

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**O MODELO PARTICIPATIVO DE PROCESSO COLETIVO – AS AÇÕES  
COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS**

Juliana Maria Matos Ferreira

Belo Horizonte  
2009

Juliana Maria Matos Ferreira

**O MODELO PARTICIPATIVO DE PROCESSO COLETIVO – AS AÇÕES  
COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Junior

Belo Horizonte  
2009

### FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Ferreira, Juliana Maria Matos

F383m O modelo participativo de processo coletivo: as ações coletivas como ações temáticas / Juliana Maria Matos Ferreira. Belo Horizonte, 2009.  
178f.

Orientador: Vicente de Paula Maciel Junior

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Legitimação extraordinária. 2. Estado de direito. 3. Direito processual coletivo. 4. Cidadania. 5. Direito processual de processo. I. Maciel Júnior, Vicente de Paula. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 347.922.6

Juliana Maria Matos Ferreira

**O MODELO PARTICIPATIVO DE PROCESSO COLETIVO – AS AÇÕES  
COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual, área de concentração: Direito Processual - O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre.

---

Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Junior (Orientador) - PUC Minas

---

(Professor convidado)

---

(Professor convidado)

Belo Horizonte, dezembro de 2009

Agradeço a todos que de certa forma contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho. Citar nomes me parece tarefa difícil devido ao risco de deixar de especificar alguns, mas, tenho certeza que a gratidão que possuo pelos verdadeiros amigos é pelos mesmos percebida, não somente por estas palavras, mas pelas atitudes mínimas do nosso dia-a-dia. De qualquer forma, alguns nomes pretendo citar.

A Deus, pela constante oportunidade de amadurecimento nessa trajetória divina que é a vida.

Ao meu pai, João Batista, orgulho de tê-lo como pai e saudades eternas; ao meu avó José Cortez, pela grandiosidade de seu coração e pelos valores que permeiam a nossa família.

Agradeço à minha mãe, Ângela, anjo da minha vida, por estar ao meu lado na minha sempre agitada caminhada, pelo amor e amizade

Ao Antônio, meu pai, por sempre nos amparar e permitir que sejamos sua família.

Aos meus irmãos, por me fazer feliz por estarem felizes.

Ao Marcelo, companheiro de toda a vida, presente de Deus, que me permite estar ao lado de uma alma tão especial, por entender as minhas ausências nesses treze anos, por todo o amor e conforto.

Às minhas outras mães, Tia Beco e à minha avó, por incondicionalmente cuidarem de mim.

A todos os meus amigos, que sabem verdadeiramente o papel que possuem na minha vida, sendo, em especial à Dani, por dizer sempre as palavras certas quando mais precisei; à Gisele, por sua compreensão, organização e pela amizade sincera e ao meu grande amigo Wellington, pelos conselhos acadêmicos, pessoais e pela retidão ao conduzir a vida.

Ao meu orientador e amigo Vicente de Paula Maciel Júnior, pela grandiosidade de seu caráter, pelo constante auxílio e apoio, por suas palavras sinceras que me oferecem um aprendizado constante.

A todos os meus alunos, que me permitem ter a certeza, a cada dia, do amor pela atividade docente.

A todos os professores e funcionários da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pelo apoio incondicional e por se tornarem parte de minha vida, transformando-se, cada qual, com suas características, membros de uma nova família.

*“Não estaremos a revelar nenhum segredo dizendo que a grande maioria nos nossos atuais círculos governamentais e parlamentares não acredita no povo brasileiro como entidade consciente, não lhe reconhecendo, portanto, nenhuma capacidade de discernimento e deliberação. O que se ouve a cada passo é que este povo, dado o seu grande atraso, do que precisa exatamente é de uma força que o tutele, o eduque e o conduza, protegendo-o mesmo contra si próprio, pois as suas deploráveis condições de educação e cultura o predispõem a todos os desatinos. Nesta escandalosa e terrível contradição é que reside a verdadeira causa do nosso já embaraço constituinte... (José Maria dos Santos, 1944)*

## RESUMO

O objetivo geral do presente trabalho é a elaboração de uma reflexão acerca de processos que tenham como objeto a proteção de interessados difusos e a superação de barreiras constituídas pela processualística clássica no intuito de afastar os legitimados da construção de procedimentos pelos quais, ao final, serão afetados. Tais procedimentos encontram-se em contraponto com a determinação da Constituição da República de 88 que garante o livre acesso à jurisdição pelo direito de ação conferido indistintamente a todos.

As influências sociais, econômicas e políticas mostram-se como elementos que estão sendo considerados para análise da instituição do processo coletivo e sua respectiva procedimentalização.

Neste diapasão, inúmeras são as inovações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro que visam conferir ao processo coletivo uma similitude ao processo individual mediante a manutenção de dualidade de partes que se faz presente segundo os parâmetros de autor-réu, em contraste a um procedimento em que vários interesses se fazem presentes.

A nova processualística deve buscar meios de inclusão, jamais de exclusão do cidadão, pela eleição de representantes para postulação em juízo da defesa dos interessados coletivos.

O objetivo específico refere-se à tentativa de se demonstrar que o afastamento do cidadão dos denominados processos coletivos não coadunam com a realidade introduzida pela Constituição de 88, que tem como objetivo principal a instituição do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Legitimação. Estado Democrático de Direito. Processo Coletivo. Cidadania. Modelo Constitucional de Processo.

## **ABSTRACT**

The overall objective of this study is to develop an understanding about the process that has as its object the protection of diffused stakeholders and overcoming barriers formed by the typical processualistic in order to overcome the legitimate construction of the procedures by which, after all, they will be affected. Such procedures are in contrast with the determination of the Constitution of 1988 which guarantees free access to the court for the right of action given indiscriminately to all.

The influence of social, economic and political orders is shown as elements that are being considered for the analysis of the institution of the collective process and their respective proceeding.

In this matter, there are innumerable innovations in the Brazilian legal system designed to give the collective process similarity to the personal one through the maintenance of dual shares which is present within the parameters of author-defendant, in contrast to a procedure in which various interests are present.

The new processualistic should seek means of inclusion, never exclusion of the citizen, the election of delegates for the nomination in court in defense of collective interest.

The specific objective refers to an attempt to demonstrate that the removal of citizens of so-called collective processes do not correspond to the reality introduced by the Constitution of 1988, which has as its main objective the establishment of the Democratic State of Law.

Keywords: Legitimizing. Democratic State of Law. Collective Process. Citizenship. Constitutional Process Model.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
<b>1 ABORDAGEM HISTÓRICA DA COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO: DO PROCESSO INDIVIDUAL AO PROCESSO COLETIVO.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 O direito processual como ciência autônoma.....</b>	<b>15</b>
1.1.2 A fase instrumentalista do processo e os movimentos de acesso à justiça.....	19
<b>1.2 O direito processual coletivo.....</b>	<b>23</b>
<b>1.2.1 As controvérsias terminológicas da ciência processual coletiva.....</b>	<b>27</b>
1.2.1.1 Os direitos ou interesses difusos.....	29
1.2.1.2 Os direitos ou interesses coletivos.....	30
1.2.1.3 Os direitos ou interesses individuais homogêneos.....	31
1.2.1.4 A reconstrução do direito e do interesse.....	33
<b>1.3 As fases de coletivização do direito processual brasileiro.....</b>	<b>38</b>
1.3.1 A ação popular como procedimento de participação do cidadão.....	39
1.3.2 A ação civil pública como procedimento coletivo típico.....	42
1.3.3 O Código de Defesa do Consumidor e a instituição do princípio da interação e integração das normas.....	44
1.3.4 O constitucionalismo de 88 e a nova abordagem da ciência processual...46	
<b>2 A ORIGEM DAS NORMAS PROCEDIMENTAIS COLETIVAS BRASILEIRAS.....</b>	<b>53</b>
<b>2.1 A <i>common law</i> estadunidense e o sistema de <i>class action</i>.....</b>	<b>57</b>
<b>2.2 A influência do sistema de <i>common law</i> na procedimentalização coletiva.....</b>	<b>60</b>
2.2.1 O denominado transplante responsável entre a <i>common law</i> e a <i>civil law</i> .....	61
<b>2.3 O direito processual coletivo no direito comparado.....</b>	<b>65</b>
2.3.1 O direito francês.....	66
2.3.2 O direito italiano.....	68
2.3.3 O direito português.....	74
2.3.4 Análise comparativa dos principais modelos normativos do processo coletivo.....	78
<b>3 O INSTITUTO DA LEGITIMAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....</b>	<b>82</b>
<b>3.1 Breve histórico da legitimação na ciência processual.....</b>	<b>86</b>
3.1.1 A legitimação em Chiovenda como direito subjetivo do titular do direito material.....	86
3.1.2 A legitimação em Liebman como condição da ação.....	89
3.1.3 A legitimação em Carnelutti como consequência do interesse processual.....	94

3.1.4 A legitimação em Fazzalari como situação legitimante e situação legitimada.....	97
<b>3.2 A legitimação no Código de Processo Civil.....</b>	<b>101</b>
<b>3.3 Classificação da Legitimação segundo Donald Armelin.....</b>	<b>102</b>
<b>3.4 Classificação atual do instituto da legitimação.....</b>	<b>104</b>
3.4.1 Legitimação Ordinária .....	104
3.4.2 Legitimação Extraordinária.....	105
3.4.3 Legitimação Especial.....	108
3.4.4 Legitimidade concorrente e disjuntiva.....	109
<b>4 A LEGITIMAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO.....</b>	<b>110</b>
<b>4.1 As propostas de elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.....</b>	<b>115</b>
4.1.1 Os projetos de Antônio Gidi e Ada Pellegrini Grinover.....	115
4.1.2 O projeto desenvolvido no âmbito da PUC/Minas.....	126
4.1.3 O Projeto de Lei nº 5.139/2009.....	128
<b>4.2 Os legitimados coletivos.....</b>	<b>132</b>
4.2.1 A Legitimação do Ministério Público.....	132
4.2.2 A Legitimação da Defensoria Pública.....	134
4.2.3 A Legitimação das Associações e Sindicatos.....	137
<b>5 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO COLETIVO.....</b>	<b>139</b>
5.1 A democracia como princípio balizador do ordenamento jurídico.....	139
5.2 A cidadania como mecanismo de participação.....	146
5.3 O processo coletivo como meio de concretização da democracia.....	155
5.4 O modelo participativo de processo coletivo: as ações coletivas como ações temáticas.....	160
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>168</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>173</b>

## INTRODUÇÃO

A pesquisa elaborada se insere no debate referente ao processo coletivo, pelas discussões do instituto da legitimação coletiva e sua forma de implementação em consonância com a ordem constitucional vigente.

No Brasil, as reformas legislativas processuais têm buscado, de forma geral, a celeridade de tramitação processual, a conferência de maior efetividade aos pronunciamentos jurisdicionais e a redução de obstáculos para se conquistar um resultado final célere e “justo”.

Nesse sentido, as leis em torno do processo coletivo vêm sendo editadas, visando afastar barreiras consideradas como dificultadoras de uma célere resposta ao jurisdicionado.

As transformações verificadas nas sociedades pós-modernas e a consagração de direitos fundamentais individuais e coletivos repercutem incisivamente nas questões levadas ao judiciário.

A consolidação das sociedades de massa que se depara dia-a-dia com necessidades cada vez mais complexas e de amplo alcance passaram a exigir do ordenamento jurídico e conseqüentemente do Direito Processual o desenvolvimento de técnicas e funções pouco desempenhadas em períodos anteriores, mas que refletem, atualmente, como necessidade urgente.

Questões relativas ao meio-ambiente, consumo, saúde, educação, patrimônio histórico e cultural, urbanismo, dentre outros, adentraram nas discussões judiciais e, por sua relevância, impulsionaram o desenvolvimento de uma nova técnica procedimental, que requer tratamento e estudos próprios por se afastarem do modelo procedimental até então existente.

