÁRCIO. *Ação civil pública e o acesso á justiça* / Caio Márcio Loureiro. – São Paulo: Editora Método, 2004.

LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS. Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil. *Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo – AASP*, Homenagem ao Professor Celso Neves – n. 88, São Paulo, AASP, 2006.

MAGALHÃES, JOSELI LIMA. *Jurisdição e Processo em Giuseppe Chiovenda*. Trabalho publicado no XIX – Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós – Graduação em Direito – CONPEDI. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir* / Rodolfo de Camargo Mancuso. – 6ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. / Rodolfo de Camargo Mancuso. – 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, JOSÉ FREDERICO. *Manual de Direito Processual Civil* / José Frederico Marques. – 2ª edição. – São Paulo: Editora Saraiva, 1874.

MARINONI, LUIZ GULHERME. *Técnica processual e tutela dos direitos* / Luiz Guilherme Marinoni. – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo* / Luiz Guilherme Marinoni. – Vol. 01 – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Procedimentos Especiais*. – Vol.05 – 2ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATSMOTO, KATSUTOSHI. O Estado democrático de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n.33, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZEI, RODRIGO. “Ação Popular e o microsistema da tutela coletiva.” In *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Coord. Fredie Didier Jr. E José Henrique Mouta. Salvador: JusPODIVM, 2009.

MAZZILI, HUGO NIGRO, 1950 -. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses* / Hugo Nigro Mazzili. – 22ª ed.rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas. In *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Maria Clara Gozzoli; Mirna Cianci; Petrônio Calmon e Rita Quartieri. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MENDES, ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO. “O Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos”. In *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

_____. O anteprojeto de Código – Modelo de processos coletivos para os países Ibero – Americanos e a legislação brasileira. *Revista de Processo*, n.29, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Ações coletivas nos países ibero – americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas. *Revista de Processo*, n. 153, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Ações coletivas no direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Coord. Luiz Guilherme Marinoni – Vol. 04 – In *Coleção temas atuais de direito processual civil*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE; LOMBARDI, MARIANA CAPELA; AMADEO, RODOLFO DA COSTA MANSO REAL; DELLORE, LUIZ GUILHERME PENNACCHI; ZEVEIBIL, DANIEL GUIMARÃES. O colapso das condições da ação? Um breve ensaio sobre os efeitos da carência da ação. *Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo – AASP*, Homenagem ao Professor Celso Neves – n. 88, São Paulo, AASP, 2006.

MILARÉ, ÉDIS. *A ação civil pública na nova ordem constitucional* / Édis Milaré. – São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A ação civil pública e a língua portuguesa. In *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Édis Milaré – 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. As ações coletivas na Constituição de 1988. *Revista de Processo*, n.67, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária* / José Carlos Barbosa. Vol. 404. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In *Temas de direito processual civil*. – São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

MOREIRA, CARLOS ROBERTO BARBOSA. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. *Revista de Processo*, n.70, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MOURA, MÁRIO AGUIAR. Substituição Processual. *Revista do Processo*, n. 47, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

NEGRÃO, RICARDO. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa* / Ricardo Negrão. – São Paulo: Editora Leud, 2004.

NETO, CALIL SIMÃO. O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de exigir uma prestação jurisdicional eficaz. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 66, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. *Manual de Direito Processual Civil* / Daniel Amorim Assumpção Neves. – São Paulo: Editora Método, 2009.

NUNES, RIZZATO. “As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo”. In *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

_____. As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB – SP*. Edição: Direito do Consumidor Perspectivas Futuras. n. 07, São Paulo, OAB/SP ESA, 2011.

PASTORE, SUZANA VERETA HAHOUM. O direito de acesso à Justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 49, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PASSOS, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE. Comentários ao Código de Processo Civil / José Joaquim Calmon de Passos. – Vol. 03 – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

PINHO, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE. Blog do Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Projeto que trata da Ação Civil Pública é rejeitado na CCJ da Câmara em 17.03. 2010*. AMPERJ – Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

RAGAZZI, José Luiz; HONESKO, Raquel Shlommer; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “Processo Coletivo”. In *Manual de Direitos Difusos*. Coord. Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo, Editora Verbaim, 2009.

RANIERI, NINA BEATRIZ. Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 36, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, LUCIANO VELASQUE. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir* / Luciano Velasque Rocha. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROQUE, ANDRÉ VASCONCELOS. O microssistema de processo coletivo brasileiro (Uma análise feita à luz das tendências codificadoras). Patrono José Carlos Barbosa Moreira. Periódico Semestral da Pós – Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual da UERJ. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. VIII, Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo* / José Afonso da Silva. 20ª ed. ver., atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a emenda Constitucional n. 35 de 20.12.2001) – São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. “O sistema representativo, democracia semidireita e democracia participativa.” *Revista do Advogado – Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos*, n.73, São Paulo, AASP, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. e GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. - 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, SANDRA LENGGRUBER DA. *Elementos das ações coletivas* / Sandra Lenggruber da Silva. – São Paulo, Método, 2004.

SMANIO, GIANPAOLO POGGIO. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa* / Gianpaolo Poggio Smanio. – 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007. (Fundamentos Jurídicos).

SHIMURA, SÉRGIO. *Tutela coletiva e sua efetividade*. In Coleção Professor Arruda Alvim / Sérgio Shimura. – São Paulo: Editora Método, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano. Partes e legitimidade nas ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 180, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VENTURI, ELTON. *Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos* / Elton Venturi. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VIGIAR, JOSÉ MARCELO MENEZES. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos* / José Marcelo Menezes Vigiar. – São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES; EDUARDO TALAMINI e FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. – 10ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença* / Tereza Arruda Alvim Wambier. – 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

WATANABE, KAZUO. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, n. 139, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, n. 67, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Disposições Gerais. In *Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* / Ada Pellegrini Grinover; Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin; Daniel Roberto Fink; José Geraldo Brito Filomeno; Kazuo Watanabe; Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari. – 8ª ed. ver. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In *Tutela dos direitos difusos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover. – São Paulo: Editora Max Limonade, 1984.

YOSHIDA, CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO. *Tutela dos interesses difusos e coletivos* / Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, TEORI ALBINO. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos* / Teori Albino Zavascki. – 5ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SITES

www.tjsp.jus.br

www.stj.gov.br

www.stf.jus.br

www.priberam.pt

www.michaelis.com.br

www.conpedi.org.br/