A aplicação de princípios e regras do processo individual ao processo coletivo reflete a ausência de cientificidade no tratamento da matéria pela processualística, que se esquia da análise das características específicas em torno do mesmo. O número maior de interessados envolvidos no processo coletivo é ignorado no intuito de se atingir os objetivos acima traçados referentes à celeridade processual.

Destaca-se, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao enumerar os direitos e garantias fundamentais conferidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país contemplou expressamente a dimensão coletiva dos direitos ali enumerados, ampliando, dessa forma, as possibilidades de interesses passíveis de serem tutelados e garantidos em juízo.

Neste sentido, o processo coletivo desempenha importante papel para concretização da ordem democrática instituída pela Constituição de 88, não apenas pelo alcance dos direitos traçados, mas também pelo número de indivíduos envolvidos para a construção participada do processo.

Com efeito, verificamos que os direitos denominados como difusos, coletivos e individuais homogêneos incidem frequentemente sobre questões de grande relevo para a vida em sociedade.

As preocupações que nortearam a elaboração deste estudo não fogem aos propósitos gerais em torno das peculiaridades e justificativas legislativas em torno do processo coletivo, mas se voltam especialmente para o instituto da legitimação, nos procedimentos que envolvem um número indeterminado ou determinável de indivíduos, que, segundo a legislação existente, podem ser representados por um ente capaz de defender os “interesses” comuns.

Impõe-se asseverar que mediante a eleição de representantes para a coletividade a dimensão coletiva das novas questões postas em juízo são tratadas pela legislação como procedimentos individuais, pois, conforme justificativa doutrinária e jurisprudencial atual, se assim não fossem tratados e discutidos, dificilmente encontrariam outra forma de procedimentalização em consonância com os ditames da celeridade e eficácia processual.

Assim, sob esta perspectiva, são conduzidos os procedimentos coletivos, que afastam os interessados da participação do processo pelo qual serão afetados.

A partir desta perspectiva é que esta pesquisa busca discutir os limites e as implicações da escolha de representantes dos “interesses” da coletividade em juízo, fenômeno decorrente do ímpeto de se propiciar celeridade e eficácia do judiciário em prol dos princípios e garantias constitucionais.

Pretende-se demonstrar, neste contexto, que o devido processo legal, instituído pela Constituição de 88 não pode ser relativizado, assim como a conseqüente mitigação dos princípios institutivos do processo como a ampla defesa, o contraditório, a isonomia, dentre outros.

Se a Constituição garante o acesso amplo e irrestrito a todos, sem qualquer diferenciação, não cabe ao legislador infraconstitucional restringi-lo.

Não há na Constituição a diferenciação entre direitos individuais e coletivos, quanto às garantias e princípios fundamentais e, aliás, o que verificamos é uma explícita equiparação dos mesmos.

Para tanto o marco teórico que se adota é a concepção das ações coletivas como ações temáticas, por sua preocupação em conciliar princípios e garantias fundamentais e a técnica procedimental em torno de questões

coletivas, além de propiciar a abertura de participação e debate referente a temas que envolvem os interessados coletivos, em consonância com os princípios consagrados pela ordem constitucional.

Buscar-se-à explicar, ao longo da pesquisa, a constante revisitação da ciência processual, da fase de sua autonomia até o momento atual, que reflete a necessidade de implementação de uma nova técnica procedimental em torno do processo coletivo; as origens das normas procedimentais coletivas brasileiras e um estudo do direito comparado, bem como um minucioso estudo do instituto da legitimação, iniciando no processo individual e atingindo o processo coletivo, referindo aos projetos existentes em torno da matéria e, por fim, se referenciará o modelo de técnica procedimental coletiva em consonância com a Constituição da República de 88 – as ações coletivas como ações temáticas e as conclusões obtidas a partir dos estudos empreendidos.

# 1. ABORDAGEM HISTÓRICA DA COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO: DO PROCESSO INDIVIDUAL AO PROCESSO COLETIVO

## 1.1 O direito processual como ciência autônoma

Tradicionalmente, a ciência processual estudada de forma autônoma em relação ao direito material inicia-se em 1868 com a obra de Oscar Von Bulow.

Anteriormente à obra de Bulow, Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais, o direito material e o direito processual eram entendidos como um todo unitário, o que se conhece pela fase sincretista ou imanentista do processo predominante na segunda metade do século XIX.

No período referenciado, o direito processual era estudado como mero acessório do direito material, não havendo sentido se referir ao processo de forma desvinculada do direito material (direito subjetivo) violado e submetido à apreciação do judiciário.

O caráter privatístico da ciência processual anterior aos ensinamentos de Bulow vê-se explicitado pelas teorias então desenvolvidas<sup>1</sup>: Teoria do Processo como Contrato<sup>2</sup>, de Pothier de 1800 e Teoria do Processo como Quase-Contrato<sup>3</sup>, de Savigny e Guényvau de 1850.

---

<sup>1</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 77.

<sup>2</sup> Segundo a referida teoria, as partes se submetem voluntariamente ao processo e ao seu resultado, por meio de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado.

<sup>3</sup> Para a teoria do processo como quase-contrato, o processo, embora não possa ser definido como contrato, ao mesmo se assemelharia, pois, a vontade prevaleceria diante dos fenômenos

Ao realizar a distinção entre direito material e direito processual, procurou Bulow estabelecer quais eram os institutos que constituíam a relação jurídica processual, fixando uma técnica processual independentemente da pretensão deduzida em juízo, definindo o processo como:

(...) relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum.<sup>4</sup>

Chiovenda, ao se referir ao processo como relação jurídica, afirma:

Il processo civile contiene un rapporto giuridico. È l'idea già inerente al iudicium romano; nonchè alla definizione che del giudizio davano i nostri processualisti medievali: iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis (Búlgaro, De iudiciis, § 8) È l'idea che la dottrina e la pratica esprimevano già inconsapevolmente colla parola litispendenza, intesa questa come la pendenza d'una lite nella pienezza dei suoi effetti giuridici. Litispendenza e rapporto giuridico processuale sono concetti ed espressioni non equivalenti ma coincidenti.<sup>5</sup>

Bulow<sup>6</sup> estrutura os pressupostos de existência, validade e desenvolvimento do processo com fundamento na relação estabelecida entre juiz, autor e réu (Teoria da Relação Jurídica), deixando, para um segundo plano a apreciação do direito alegado pelas partes, o que evidencia a autonomia da relação jurídica processual e do direito de ação.

Pautados na teoria da relação jurídica, vários juristas tentaram classificar a relação estabelecida entre juiz, autor e réu, tratando-a ora como triangular

---

jurídicos. Para esta teoria, a parte que ingressa em juízo já possui a consciência que o processo poderá ser favorável à mesma ou não, com o que concordaria, independentemente da aderência do réu.

<sup>4</sup> BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN Editora, 2005, p. 6.

<sup>5</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 50.

<sup>6</sup> BULOW. **Teoria das Exceções...**, p. 7.

(Wach), angular (Helwig) ou linear (Khoeler)<sup>7</sup>, mas sem, contudo, afastar os ensinamentos já consolidados quanto à autonomia da relação processual da estabelecida com o bem da vida em disputa pelas partes decorrentes da relação de direito material.

Os estudos de Bulow e a conquista de autonomia pelo Direito Processual funcionaram como verdadeiro divisor de águas para desenvolvimento da ciência do processo, no que tange um estudo técnico procedimental, desapegando-se das classificações preexistentes de vinculação do mesmo ao direito material.

Anteriormente ao estudo do processo de Bulow, a polêmica entre Windscheid e Muther, de 1856, a respeito do direito de ação já havia inaugurado uma nova tendência científica de independência procedimental, sendo os juristas citados responsáveis pela publicização da do direito de ação<sup>8</sup>.

Teorias posteriores foram desenvolvidas no intuito de definir o direito de ação, como a Teoria do Direito Concreto<sup>9</sup> e a Teoria do Direito Abstrato<sup>10</sup>, corroborando o aperfeiçoamento da ciência processual.

---

<sup>7</sup> Wach entendia a relação processual entre o juiz e as partes como de direito público, e das partes entre si como de direito privado, numa perspectiva triangular. Khoeler afirmou que a relação seria de natureza privada, estabelecendo-se somente entre as partes, sendo o juiz mero colaborador e não partícipe, numa perspectiva linear. Para Planck e Hellwig as partes não estavam vinculadas uma à outra, mas ligadas ao juiz, sendo uma relação de direito público e angular.

<sup>8</sup> Windscheid formula o conceito de *anspruch*, que corresponde à pretensão ou razão, e está direcionado ao particular a quem o detentor da pretensão exercerá o seu direito de exigir a prestação. Muther, principal crítico de Windscheid, definia dois elementos para a ação, fazendo frente à noção proposta por este que relacionava a *actio* ao direito dirigido ao obrigado. Já que aquele identificava dois elementos para a ação, um de direito privado e um segundo, dirigido ao Estado, entendido como o direito à tutela jurídica.

<sup>9</sup> Adolph Wach, em 1885, desenvolve estudo científico demonstrando que a ação seria um direito autônomo, não se vinculando com o direito subjetivo material ameaçado ou violado, separando, portanto, o direito de ação do direito material. Entretanto, defende Wach que a existência da tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através de proteção concreta, só existindo o direito de ação quando presente uma sentença favorável, o que demonstra a natureza concretista de seus estudos.

<sup>10</sup> A Teoria da Ação como direito Concreto foi desenvolvida por Degenkolb, em 1877, na Alemanha, e por Plosz na Hungria. Segundo esta teoria, a diferenciação entre direito de ação e

Com o debate entre Windscheid e Muther quanto ao direito subjetivo, afirma Aroldo Plínio Gonçalves<sup>11</sup>, que a teoria da relação jurídica, assim como a conceituação do direito de ação, se aprimoraram.

O processo como relação jurídica parte da civilística do século XIX, de Bulow e Windscheid, e influencia os seguintes processualistas Chiovenda, Rocco, Satta, Calamandrei, Carnelutti e Liebman, atribuindo-se a este último o desenvolvimento do direito processual brasileiro.

Liebman, nascido em Leopoli, em 1903, foi aluno de Chiovenda na Faculdade de Direito da Universidade de Roma no período compreendido entre 1920 e 1924, e responsável pelo incremento da ciência processual no Brasil, em 1940, ao inaugurar a Escola Processual de São Paulo.

No Brasil, Liebman teve como seguidores, Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, José Frederico Marques e Cândido Rangel Dinamarco, cabendo a Alfredo Buzaid a elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

A Lei nº 5869/73 que instituiu o Código de Processo Civil procurou elaborar normas específicas no que tange ao procedimento de pretensões individuais em juízo, que seriam promovidos pelos próprios titulares do direito, afastando a possibilidade de defesa e juízo em nome próprio de direitos alheios, salvo mediante autorização legislativa, conforme se verifica em seu artigo 6º.

---

direito material invocado não era suficiente, visto que o direito de ação deveria ser entendido como direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado, independentemente da existência ou inexistência do direito material, existindo a ação mesmo quando a sentença não concedesse ou negasse a existência do direito.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 76.

Insta destacar que o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, atualmente em vigor, mesmo após inúmeras reformas, não se ocupou com as normas procedimentais referentes às pretensões deduzidas em juízo para a defesa de direitos difusos e do processo coletivo.

Contudo, observamos diante da insuficiência de normas específicas, que a aplicabilidade do Código de Processo Civil de cunho individualista nos procedimentos coletivos ainda se faz presente.

A legislação existente, de forma esparsa, procura abarcar as normas procedimentais específicas para tutela de pretensões coletivas, mas, verificamos que o necessário conhecimento científico para unificação da legislação encontra-se ainda em construção.

### ***1.1.2 A fase instrumentalista do processo e os movimentos de acesso à justiça***

A teoria da instrumentalidade teve como precursores, no Brasil, a denominada Escola Paulista de Processo, que sob a influência de Liebman passou a estudar o Direito Processual à luz do que havia de mais moderno à época, destacando-se os estudos de Luis Eulálio Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros.

Cândido Rangel Dinamarco, traduzindo Liebman, publica a obra “A instrumentalidade do Processo”<sup>12</sup>, cujo objetivo central era realizar o estudo do processo como meio e não como fim, explicitando os marcos iniciais da denominada Teoria Instrumentalista do Processo.

---

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 324.

A concepção instrumentalista visa conferir ao processo a função de instrumento de pacificação social, de resolução de conflitos de forma justa, em consonância com as controvérsias sociais, políticas e jurídicas, atribuindo ao mesmo os denominados escopos metajurídicos<sup>13</sup>.

Vários juristas pautaram seus estudos em novos fenômenos como os conflitos sociais, dificuldades de acesso à justiça e elevadas custas judiciais, principalmente nas décadas de 60 e 70, o que propiciou, após a conquista da autonomia do direito processual, a elaboração da Teoria Instrumentalista do Processo<sup>14</sup>, como mecanismo de se viabilizar a resolução de problemas que ultrapassavam os limites da função jurisdicional.

Dinamarco<sup>15</sup> define que os fins da jurisdição deveriam ser pautados na pacificação com justiça e educação, canalizados, desta feita, nos próprios fins do Estado, mediante o aprimoramento da atividade jurisdicional.

Sob influência da fase instrumentalista do Processo, e, no intuito de superar as dificuldades advindas do Estado Liberal, quanto ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti<sup>16</sup> desenvolve o conhecido movimento de acesso à justiça, apresentando os três entraves principais relativos ao acesso ao judiciário e, conseqüentemente, as três soluções, as conhecidas ondas renovatórias do direito processual.

---

<sup>13</sup> Importante delinear que os escopos metajurídicos defendidos por Dinamarco partem das idéias de Chiovenda que define o escopo do processo como o meio de atuação do direito material, acrescentando-lhe a função de pacificação com justiça, de conflitos sociais, e outras finalidades que extrapolam a realização do ordenamento jurídico, conforme discorre Aroldo Plínio, em sua obra, Técnica Processual e Teoria do Processo.

<sup>14</sup> DINAMARCO, **A instrumentalidade**, p. 384.

<sup>15</sup> DINAMARCO, **A instrumentalidade**, p. 384.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988, p. 10.

O acesso à justiça de Mauro Cappelletti<sup>17</sup>, alvo de crítica de muitos juristas, que limitam-se a questionar a subjetividade da palavra justiça<sup>18</sup>, merece destaque por demonstrar as fases pelas quais o direito processual buscou aperfeiçoar-e.

Neste sentido, afirma:

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.<sup>19</sup>

A primeira onda renovatória do direito processual, para solução do acesso à justiça, segundo Cappelletti<sup>20</sup>, tem início em 1965 e busca garantir a assistência judiciária aos pobres, afastando-se a limitação do acesso apenas às classes dotadas de “poder” econômico.

A reformulação nos sistemas de assistência judiciária em todo o mundo pôde ser percebida nos seguintes períodos: 1965, nos Estados Unidos; 1972, na França, na Suécia e na República Federal da Alemanha e em 1974 na Áustria e na Holanda. Desenvolveu-se na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha um sistema por meio do qual a assistência judiciária passa a ser estabelecida como um direito para todas as pessoas<sup>21</sup>.

A segunda onda renovatória defendida por Cappelletti refere-se à representação dos interesses difusos em juízo, pois, a concepção tradicional

---

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 15.

<sup>18</sup> Não se pretende questionar as divergências entre as expressões acesso à justiça ou acesso ao judiciário, pois, a terminologia empregada pouco importa se os objetivos a que se pretenda chegar forem os mesmos: a primazia dos direitos e garantias fundamentais, hoje inseridos na Constituição da República de 1988, conforme preconiza o Modelo Constitucional de Processo.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 13.

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 17.

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 19.

do direito civil, segundo Cappelletti, não permitia a proteção dos direitos transindividuais.

O processo visto sob a ótica de duas partes (autor-réu) e as normas clássicas do direito processual inviabilizavam a proceduralização de direitos considerados como de grupos e do público em geral.

As regras existentes em torno da legitimidade e do procedimento, de cunho individual, não facilitavam a propositura de demandas envolvendo interessados difusos ou coletivos, e uma reformulação do procedimento visando abarcá-lo significaria uma reestruturação do processo, conforme se verifica nas palavras do autor: a propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos é, por si só, uma grande reforma.<sup>22</sup>

No mesmo sentido, afirma que:

Embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.<sup>23</sup>

E ainda:

A reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo. Em vista disso, o Ministério Público e suas instituições correspondentes, muitas vezes, não dispõem do treinamento e experiência necessários para que sejam eficientes.<sup>24</sup>

Segundo o autor a legitimação ativa na defesa dos interesses difusos deve ser conferida a um “representante adequado” que atue em nome da coletividade, mesmo que os membros da referida coletividade não tenham sido devidamente citados.

---

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 49.

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 27.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 52.

Ao fazer referência a esta nova legitimação, aduz Cappelletti<sup>25</sup>, conseqüentemente, a uma nova noção de coisa julgada, pois, afirma que, para se tornar efetiva a decisão, deverá a mesma obrigar a todos, independentemente da participação.

Assim como a coisa julgada, os questionamentos em torno da defesa em juízo de interessados coletivos demandaria a reestruturação da processualística até então existente.

Ao descrever a terceira onda renovatória do direito processual, Cappelletti<sup>26</sup> foca a sua atenção para as instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos, utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas, o que a doutrina atual entende pela busca da efetividade do processo.

A efetividade representaria uma reformulação dos procedimentos, na estrutura do judiciário a fim de se atribuir maior oportunização de acesso e especialização de formas procedimentais, seja para conflitos individuais, seja para conflitos coletivos, em consonância com os dois movimentos anteriores citados de acesso à justiça.

As ondas renovatórias do direito processual elaboradas por Mauro Cappelletti demonstram as dificuldades apresentadas à ciência do processo que, acreditamos até o presente momento, encontram-se em fase de necessária superação.

## **1.2 O direito processual coletivo**

---

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 52.

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 67.

A estruturação clássica do direito processual, não apenas no Brasil, mas nos ordenamentos jurídicos internacionais, denota forte resquício da origem civilista do direito processual e do modelo de Estado Liberal, pois, ainda transparece a prevalência das pretensões individuais de direito material em juízo.

Embora as relações entre indivíduos constituam parte da realidade contemporânea, uma nova dimensão se faz presente: os conflitos em que se extrapola o quadro limitado das relações interindividuais.

Identificamos que a nova classe de direitos que decorre de valores que se mostram semelhantes<sup>27</sup> a determinados grupos, classes e organizações, decorrentes dos agrupamentos sociais e dos movimentos de massa, não encontra no ordenamento jurídico normas claras capazes de organizar a processualística coletiva.

Acreditamos ser equivocado o entendimento de que as manifestações de massa sejam recentes e em especial do século XVIII, como decorrente das reivindicações operárias e da Revolução Industrial. Tal conclusão, nos termos da presente pesquisa parece-nos simplista.

A afirmação que o início do processo coletivo se deve às manifestações do século XVIII e assim como a estruturação de procedimentos para a tutela de grupos e classes no período acima descrito deve ser utilizada apenas como um marco, em função da intensidade dos movimentos e do envolvimento de um número expressivo de interessados diante da sistemática agressão aos direitos e bens jurídicos.

---

<sup>27</sup> Utiliza-se a expressão valores por ter a presente dissertação como fundamento a pesquisa desenvolvida por Vicente de Paula Maciel Junior – Teoria das Ações Coletivas – As Ações Coletivas como Ações Temáticas, que considera os valores como a projeção dos interesses individuais manifestados em uma sociedade.

Defendemos que desde que o homem se coloca em convívio com os demais a vida em sociedade e a necessidade de regulamentação da mesma mostram-se como realidades inafastáveis.

As manifestações da classe operária decorrentes do capitalismo liberal, o aumento da população consumidora, a concentração da população nos centros urbanos e a elevada desigualdade social serviram como fator determinante para a intervenção estatal em problemas que perpassavam a figura das pessoas, isoladamente consideradas.

O fenômeno de ascensão das massas funcionou como mola propulsora para modificação do direito frente à nova realidade, pois as dificuldades se acentuaram à medida que as situações da vida distanciam-se das normas procedimentais existentes.

A importância da participação dos indivíduos para a transformação do contexto ao qual estão inseridos, assim como a modificação da estrutura normativa que regulamenta a vida em sociedade pode ser demonstrada pelas palavras de Parsons traduzidas por Babalet:

Esses movimentos têm tendência para ganhar força à medida que a tensão do conflito entre os requisitos normativos para a inclusão e as limitações factuais que lhe são impostas se traduzem em pressões para agir. Os movimentos porém, não só exprimem tensão neste sentido mas também “agitam mais as coisas”.<sup>28</sup>

É cediço que, diante das novas necessidades, a ciência processual não se quedou inerte.

A necessidade de elaboração de leis para defesa da sociedade de massas e para organização dos movimentos classistas que se formavam impulsionou o ordenamento jurídico de cunho individual-liberal ao

---

<sup>28</sup> BARBALET, J.M. **A cidadania**. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p 153.

reconhecimento de novos direitos e a elaboração de uma estrutura procedimental para defesa dos mesmos.

A dificuldade inicial para regulamentação do processo coletivo residia na existência de mais de um titular frente ao mesmo objeto ou pretensão, distanciando-se dos institutos processuais até então existentes como o litisconsórcio e da intervenção de terceiros, que se mostravam insuficientes.

Dessa forma, os “interesses” foram tratados como comuns, limitados a uma categoria ou grupo, e ampliaram o debate entre os processualistas no que tange à dificuldade de definição de comunhão de interesses em razão de um vínculo jurídico capaz de uni-las. A comunhão de interesses permite a postulação em juízo de um único sujeito representante dos direitos grupais, mantendo-se a tradicional dualidade autor-réu do direito processual.

Tal possibilidade, sem dúvida, representa uma controvérsia diante do instituto da legitimação no plano da legislação ordinária brasileira, mas que a técnica procedimental procurou aceitar mediante a permissão, em hipóteses excepcionais, de se atribuir à pessoa diversa daquela que se entendia como titular da situação litigiosa, a que se conhece pela legitimação extraordinária.

Neste sentido, alvo de maior atenção dos processualistas continua sendo, todavia, a defesa em juízo de coletividades que não se encontram vinculadas por uma relação jurídica base, capaz de enquadrá-las em grupos, classes ou categorias.

Frisamos que tal situação decorre de um fato comum em que vários interessados encontram-se envolvidos, recebendo a denominação, segundo os moldes do ordenamento jurídico Italiano, de interesses coletivos ou difusos.

O problema maior que se encontra na defesa dos direitos citados acima reside na dificuldade de se assegurar aos titulares de pretensões a participação no processo e a conseqüente atividade jurisdicional eficaz.

Neste contexto, permeando as novas necessidades, as ondas renovatórias do direito processual de Mauro Cappelletti<sup>29</sup> foram utilizadas para delinear as barreiras que deveriam ser enfrentadas, em especial, na segunda onda renovatória dos direitos processuais, para se garantir o acesso à justiça aos interessados difusos.

A ausência de regulamentação quanto à representação em juízo dos interessados difusos, assim como a insuficiência das normas estatuídas no Código de Processo Civil proporcionaram a edição de leis esparsas para a defesa de direitos que se afastavam do modelo dualista tradicional e, mostraram-se como fundamental para o desenvolvimento da ciência do direito processual coletivo.

Gregório Assagra de Almeida acresce como de suma importância para a defesa de direitos transindividuais e desenvolvimento do processo coletivo, além da autonomia do direito processual e da fase instrumentalista do processo, a edição da Lei nº 7347/85 – Lei da Ação Civil Pública, a Constituição de 1988, que garante a defesa de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos<sup>30</sup> e a edição da Lei nº 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, definindo-os como os *três grandes momentos no*

---

<sup>29</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à ...**, p. 31.

<sup>30</sup> A Constituição da República de 1988 estabelece como direitos e garantias fundamentais (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) os direitos e deveres individuais coletivos (Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos)

*Brasil do fenômeno denominado mundialmente de movimento pela coletivização do processo.*<sup>31</sup>

### **1.2.1 As controvérsias terminológicas da ciência processual coletiva**

Anteriormente à explicitação da legislação brasileira referente ao processo coletivo, é mister demonstrarmos as controvérsias terminológicas existentes tanto no ordenamento jurídico quanto na doutrina quanto às expressões direito e interesse.

A legislação brasileira referente aos processos coletivos parece utilizar as expressões direito e interesse como sinônimas, qualificando como direitos ou interesses coletivos, em sentido lato, aqueles referentes a toda gama de direitos ou interesses que superam uma relação entre dois indivíduos.

Exemplificam esta utilização terminológica o inciso IV, do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública que se refere ao ajuizamento de ação civil pública para a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo; o artigo 129, inciso III da Constituição que confere ao Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; e o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor ao se referir à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A título de complementação, citamos além das leis já explicitadas: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), a Lei de Probidade

---

<sup>31</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

Administrativa (Lei nº 8429/92), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03); a Lei de Defesa à Ordem Urbanística (Lei nº 10257/2001), dentre outras que foram editadas após a Constituição de 1988.

As legislações acima referenciadas utilizam ora a expressão direito ora a expressão interesse para se referirem ao objeto que pretendem tutelar.

Diferentemente, observamos no Código de Defesa do Consumidor, que utiliza ambas as expressões, permitindo a opção entre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, procurando afastar as inúmeras controvérsias quanto à terminologia empregada.

Ampliando o debate referente ao processo coletivo, verificamos, além dos questionamentos entre “direito e interesse”, a imprecisão conceitual dos direitos que ultrapassavam os limites da individualidade, como se denota pela multiplicidade de conceitos como: direitos ou interesses transindividuais, supraindividuais, metaindividuais, pseudocoletivos ou pseudoindividuais.

Impõe-se destacar, no mesmo sentido, a dificuldade quanto à distinção entre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que ora se pautavam na identificação da titularidade ativa, ora no objeto tutelado.

Ressaltamos que até o presente momento, diante da ausência de unicidade doutrinária e jurisprudencial no que se refere aos inúmeros pontos controvertidos da matéria, podemos observar a manutenção das confusões terminológicas supra, seja por insuficiência de uma técnica procedimental autônoma ou por questões de técnica legislativa.

### **1.2.1.1 Os direitos ou interesses difusos**

Além de afastar os questionamentos quanto às expressões de direito ou interesse, o Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único do artigo 81, realiza a distinção dos direitos entre difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Quanto à primeira categoria, estabelece que se reputam como difusos os direitos ou interesses transindividuais de natureza indivisível e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato.

Ricardo de Barros Leonel cita Hugo Nigro Mazzili que define os direitos ou interesses difusos:

como interesses que se referem a grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistem um vínculo jurídico ou fático muito preciso, possuindo objeto indivisível entre os membros da coletividade, compartilhado por número indeterminável de pessoas.<sup>32</sup>

Quanto ao posicionamento supra, apenas se esclarece que entendemos não existir entre as pessoas indeterminadas, qualificadas como difusas, qualquer vínculo comum de natureza jurídica. Acreditamos existir um vínculo fático, pois, defendemos como difusos os interessados interligados por uma situação de fato.

Para Vincenzo Vigoriti<sup>33</sup> o interesse difuso corresponderia a uma fase do interesse coletivo, anterior à formação do mesmo.

---

<sup>32</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

<sup>33</sup> VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi i processo – la legittimazione ad agire**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 42.

Caracteriza ainda, o citado autor, o interesse coletivo pela coordenação de vontade e da atividade dos titulares dos interesses individuais que, organizados, resultam no coletivo.

Tomamos como exemplo tradicional no que tange aos direitos difusos as questões relacionadas ao meio-ambiente, como direito ao ar puro, a preservação da flora e fauna, assim como qualquer direito ou interesse relacionado à qualidade de vida.

### **1.2.1.2 Os direitos ou interesses coletivos**

A *priori* é necessário ressaltar que os direitos ou interesses coletivos em sentido *lato* abarcam tanto os direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido *stricto* quanto os individuais homogêneos.

Define o parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor os direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* como transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Quanto às pessoas integrantes de um grupo, categoria ou classe, verificamos que podem ser indeterminadas, mas determináveis enquanto coletivamente reunidas.

Descartamos, desde já, a possibilidade de configuração como direitos ou interesses coletivos os que correspondem aos direitos relativos às pessoas jurídicas, conforme adverte Ricardo de Barros Leonel:

Não se pode, entretanto, confundi-los com os interesses da pessoa jurídica, ou com o simples somatório simples dos interesses individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe. Em ambas as hipóteses, estaríamos diante de simples

interesses individuais, ainda que eventualmente formulados em juízo em litisconsórcio.<sup>34</sup>

Cabe salientar que a relação jurídica base pode ser estabelecida tanto entre os membros de um grupo ou pela sua ligação com a parte contrária, mas necessita ser a mesma estabelecida anteriormente ao ato lesivo.

Exemplificamos como coletivos os direitos de determinada categoria de empregados representada por sindicato, os alunos de determinada rede de ensino, os membros da associação de consumidores, os contratantes de determinado consórcio que tentam impedir aumentos abusivos, dentre outros.

A organização e o estabelecimento da relação jurídica base anteriores a um evento danoso permitem-nos afastar qualquer entendimento dos interessados coletivos como decorrentes de um feixe de direitos individualmente agrupados.

### **1.2.1.3 Os direitos ou interesses individuais homogêneos**

Visando abarcar direitos ou interesses que continuamente e de forma expressiva, decorrentes de uma origem comum, afetam individualmente os sujeitos, o Código de Defesa do Consumidor ampliou o rol dos direitos coletivos englobando os direitos ou interesses individuais homogêneos.

Consideram-se como individuais homogêneos os direitos ou interesses decorrentes de uma origem comum, ou seja, direitos consequentes de um evento danoso ou lesão similar.

A relação jurídica estabelecida entre as partes, ao contrário do estabelecido para os direitos ou interesses coletivos, é estabelecida após o ato

---

<sup>34</sup> LEONEL, **Manual de Processo...**, p. 109.

ou a lesão, o que permite a classificação como direitos acidentalmente coletivos ou como direitos individuais coletivamente tratados<sup>35</sup>.

Comumente tratados como individuais homogêneos são os conflitos referentes às relações de consumo e relações previdenciárias.

O fundamento apresentado para incorporação ao rol dos direitos coletivos é a possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais adquirir dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade.

Trata-se de questão de política legislativa, segundo Ricardo de Barros Leonel, em que não há impedimento para o ajuizamento da ação competente para satisfação das pretensões individuais.

Identifica o prefalado autor as vantagens da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos:

Prevenção da proliferação de numerosas demandas individuais onde se repetem exaustivamente o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; obstar a contradição lógica de julgados, que desprestigia a justiça; resposta judiciária equânime e de melhor qualidade, com tratamento igual a situações análogas, conferindo efetividade à garantia constitucional de todos perante a lei; alívio na sobrecarga do Poder Judiciário, decorrente da “atomização” de demandas que poderiam ser tratadas coletivamente; transporte útil da coisa julgada tirada no processo coletivo para demandas individuais.<sup>36</sup>

Verificamos que a consideração dos direitos individuais homogêneos como coletivos coaduna com as tendências atuais da processualística brasileira no que tange à celeridade na resolução de conflitos, visando respostas rápidas e equânimes como técnica procedimental.

Ressaltaremos ao longo deste trabalho se tais medidas devem ser implementadas a qualquer custo.

---

<sup>35</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Jus Podium, 2007, p. 76.

<sup>36</sup> LEONEL, **Manual de Processo...**, p. 112.

Vale destacar na oportunidade que vislumbramos, em consonância com o entendimento de Elton Venturi<sup>37</sup>, nos direitos individuais homogêneos a utilização de regras procedimentais coletivas para direitos individuais, o que permite o questionamento em torno dos mesmos se estamos nos referindo à tutela de direitos coletivos ou tutela coletiva de direitos.

#### **1.2.1.4 A reconstrução do direito e do interesse**

A distinção entre as expressões *direito* e *interesse* é sabiamente tratada por Vicente de Paula Maciel Junior<sup>38</sup> em sua obra *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*.

Quanto ao uso das referidas expressões, Vicente de Paula Maciel Júnior tece minucioso estudo em sua obra e afirma:

É de fundamental relevância, que a terminologia sobre determinada matéria seja bem delimitada e conhecida, sob pena de não haver o entendimento e a unificação do discurso, e não ser possível o consenso.

O interesse nasce e se exaure na intenção do sujeito, em sua manifestação perante as outras pessoas, na sua esfera privada. Os interesses manifestados são afirmações de vontade do sujeito em face de um bem. Não ocorre a sua transformação em direitos. Estes não pertencem à esfera privada de manifestação da parte, mas sim à esfera pública. Os direitos existem como fenômeno tipicamente social. Não existe direito sem que haja o reconhecimento pelo Estado, pelos outros sujeitos, de que os poderes ou faculdades exercidos pela parte sobre o bem são legítimos. A partir do momento em que há o reconhecimento social, o respeito às faculdades e poderes exercidos pelo sujeito sobre o bem, estabelece-se o consenso de que aquele é o titular legítimo de um direito.<sup>39</sup>

Pretende o referido autor reconstruir o conceito de direito e interesse a partir da negação científica do conceito de direito subjetivo segundo o modelo tradicionalmente existente.

---

<sup>37</sup> VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 62.

<sup>38</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. Belo Horizonte: LTR, 2006, p. 20.

<sup>39</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 55.

Para atingir o objetivo almejado, o autor analisa as origens e evoluções históricas da terminologia, passando pelos conceitos de Jeremy Bentham, Ihering, Augusto Comte, dentre outros, para descortinar os conceitos de interesse público, interesse geral, interesse coletivo, interesse difuso.

Para Maciel Junior<sup>40</sup>, o estudo de Ihering parte de uma concepção individualista que centrou no conceito de direito subjetivo e do interesse como componente do conceito de direito, definindo, neste sentido, o direito como o interesse juridicamente protegido.

Atribui à equiparação de conceitos de direito e interesse de Ihering o obscurecimento e impossibilidade de evolução da doutrina no estudo dos direitos coletivos e difusos.

No intuito de demonstrar, de forma simples, a impossibilidade de adoção da equiparação pretendida por Ihering, Maciel Junior<sup>41</sup> traz como exemplo o conflito de interesses estabelecido entre uma estatal de controle ambiental, que embarga determinada empresa siderúrgica, que polui o meio-ambiente e ofende as normas existentes.

No citado exemplo, temos vários interessados envolvidos: a entidade estatal que atua com o poder de polícia e de acordo com as normas existentes; temos os interessados difusos na preservação do meio-ambiente saudável; temos o interesse da empresa na continuidade de desenvolvimento de sua atividade comercial; temos o interesse dos empregados da empresa que visam a permanência de sua relação de emprego.

---

<sup>40</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 43.

<sup>41</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 38.

Mantendo o raciocínio supra, verificamos que todos os delineados interesses poderão ser manifestados, sem que, contudo, possamos afirmar a prevalência de uns sobre os outros.

Neste sentido, diante de um conflito de interesses, preleciona Maciel Junior<sup>42</sup> que somente após o devido processo legal é que poderemos nos referir à existência de direitos de qualquer dos envolvidos, ou seja, apenas pelo procedimento de validação judicial do interesse é que podemos nos referir à existência de direitos.

Anteriormente ao procedimento de validação, temos apenas interesses, jamais direitos, tornando-se impossível a prevalência de interesses enquanto em conflito.

Destaca ainda o autor que o procedimento de validação do interesse poderá ocorrer até mesmo na via extrajudicial, mediante o acordo das partes envolvidas, o que conceitua de procedimento de validação espontâneo ou social<sup>43</sup>.

Na perspectiva de Ihering, conforme defende Maciel Junior<sup>44</sup>, não há como explicar satisfatoriamente a existência e legitimação de diversos interesses perante a norma. Como verificaríamos quais interesses poderiam ser considerados direitos? Qual seria o interesse juridicamente protegido?

Neste sentido define que “interesses são manifestações unilaterais de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens”<sup>45</sup>. E continua, “o direito

---

<sup>42</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 41.

<sup>43</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 39.

<sup>44</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 39.

<sup>45</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 39.

objetivo é o conjunto de normas abstratamente previstas e vigentes em um determinado país e que formam o seu sistema jurídico”.<sup>46</sup>

Explicita que diante de um conflito de interesses verificamos manifestações de vontades distintas em face de um mesmo bem, perante o direito objetivo existente em um determinado país e que o direito subjetivo somente existirá após o reconhecimento espontâneo ou judicial (devido processo legal) do interesse.

O equívoco metodológico cometido por Ihering se resume, neste contexto, em pressupor que os interesses somente teriam importância para o direito a partir do momento em que ocorresse a previsão legal de tutela do mesmo, importando ao direito apenas o interesse juridicamente protegido, que redundamente, verificamos ser um direito.

Após as definições supra, resta claro que segundo Maciel Junior<sup>47</sup> não podemos nos referir a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, pois o interesse é definido como a manifestação de vontade de um sujeito frente a um bem, sendo, desta feita, sempre individual.

Neste contexto, a correta utilização terminológica segundo o autor seria interessados difusos, coletivos e individuais homogêneos, fundamentando que serão os mesmos definidos a partir de um objeto que toca um número indeterminado ou determinável de pessoas.

Os fatos e as circunstâncias dele decorrentes serão responsáveis pela identificação dos diversos interessados, que segundo a possibilidade e a forma de agrupamento, será permitida a qualificação dos mesmos nos termos acima citados.

---

<sup>46</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 39.

<sup>47</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 43.

Se a amplitude dos fatos não permitir a identificação dos interessados individuais estaremos diante de interessados difusos, mas, se o fato atingiu interessados pertencentes a um grupo ou categoria estaremos diante de interessados coletivos. Já se o fato atinge indivíduos não agrupados ou organizados que manifestam de modo homogêneo os seus interesses, estaremos diante de interessados homogêneos.

As expressões utilizadas no direito coletivo atual, nos termos da teoria exposta mostram-se explicitamente equivocadas, pois denotam a ausência de esclarecimento e os reflexos da teoria de Ihering na indistinção entre direitos e interesses.

A diferenciação terminológica precisa ser concretizada.

Corroborando a distinção entre direitos e interesses, Aroldo Plínio assevera:

Que o direito subjetivo se configura como momento de verticalização da norma jurídica, que garante a pretensão exigível do titular em face da previsão feita no modelo normativo, o interesse seria outra modalidade de situação jurídica, que nem sempre contem de forma evidente a pretensão, concluindo que, quando obtém conteúdo jurídico o interesse passa a ser merecedor de garantias.<sup>48</sup>

Como mecanismo de aprofundamento da pesquisa, Maciel Junior elabora minucioso estudo quanto à utilização da expressão *interesse* em diversos ramos do conhecimento como a psicologia, a sociologia, a filosofia, sempre no intuito de demonstrar a equivocidade da utilização do termo e a necessidade de distinção entre as expressões direito e interesse.

Sem desmerecer o trabalho desenvolvido por Ihering que refletia o momento histórico vivenciado pelo mesmo, diante da necessidade de

---

<sup>48</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte**. São Paulo: Revista Forense; Separata v. 331, 1994, p. 1227-1228.

afirmação do indivíduo perante o Estado centralizador e forte, esclarece Maciel Junior<sup>49</sup> que a complexidade da sociedade pós-moderna não nos permite partir das mesmas premissas, assim como mantê-las.

A permanência de conceitos já ultrapassados permite, na atualidade, a utilização do interesse como pertencente a grupos, categorias ou classes que serão representados por um único sujeito capaz de delinear qual é o “interesse geral” do grupo. Talvez este seja o motivo para manutenção do equívoco.

Errônea, neste sentido, é a conferência de legitimidade apenas a um ente capaz de representar o grupo, estruturação que não deve servir de base para a procedimentalização do direito coletivo.

No Estado Democrático de Direito, instituído após a Constituição de 1988, a participação dos interessados nos processos decisórios que aos mesmos interessa valeu-se como a nova realidade.

A instituição de um modelo participativo proporcionará o amplo debate de todos os interessados, eis que, de forma correta e técnica, definimos os interesses individuais, devendo proporcionar a todos a defesa dos mesmos na construção do devido processo legal.

### **1.3 As fases de coletivização do direito processual brasileiro**

Diante do tradicionalismo da ciência processual marcado pela presença de uma legislação de caráter individual, cujos procedimentos são regulamentados pelo Código de Processo Civil pautado na relação autor-réu, o ordenamento jurídico brasileiro timidamente editou as leis referentes aos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

---

<sup>49</sup> MACIEL JÚNIOR. **Teoria das Ações...**, p. 19.

Embora Gregório Assagra de Almeida delimite, conforme já descrito, os momentos de coletivização do processo – a autonomia do direito processual, a edição Lei da Ação Civil Pública, o Constitucionalismo de 1988 e a edição do Código de Defesa do Consumidor – ousa-se, no presente trabalho, discordar do autor, e inserir um novo marco para processo coletivo: a edição da Lei da Ação Popular, a Lei nº 4717/65.

A importância da referida lei poderá ser percebida ao longo do trabalho, por ser a mesma, até o presente momento, a única a permitir a defesa em juízo pelo cidadão do patrimônio público.

### ***1.3.1 A ação popular como a procedimento de participação do cidadão***

A Lei da Ação Popular, embora anterior à Constituição de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, confere legitimidade a todos os cidadãos para pleitearem a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, como se verifica em seu artigo 1º:

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

Justifica-se, assim, a inclusão da Lei da Ação Popular como primeira a delinear os direitos coletivos no Brasil, principalmente por incluir o cidadão como legitimado.

Embora inúmeras críticas sejam tecidas pelos estudiosos do direito quanto à denominada “condição de cidadão” ou o “status de cidadão” escolhidos pela referida lei, qual seja, a comprovação mediante juntada de cópia de título de eleitor, não se pretende adentrar, no presente momento, na controvérsia.

José Afonso da Silva assim define a Ação Popular:

A ação popular é um instituto que diríamos tridimensional porque pode ser estudada sob o tríplice aspecto constitucional, administrativo e processual, à vista de sua natureza de garantia constitucional da boa administração e agora também do meio ambiente ecologicamente equilibrado, de sua natureza de controle da correção da ilegalidade de atos de administração lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente natural e cultural, e, enfim, de sua natureza de ação civil, com características peculiares que geram particularidades processuais e procedimentais nem sempre de fáceis soluções teóricas e práticas. Na verdade, a essência do instituto se encontra em sua natureza processual, sem o que não se realizaria nem como garantia nem como controle.<sup>50</sup>

A ação popular foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro no inciso XXXVIII, do artigo 113, da Constituição de 1934, que conferia a qualquer cidadão a legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, Estados ou Municípios.

Inicialmente, a Ação Popular visava à proteção do patrimônio da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; de entidades autárquicas; de sociedades de economia mista; de sociedades mútuas de seguro, nas quais a União represente os segurados ausentes; de empresas públicas; de serviços

---

<sup>50</sup> MANCUSO. Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 5.

sociais autônomos; de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Destacamos que a própria lei delimita num primeiro momento a conceituação de patrimônio público como os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico, estético ou turístico.

Diante do momento político vivenciado pelos brasileiros na década de 1930 – Ditadura Getulista – a ação popular foi suprimida da Constituição de 1937, retornando ao ordenamento jurídico brasileiro somente com a Constituição de 1946, nos mesmos moldes anteriores.

Com o advento da Constituição de 1988 o objeto da ação popular é ampliado, estabelecendo-se a possibilidade de seu ajuizamento para anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Destacamos que a pessoa jurídica não se legitima à propositura da ação popular, assim como o Ministério Público, sendo-lhe possível, contudo, assumir, no curso do procedimento, a posição de parte, seja no prosseguimento do feito, quando o autor popular desistir da ação ou der causa à extinção do processo sem resolução do mérito, seja interpondo recurso contra a decisão acaso proferida contra o autor popular.

Embora não obrigatório, o litisconsórcio entre dois ou mais cidadãos é sempre possível.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>51</sup> cita que a legitimação concorrente e disjuntiva dos cidadãos comporta os seguintes riscos, conforme relatado por Proto Pisani: a colusão entre algum dos co-legitimados e a autoridade responsável pelo ato irregular e a possibilidade de utilização do autor popular da desistência da ação como instrumento de pressão em face da Administração Pública.

Como mecanismo de se afastar o litisconsórcio entre os co-legitimados, Proto Pisani<sup>52</sup>, individualiza três possibilidades: atribuir legitimação para agir “disgiuntamente a tutti i membri della coletività interessata”; atribuí-la exclusivamente aos representantes de grupos e associações que tenham como fim institucional expresso a tutela de interesses coletivos específicos; atribuí-la ao Ministério Público.

Observamos que, no que tange à ação popular o ordenamento jurídico brasileiro consagrou a primeira das hipóteses aventadas.

Objetivamos ressaltar que independentemente da natureza adotada para a legitimação do cidadão na ação popular, os fatores culturais, políticos, sociais e técnicos são utilizados, na atualidade, como inviabilizadores da efetiva participação do indivíduo nas demandas coletivas, o que denota um ambiente desfavorável às iniciativas populares frente ao Estado.

Neste sentido, o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso:

Muitas vezes acontece que um indivíduo isolado, para sustentar em juízo esse tipo de pleito, defronta-se com adversários de grande poder político e econômico. De sorte que a sua luta – para repetir uma imagem que teve oportunidade de usar em algum artigo – poderia assemelhar-

---

<sup>51</sup> PISANI, Andrea Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi innanzi al giudice civile ordinario, **Giurisprudenza Italiana**, vol, 89, nº 6.

<sup>52</sup> PISANI, Andrea Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi innanzi al giudice civile ordinario, **Giurisprudenza Italiana**, vol, 89, nº 6.

se à que travaria contra Golias um Davi sem funda. Era preciso, então, repensar o problema da legitimidade.<sup>53</sup>

A legitimação do cidadão limita-se, desta feita, à ação popular, sendo que as demais legislações referentes ao processo coletivo “definem” quais são os legitimados ativos para a defesa dos respectivos objetos tutelados em juízo, o que se denomina como uma eleição *ope legis*.

A evasiva justificativa para a “escolha” de representantes para atuação em juízo fundamenta-se na incapacidade do cidadão de atuar isoladamente, frente às questões sociais e políticas que envolvem as demandas coletivas, assim como a ausência de conhecimentos específicos no que tange a pretensão deduzida em juízo, motivo pelo qual, resta “esquecida” a ação popular.

### **1.3.2 A ação civil pública como procedimento coletivo típico**

O projeto de Lei nº 4984/85, da Câmara dos Deputados e, posteriormente, no Senado Federal sob o número 20/85 foi transformado em lei em 1985, a Lei nº 7347/85 – a Lei da Ação Civil Pública.

Um dos principais fundamentos para a edição da referida lei decorreu das dificuldades decorrentes da ausência de legislação específica para defesa dos direitos coletivos em juízo e da insuficiência do artigo 6º do Código de Processo Civil no que tange à legitimidade das partes.

Saliente-se que a Lei da Ação Civil Pública representou um avanço no que se refere à defesa dos direitos coletivos por tratar de pontos sensíveis da

---

<sup>53</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular...**, p. 155.

processualística, como a legitimação, o objeto, o procedimento e a coisa julgada, alvos de constante debate.

Anteriormente à edição da Lei da Ação Civil Pública já havia sido implementada a Lei nº 6938/81, que dispunha sobre a Política Nacional do Meio-Ambiente, estabelecendo a legitimação exclusiva do Ministério Público para promoção da ação de responsabilidade civil.

Diante da timidez da referida lei, por restringir a legitimação apenas ao Ministério Público e ainda somente para defesa em juízo de interessados difusos, a Lei nº 7347/85 recebeu grande destaque no ordenamento jurídico.

A Lei da Ação Civil Pública institui a defesa em juízo de interessados difusos e coletivos por legitimados ativos que atuam em nome próprio na defesa da coletividade.

Dentre o rol dos legitimados estão Ministério Público, Associações, Sindicatos, dentre outros, que atuam com legitimação classificada como corrente e disjuntiva<sup>54</sup>, conferindo a qualquer dos legitimados a postulação em juízo; e a legitimação de um, não depende da atuação de forma conjunta com os demais.

Insta salientar que, dentre os legitimados, os cidadãos não estão incluídos.

Como objetos tuteláveis pela Lei da Ação Civil Pública, observamos primeiramente a elaboração de um rol taxativo, que excluía as hipóteses não arroladas. Foram inicialmente descritas a proteção ao meio-ambiente, ao consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

---

<sup>54</sup> LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 170.

Além da limitação quanto ao objeto, a Lei da Ação Civil Pública restringia a proteção aos direitos difusos, não existindo no ordenamento jurídico a distinção entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, matéria instituída pela Constituição de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8079/90, temos a ampliação do âmbito de incidência dos objetos tutelados pela Lei nº 7347/85, incluindo a possibilidade de defesa de qualquer outro interesse difuso e coletivo.

Corroborando o objetivo de ampliação da Lei da Ação Civil Pública, a Lei nº 8079/90 permite a aplicação no que se refere às normas procedimentais dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

O notável desenvolvimento ocorrido com a edição da Lei da Ação Civil Pública e o constate debate da matéria pela mesma referenciada associada à ampliação da legitimação e dos objetos tutelados funcionou como marco inicial para o desenvolvimento da ciência processual coletiva e a sua consequente autonomia.

### ***1.3.3 O Código de Defesa do Consumidor e o princípio da interação e integração das normas processuais***

A comissão presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover e integrada por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari, foi responsável pela elaboração da legislação que foi aprovada como Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90.

O Código de Defesa do Consumidor é considerado como mecanismo responsável pela implementação dos princípios da interação e integração das normas procedimentais coletivas.

Estabelece o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 90, a aplicabilidade integrada das normas procedimentais estatuídas tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto na Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7347/85, conforme se verifica abaixo:

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Visando a consolidação da integração normativa, alterou o Código de Defesa do Consumidor o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Procurou o legislador ao instituir o Código de Defesa do Consumidor efetuar a diferenciação entre as várias espécies de interessados tutelados, definindo os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, afastando as incertezas quanto à definição dos mesmos.

O diploma também se refere à abrangência dos limites subjetivos da coisa julgada e da possibilidade de exclusão dos indivíduos lesados que possuam ações individuais em curso.

Além de representar um avanço em termos legislativos na defesa dos consumidores, mediante estabelecimento de legislação específica, a integração entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública

representa o início do estudo procedimental da tutela coletiva, dotado de características próprias, afastando-o do procedimento civil, que apenas subsidiariamente será aplicado.

#### ***1.3.4 O constitucionalismo de 88 e a nova abordagem da ciência processual***

No Brasil, a Constituição da República de 88, ao instituir o Estado Democrático de Direito, constitui uma nova ordem para discussão das funções do Estado e dos mecanismos de participação popular.

A consolidação e proteção dos direitos fundamentais foram fatores determinantes para efetivação da cidadania. A Constituição de 1988 estabelece entre os seus fundamentos e objetivos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição de 1988, que institui o Estado Democrático de Direito, rompe conceitos privatísticos e autoritários, ampliando as indagações

concernentes ao vínculo estabelecido entre a nova ordem constitucional instituída, o direito processual e a participação da sociedade.

O constitucionalismo processual de 1988 inaugura uma nova fase da ciência do processo, ocupando-se com a asseguaração dos direitos e garantias fundamentais.

O reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos sem a consequente aplicabilidade prática impossibilitava o exercício real dos mesmos, afastando-os do plano da eficácia.

O reconhecimento Constitucional dos direitos fundamentais, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>55</sup>, mostra-se insuficiente se não vier acompanhado de garantias que assegurem a efetividade e o livre exercício de tais direitos.

Para concretização da nova ordem instituída se faz necessária a superação das antigas e insatisfatórias normas técnicas e a implementação de uma ciência processual capaz de atender às novas exigências em consonância com os direitos e garantias fundamentais que se mostram inderrogáveis.

A manutenção no ordenamento jurídico de normas que almejam superar os limites para os quais foram instituídas, visando sanar as falhas decorrentes da omissão Estatal no desempenho de suas funções, não coadunam com os objetivos e fundamentos da Constituição de 1988.

Na democracia, a construção da realidade pela qual a sociedade se submete deverá pela mesma ser produzida mediante o amplo debate e participação.

---

<sup>55</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 11-12.

A viabilidade de concretização dos direitos fundamentais citada por Baracho<sup>56</sup> deverá ocorrer em sede jurisdicional pelo devido processo.

A vinculação entre Processo e Constituição foi inicialmente introduzida pelo constitucionalista mineiro que aduz que os levantamentos sobre o processo constitucional partem de análise sobre o conceito, a extensão e limites das garantias constitucionais.

Prossegue afirmando que o processo como garantia constitucional se consagra nas Constituições do século XX com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana.

O estabelecimento de princípios processuais a nível constitucional, assim como a exigibilidade de cumprimento, trazem o delineamento para o Modelo Constitucional, devendo o processo ser entendido segundo Rosemiro Pereira Leal como “instrumentador da atividade jurisdicional pelos direitos fundamentais da isonomia, da ampla defesa e do contraditório”<sup>57</sup>.

Afirma Cattoni<sup>58</sup> que, segundo o Modelo Constitucional de Processo de Andolina e Vignera, “as normas e os princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se consideradas na sua complexidade, concedem ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral de direito”.

Habermas<sup>59</sup> conceitua o Estado Constitucional como “uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os

---

<sup>56</sup> BARACHO, **Direito Processual...**, p. 13-14.

<sup>57</sup> LEAL, **Teoria Geral...**, p. 27.

<sup>58</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, 159.

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I e II. ed. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 216.

destinatários das normas legais podem, no mesmo tempo, se reconhecerem como os autores da lei”.

Nos termos do texto da Constituição de 1988 notamos que o processo trata-se de uma instituição constitucionalizada onde se verifica a presença do direito constitucional de ação representado pela garantia de que "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (Art. 5º., XXXVI da CF/88).

A visão que se pode ter com a leitura do citado artigo da Constituição refere-se à existência de normas de caráter proibitivo, vedando ao legislador a criação de instrumentos legais que impeçam o cidadão de levar suas reclamações ao judiciário, mesmo que o próprio Estado seja quem ameace ou lesione direitos.

Por outro lado, tal norma não pode ter como destinatário apenas o legislador, mas também o indivíduo, visto que deve ser interpretada sistematicamente com o previsto no inciso XXXIV, do citado art. 5º, que confere ao indivíduo o direito de ação, que como bem observa Couture, é uma espécie do direito de petição. Nas palavras do autor:

Ainda que a palavra ação tenha ido ao longo do tempo significados variados e mesmo no direito contemporâneo tenha vários significados, hoje, parece necessário admitir que existe certa concordância em chamar de ação este poder jurídico do autor de provocar a atividade do tribunal. A ação, em última análise, em seu sentido mais estrito e depurado, é somente isto: um direito à jurisdição.<sup>60</sup>

Com base nesta definição, afirma-se que o exercício do direito de ação traz como consequência a instauração do procedimento judicial que acarretará em uma resposta por parte do Estado.

---

<sup>60</sup> COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 22.

Logo, o direito de ação corresponde ao direito do indivíduo receber uma resposta para sua pretensão, seja qual for o conteúdo da mesma.

Assim, verificamos que não há uma delimitação para a defesa de lesão ou ameaça de lesão apenas aos direitos individuais. Se a Constituição não efetuou tal limitação, não deverá a legislação infraconstitucional fazê-la.

A constitucionalização da solidariedade e de coletivização do processo denota a tentativa de superação de uma fase liberal individualista das principais revoluções do século XVIII em que o processo se limita a assuntos particulares, como se verifica nas codificações processuais da França (1806), da Itália (1865), e da Alemanha (1877), que segundo Cappelletti<sup>61</sup> demonstram o caráter individualista e exclusivamente privado.

Ao se referir aos direitos transindividuais, Bonavides assevera:

(...) dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente,<sup>62</sup> à comunicação, e ao patrimônio comum da humanidade.

A eleição de representantes pelo ordenamento jurídico que atuam em nome da coletividade (controle *ope legis*) retira do indivíduo o seu direito fundamental de ação.

---

<sup>61</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Società editrice, 1969, p. 14 e 86.

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 523.

Ademais, observamos que a escolha, segundo o modelo adotado pela legislação brasileira referente ao direito coletivo, sequer perpassa pela opinião popular, ou seja, pela manifestação dos indivíduos representados.

Frisamos, contudo, que a manutenção de um sistema representativo, desprovido de um mecanismo de participação representa a permanência de um modelo utópico de democracia em que o povo escolhe seus dirigentes, esgotando-se na eleição a manifestação da vontade cidadã, afastando-os dos processos decisórios.

Dessa forma, inviável a manutenção da farsa quanto à garantia do acesso a jurisdição no processo coletivo por representantes de “interesses” da coletividade, assentada nos mesmos moldes do processo civil individual.

O processo coletivo, como mecanismo de concretização da democracia não atingirá o seu real alcance se não houver um aperfeiçoamento da técnica existente, que conseqüentemente conduzirá a uma reconstrução teórica.

Após a Constituição de 1988 observamos que a participação da sociedade na direção do Estado apresenta-se como mecanismo de superação de um modelo representativo.

Nos moldes de um sistema participativo, o povo deverá intervir em todas as esferas decisórias ou na execução das atividades estatais, como integrantes da coletividade.

Vicenzo Vigoriti<sup>63</sup> ao examinar a relação entre processo e participação esclarece que o princípio da participação é elemento característico das relações entre Estado e sociedade, demonstrando que a participação não

---

<sup>63</sup> VIGORITI, *Interessi collettivi...*, p. 5.

implicaria no utópico governo pelo povo ou da negativa de delegação de funções a representantes.

A participação, segundo o publicista, corresponderia ao controle imediato e consciente dos governantes, eis que é, em princípio, conhecer e intervir no processo decisório, e num momento posterior, exercício de controle<sup>64</sup>.

Ronaldo Cunha Campos<sup>65</sup> afirma que o problema da participação não se mostra como recente. Segundo o autor, ainda que de outro ângulo, Maquiavel já citava a necessidade de um veículo de manifestação de crítica popular ao estado.

No mesmo sentido, Denti<sup>66</sup>, em 1974, já ressaltava que a participação deveria representar uma forma de conciliação e absorção de choques entre a população e grupos dirigentes.

A intervenção do Estado nas várias funções e atividades sociais é marcante. Contudo, tal intervenção não pode se configurar como uma via de mão única, devendo, desta feita, se permitir a participação da sociedade no Estado.

Verificamos na atualidade uma vasta gama de decisões tomadas sem a participação dos sujeitos interessados e caracterizadas pela escassa publicidade, que, segundo Lassale<sup>67</sup>, apresentam-se como de “baixa visibilidade”.

---

<sup>64</sup> VIGORITI, **Interessi collettivi...**, p. 4-5.

<sup>65</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

<sup>66</sup> DENTI, Vittorio. Le azioni a tutela di interessi collettivi, In: **Rivista di diritto processuale civile**, 1974, p. 537-538.

<sup>67</sup> LASSALE, Ferdinand. “**Qué es una Constitución?**”. Trad. de Wenceslao Roces. Barcelona, 1976, p. 74-75.

Como mecanismo de participação, abordaremos mais uma vez os entendimentos de Vincenzo Vigoriti, que se refere ao processo como meio de se permitir a participação social nos atos de governo.

A participação pelo devido processo é vista por Denti, que define a ação como mecanismo de participação. No mesmo sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho ressalta a importância do processo como mecanismo indispensável à efetiva integração dos direitos sociais.

A importância conferida à Constituição de 1988 para o desenvolvimento do processo coletivo se deve exatamente ao esclarecimento quanto à restrição da participação, pois, descreve no que tange aos direitos e garantias fundamentais a proteção a direitos e deveres individuais e coletivos e assegura a defesa do qualquer ameaça ou lesão a direitos.

Além da abertura à participação, observamos a elevação ao nível constitucional de normas de direitos coletivos como se vislumbra na inserção no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, o Capítulo I para proteção a direitos e deveres individuais e coletivos; na apreciação pelo judiciário à qualquer violação ou ameaça ao direito; a nova ótica constitucional estabelece a atribuição de competência ao Ministério Público para promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Por fim, destacamos que a partir de 88 a restrição à participação individual ou coletiva, seja referente a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, configura negação da democracia, em violação explícita à nova ordem constitucional instituída.

## 2. A ORIGEM DAS NORMAS PROCEDIMENTAIS COLETIVAS BRASILEIRAS

A distinção entre os objetivos perseguidos pelas famílias que adotaram o sistema *common law* e os da família de *civil law*, ao reestruturarem o direito pós-queda do Império Romano, mostra-se importante na presente pesquisa para demonstrarmos como as origens distintas e a respectiva estruturação de um modelo normativo refletem no desenvolvimento da Ciência Jurídica, em especial do direito processual.

A queda do Império Romano e o conseqüente esfacelamento de um modelo já consolidado funcionaram como marco fundamental para divisão do estudo do direito em vários países<sup>68</sup>.

A tentativa de reestruturação do sistema normativo, pós-queda do Império Romano, permitiu aos países a adoção de sistemas distintos frente a cada necessidade e aos costumes locais.

Nos países cujos sistemas jurídicos se formaram na de *civil law*, averiguamos que além da existência de leis de forma estratificada, a insuficiência das compilações locais e regionais para regulamentação dos novos conflitos de interesses refletiram as primeiras barreiras a serem enfrentadas.

A tentativa de superação desses obstáculos propiciou o desenvolvimento e estudo do direito romano-germânico e a elaboração de um sistema de codificação, cabendo às universidades a elaboração de um direito comum à toda Europa.

---

<sup>68</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

A adaptação do estudo do direito funcionou como mecanismo necessário para ampliação da escola do direito natural do século XIII, que procurou afastar uma ordem, inicialmente natural divina, e permitiu a defesa de uma ordem natural racional derivada dos homens e de seus estudos<sup>69</sup>.

A referida ordem natural racional eclodiu nas universidades e se tornou responsável pelo reconhecimento da grandiosidade do direito romano, prevendo, contudo, uma nova maneira de aplicação e interpretação do mesmo: com o apoio da legislação, ponto essencial para se afastar de um direito consuetudinário e se preparar para uma codificação<sup>70</sup>.

O estudo realizado nas universidades européias e pelos juristas tinha como base o direito romano e, a seu lado, o direito canônico, buscando, sempre que possível, soluções capazes de adequar o direito romano do século V à nova realidade da sociedade.

A codificação do direito nos países de *civil law* emergiu como forma de consolidação do direito romano ensinado nas universidades sob o prisma da escola do Direito Natural. Tratava-se da positivação do direito da razão e do afastamento de um direito fracionado de forma regional.

Quanto à técnica adotada, René David:

A codificação é a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 64.

<sup>70</sup> DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 66.

<sup>71</sup> DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 66.

Os ideais de codificação e a difusão do sistema romano-germânico ocorreram na França, com o Código de Napoleão de 1789, na Alemanha, com o BGB, em 1896, e na Suíça em 1881.

O sistema romano germânico ou família do *civil law* caracterizou-se pela sua logicidade, organização e consideração das regras de direito que foram estudadas nas universidades.

A codificação, assim como a maior parte dos institutos jurídicos teve o seu apogeu, sua fase de declínio e de efetiva consolidação, afastando qualquer controvérsia existente, permitindo sua expansão além dos limites do continente europeu.

Ao contrário dos países que adotaram o modelo de *civil law*, observamos que nos países que optaram pelo sistema de *common law* o objetivo não era a elaboração do direito nos termos do sistema romano-germânico das universidades, e sim de proporcionar de forma célere respostas aos litígios.

Para a conquista dos objetivos, o procedimento que melhor se adequou foi o que priorizava decisões pautadas nos costumes e na prática, consolidando a rápida solução das controvérsias, conforme perseguido.

Verificamos que o direito inglês ou família da *common law* afastou-se da estrutura lógica da ciência do direito romano germânico, sendo um direito dos processualistas e práticos, pautados na ampla liberdade dos magistrados<sup>72</sup>.

O julgamento baseado em precedentes judiciais era a regra, e não a exceção nos países de *common law*, desvinculando-se, desta feita, da

---

<sup>72</sup> DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 386

necessidade da existência de regras e normas escritas e regulamentadas pelo ordenamento jurídico.

Destacamos que apesar da independência de cada família, a tentativa de harmonização entre o modelo normativo da *common law* e o da *civil law* se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro, merecendo especial atenção à influência do sistema da *common law* norte-americana na legislação referente ao processo coletivo.

Neste íterim, é necessário esclarecer que embora o modelo norte-americano tenha se originado do modelo inglês de *common law*, os traços diferenciadores são amplos, razão pela qual nos limitaremos a detalhar o modelo estadunidense devido a sua repercussão na ordem jurídica de vários países.

O predomínio do modelo norte-americano de *common law* é tema de destaque entre vários autores, que assim como Didier<sup>73</sup> afirmam que *a tendência mundial é a universalização do modelo das class action, sem dúvida o mais bem sucedido e difundido entre os ordenamentos jurídicos do common law e do civil law.*

Para os fins deste estudo, faz-se necessário esclarecer que, ao utilizar a expressão sistema, pretendemos equiparar ao que alguns doutrinadores denominam como modelos ou famílias.

## **2.1 A *common law* estadunidense e o sistema de *class action***

---

<sup>73</sup> DIDIER, **Curso de Direito...** p. 57.

O sistema norte-americano tem sua origem nas leis inglesas de 1.066 d.C, rejeitando os conceitos do direito romano<sup>74</sup>.

A ocupação inglesa dos Estados Unidos ocorreu no século XVII e, em 1722, encontravam-se constituídas as treze colônias, que utilizavam como regramento para solução de suas controvérsias o *common law* inglês<sup>75</sup>.

As normas do *common law* inglês mostraram-se paulatinamente como inapropriadas às condições de vida na colônia<sup>76</sup>, porquanto a terra ocupada pelos ingleses apresentava problemas distintos da realidade anteriormente vivenciada, sendo de pouca serventia os precedentes já existentes no direito inglês para conflitos de interesses ainda arcaicos.

A incipiência dos conflitos e a necessidade de regulamentação autônoma foram fatores fundamentais para o movimento de independência de 1776.

Diversos Estados, neste período, adotaram um sistema codificado como mecanismo de se afastar da metrópole inglesa, como por exemplo, Massachusetts e Nova York<sup>77</sup>.

A tentativa de codificação, contudo, mostrou-se fraca diante da ocupação originariamente inglesa e pela manutenção da língua, sendo que, após 1776 o *common law* norte-americano desenvolveu-se segundo a sua realidade, sem contudo deixar de ser um direito pautado na jurisprudência.

Nos primeiros anos após a independência, verificamos a existência de uma legislação processual fragmentada, o que proporcionou o aparecimento de controvérsias quanto à funcionalidade do sistema jurídico.

---

<sup>74</sup> DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 451.

<sup>75</sup> DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 451.

<sup>76</sup> DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 454.

<sup>77</sup> DAVID, **Os grandes sistemas...**, p. 452.

Visando promover a uniformização do sistema, David Dudley Field inicia um movimento de reforma processual, que em 1846 culmina com a adoção de uma nova Constituição no estado de Nova York e, em 1848, com a adoção de um Código de Procedimento Civil pelo mesmo estado.<sup>78</sup>

O Código de David Field fazia referência às ações coletivas (*class action*) de forma sucinta, remetendo às Cortes de Equidade do Reino Unido, que as permitia em função da impossibilidade de participação em juízo de todas as pessoas afetadas por um decreto.<sup>79</sup> Ressalta-se que ao final de 1873 mais da metade dos Estados Unidos da América adotaram o citado Código.

Contudo, buscando a aprimoramento e a elaboração de um modelo legal capaz de propiciar a reforma processual dos estados membros dos Estados Unidos, verificamos em 1938 a redação das Regras Federais para o Procedimento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*).

No que tange à solução de conflitos coletivos, adquiriram papel central nas *class action* norte-americanas as *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, que estabeleciam em seu artigo 23 as seguintes regras: a utilização das *class action* diante da inviabilidade de reunião dos integrantes de uma classe; a presença de um representante adequado da coletividade cujo controle da representação é realizado pelo juiz, assim como a atribuição de competência ao juiz para verificação da comunhão de interesses entre os membros de uma classe<sup>80</sup>.

Quanto à importância das *class action* Márcio Mafra Leal escreve:

---

<sup>78</sup> GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países de derecho civil.** Tradução: Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. XVII.

<sup>79</sup> GIDI, **Las acciones colectivas...**, p. XVII.

<sup>80</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.** In: MILARÉ, Édís. Ação civil pública: Lei 7.347/1985: 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

A partir daí, rios de tinta foram gastos em discussões sobre a *class action*, seja criticando-a, seja exaltando-a, em razão do poder político que o instrumento encerra, da sua ampla utilização no meio jurídico americano, da alteração de comportamentos sociais e das astronômicas somas em dinheiro que as ações coletivas movimentam.

O impulso à utilização da *class action* deveu-se, em grande parte, aos movimentos sociais e a emergência dos civil rights (direitos difusos) como vetor de mobilização social, que determinaram grande parte das reformas legislativas e jurisprudenciais a partir dos anos 60, atuando a ação coletiva como mecanismo de regulação do sistema político e do mercado.<sup>81</sup>

As *class action* são classificadas em *true*, *hybrid* e *spurious* conforme a sistematização do grau de interesses tutelados, podendo ser *joint*, *common*, *secondary* e *several*, apresentando cada qual consequências processuais distintas<sup>82</sup>.

Independentemente das regras específicas de cada tipo de *class action*, vislumbramos que o seu objetivo central é o acesso à “justiça” de forma a facilitar o procedimento de controvérsias dispersas, que individualmente são consideradas como frágeis ou pequenas, a obtenção de maior eficácia das decisões judiciais, a economia de tempo, esforços, despesas e a uniformidade das decisões.<sup>83</sup>

Destacamos que a Regra 23 americana foi a norma processual que mais influenciou os estudos dos procedimentos coletivos, servindo, desta feita, como fonte dos seguintes sistemas jurídicos: Quebec, França, Itália, Alemanha, Austrália, Nova Zelândia, Brasil, dentre outros.

## **2.2 A influência do sistema de *common law* na proceduralização coletiva brasileira**

---

<sup>81</sup> LEAL, Márcio Mafrá. **Ações Coletivas: História, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 154.

<sup>82</sup> GRINOVER, **Da *class action*...**, p. 21.

<sup>83</sup> GRINOVER, **Da *class action*...**, p. 22.

As ações para defesa em juízo dos direitos coletivos foram disciplinadas em vários dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro, merecendo destaque, conforme mencionado, a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, a Constituição de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor.

A tentativa de integração da legislação referente ao processo coletivo e a tentativa de unificação dos procedimentos coletivos fazem parte da realidade dos estudos do processo coletivo.

Várias foram e ainda persistem as tentativas de elaboração de um Código de Processos Coletivos, no intuito de unificar as normas procedimentais coletivas, citando-se como exemplo os trabalhos desenvolvidos por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes para elaboração de um Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América<sup>84</sup>, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelos Programas de Pós-Graduação *Striccto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), da Universidade Estácio de Sá (UNESA)<sup>85</sup> e o Projeto de Código de Processo Coletivo sob coordenação de Vicente de Paula Maciel Junior, elaborado pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)<sup>86</sup>.

As propostas de elaboração de um Código de Processos Coletivos, assim como as legislações já existentes no ordenamento jurídico brasileiro demonstram fortes características da influência do sistema da *common law* em

---

<sup>84</sup>. GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo Watanabe (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>85</sup> DIDIER, **Curso de Direito Processual...**, p. 62.

<sup>86</sup> O projeto elaborado pelos mestrandos do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais encontra-se disponível no site [www.fmd.pucminas.br](http://www.fmd.pucminas.br).

nosso sistema, em especial do sistema da *class action* norte-americana disciplinado pela *Federal Rule of Civil Procedure* n. 23.

Segundo Antonio Gidi<sup>87</sup>, as *class action* dos Estados Unidos, por meio dos juristas italianos, influenciaram excelentes processualistas brasileiros, que a tomam por base para o desenvolvimento das ações coletivas no Brasil.

Ressaltaremos, contudo, nos tópicos abaixo, que a referida influência merece algumas considerações.

### **2.2.1 O denominado transplante responsável entre a common law e a civil law**

Antônio Gidi<sup>88</sup> defende em sua obra a possibilidade do que conceitua de “transplante responsável” das ações do sistema norte-americano de *common law*, especialmente no que se refere ao processo coletivo, para sistemas jurídicos de tradição continental, *civil law*, sem, contudo, desconsiderarmos as necessidades e tradições de cada sistema. Neste sentido:

La experiencia brasilena ha demostrado que los países de derecho civil pueden emplear el procedimiento de las acciones colectivas, pero no pueden transplantar el modelo norteamericano a sus sistemas jurídicos sin una sustancial adaptación. Esto es lo que yo lamo um “transplante responsable” (responsible transplant).<sup>89</sup>

As *class actions* norte-americanas vem servindo de procedimento modelo para o processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, assim como demonstra Ada Pellegrini Grinover:

O direito comparado tem inegável utilidade em todas as disciplinas jurídicas. Da comparação entre os institutos estrangeiros e nacionais, salientando-se suas diferenças e

---

<sup>87</sup> GIDI, *Las acciones colectivas...*, p. 3.

<sup>88</sup> GIDI, *Las acciones colectivas...*, p. XXIX.

<sup>89</sup> GIDI, *Las acciones colectivas...*, p. 3.

suas similitudes, surge o melhor entendimento do direito pátrio e a inspiração para o seu constante aperfeiçoamento.<sup>90</sup>

O modelo norte-americano de *class action* e a processulística dos países de família romano-germânica tem sua origem em sistemas distintos, sendo que o primeiro, o da *common law*, prioriza uma solução célere do litígio, fundamentando-se nos costumes, nos casos concretos, e que se constrói pautado na jurisprudência e no sistema de precedentes.

Ada Pellegrini<sup>91</sup> afirma que *as soluções estrangeiras não podem ser importadas mecanicamente, porquanto cada sistema tem peculiaridades próprias e a realidade social, política e econômica pode variar muito de um país para outro.*

As denominadas ações de classe ou *class action* se referem a procedimentos utilizados pelos países de *common law* para defesa em juízo de direitos relativos à coletividade, em que membros de grupos ou classes são representados por um advogado que atua em nome de todo o grupo.

A representação efetuada pelo advogado que atua em nome de todo o grupo é submetida ao controle judicial (artigo 23 das *Federal Rules*) de forma a se permitir ao magistrado a avaliação da pertinência temática entre o legitimado, que atuará no procedimento, e o objeto litigioso – forma de controle da denominada representatividade adequada<sup>92</sup>.

Vislumbramos que o modelo de *class action* pressupõe a impossibilidade de reunião de todos os membros de um grupo em juízo, razão pela qual busca a justificativa para eleição de um representante da coletividade.

---

<sup>90</sup> GRINOVER, **Da class action...**, p. 38.

<sup>91</sup> GRINOVER, **Da class action...**, p. 38.

<sup>92</sup> GIDI, **Las acciones colectivas...**, p. 76.

Como mecanismo para conferir legitimação para representação de uma coletividade a um único indivíduo, o sistema de *class action* estabelece os seguintes requisitos: a existência de autorização legal para que determinado ente possa conduzir o processo coletivo e, a posteriori, o controle da adequação da representação.

Outra particularidade do modelo norte-americano de *class action* é o que se refere aos efeitos da decisão, que poderão ser estendidos aos membros de um grupo, caso haja o cumprimento adequado da função do representante, tendo em vista que qualquer membro de uma coletividade pode atuar em nome dos demais.

Caso a representação não seja considerada adequada, é permitido com fundamento no devido processo legal estadunidense que a classe, que se considerar como indevidamente representada, não se submeta aos efeitos da decisão.

Devido à amplitude de situações que podem ser abarcadas por intermédio das ações de classe, reduzindo, conseqüentemente, o número de demandas individuais, tal procedimento vem servindo como modelo para vários países, dentre eles o Brasil.

Quanto à relevância do sistema de *class action*, Teori Albino Zavascki:

O certo é que da antiga experiência das cortes inglesas se originou a moderna ação de classe (*class action*), aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano, especialmente a partir de 1938, com a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, e da sua reforma, em 1966, que transformaram esse importante método de tutela coletiva em 'algo único e absolutamente novo em relação aos seus antecedentes históricos.<sup>93</sup>

E ainda Vigoriti:

---

<sup>93</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

La disciplina positiva della class action è contenuta nelle Federal Rules of Civil Procedure, alla rule 23: questa norma assai complessa affronta e cerca di risolvere una gamma molto vasta di problemi, che vanno dall'identificazione della class, al controllo dei class representatives, all'oggetto della domanda, all'efficacia del giudicato, all'assistenza tecnica, ecc. Non potendo ovviamente trattare in modo diffuso di tutti gli aspetti di questa ricchissima problematica si è ritenuto opportuno concentrare l'attenzione sui due temi centrali dell'istituto: quello dell'identificazione della class, a cui è diretta la c.d. defining function del giudice, e quello del controllo delle effettive capacità dei class representatives. Si tratta di due problemi fra loro strettamente collegati perché la sentenza che pronuncia sull'azione di classe spiegherà i suoi effetti nei confronti di tutti i componenti di questa, così come questa risulta definita dal giudice; a sua volta l'adequacy of representation garantita all'interesse collettivo dai suoi portatori (class representatives) è condizione necessaria e sufficiente perché la sentenza possa vincolare tutti i componenti della class, indipendentemente dalla loro partecipazione al giudizio.<sup>94</sup>

Apenas como contraponto inicial observamos que no Brasil, ao contrário do procedimento das *class action* norte-americanas, não temos a possibilidade de conferir a legitimação coletiva a qualquer membro de uma coletividade e ao consequente controle da representação pelo magistrado - a legitimação *ope judicis* - do sistema americano, pois, verificamos que o próprio ordenamento jurídico define e delimita quais serão os representantes da coletividade, anteriormente aos fatos, independentemente de controle da representação - a legitimação *ope legis*.

A legitimação no processo coletivo e a sua forma de controle apenas funcionam como exemplos para se verificar a diferenciação dos institutos jurídicos do sistema processual brasileiro (fundado na *civil law*) daquele estabelecido para os países de *common law*.

Importante destacar que, conforme delineado acima, as *class action* norte-americanas pretendem abarcar questões políticas, econômicas e sociais;

---

<sup>94</sup> VIGORITI, **Interessi collettivi...**, p. 266.

fatores estes em que, no Brasil, podemos encontrar semelhança com a fase da instrumentalidade do processo, cuja superação já defendemos.

No mesmo sentido Vincenzo Vigoriti afirma que os objetivos dos julgados nos Estados Unidos parecem conferir ao processo a função de mediação de conflitos sociais, em contraponto à verdadeira função da atividade jurisdicional de composição de lides.

A legislação existente no ordenamento jurídico brasileiro para a defesa dos direitos coletivos vai de encontro ao que Vigoriti afirma com os objetivos das decisões estadunidenses, atribuindo ao processo funções que ultrapassam os limites da atividade jurisdicional, mediante atribuições metajurídicas de soluções políticas, sociais e econômicas.

A utilização de um sistema processual tão específico como o norte-americano suscita vários questionamentos diante da dificuldade de integração de um modelo distinto de sistema jurídico e político.

Acreditamos que a maior parte do sistema legal encontra-se interligado às estruturas políticas de um país e, em consequência, à maneira de repartição das funções do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

A manutenção dos ditames da instrumentalidade do processo reflete a permanência de um sistema incoerente e insustentável de resoluções de problemas públicos pelo processo e pela atividade jurisdicional.

A utilização do processo para controle de questões políticas e sociais, a nosso ver, encontra-se em confronto com o ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição de 1988, devendo a função jurisdicional limitar-se à realização imperativa e incondicional do ordenamento jurídico<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Expressão utilizada por Ronaldo Bretas de Carvalho Dias em sua obra Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

## **2.3 O Direito Processual Coletivo no Direito Comparado**

As ações coletivas mostram-se reguladas de diversas formas, com distintos alcances, manifestações e propósitos no mundo, permitindo o estudo comparado da amplitude de opções e alternativas institucionais que poderão, um dia, ser responsáveis por uma regulamentação geral no sistema jurídico nacional.

Embora já tenhamos explicitado a tentativa de interligação entre do sistema de *common law* estadunidense e o ordenamento jurídico brasileiro, realizaremos nos tópicos abaixo um paralelo entre as diversas ordens jurídicas, merecendo especial destaque as dificuldades existentes quanto ao direito coletivo, e que não se limitam à realidade brasileira.

### **2.3.1 O Direito Francês**

No direito francês ressaltamos a prevalência da máxima *pas d'intérêt, pas de action*, quanto à titularidade do direito de ação, que pretende explicitar a vedação da propositura da ação diante da ausência de um interesse jurídico no conflito, o que, em princípio, afasta qualquer ente privado de se legitimar numa ação em nome de outrem.

Partem os doutrinadores franceses do conceito de ação como um poder abstrato conferido aos particulares para obterem um pronunciamento judicial à respeito de seus direitos e interesses legítimos, abandonando as posturas clássicas que se referem a coincidência entre a ação e o direito. Neste sentido,

---

estabelece o ordenamento jurídico francês, assim como o brasileiro, as seguintes condições da ação: interesse e legitimidade.

A vedação quanto à postulação em juízo em nome de outrem permite verificarmos que os interesses privados, no ordenamento jurídico francês, ficam a cargo dos indivíduos e que os interesses denominados de públicos e sua consequente defesa aparecem como atribuições do Ministério Público.

O Ministério Público e as associações prevalecem como legitimados para ingresso em juízo de ações coletivas, sendo que a substituição processual pelos mesmos representa uma exceção à possibilidade de representação em nome próprio de direitos alheios, e não a regra.

O conceito de interesse público ampliou-se bastante nos últimos tempos na França, visando abarcar os interesses de consumidores, do meio-ambiente e da livre concorrência.

Importante esclarecer que a jurisdição Francesa é dividida em duas ordens: a jurisdição administrativa, que se mostra responsável pelos conflitos entre os cidadãos e as pessoas públicas, e a jurisdição judicial, responsável pelos conflitos entre pessoas privadas, assim como as infrações penais.

Estabelece Louis Boré<sup>96</sup>, ao se referir ao processo coletivo francês, que independentemente da jurisdição perante a qual um conflito coletivo se apresente, a pretensão em juízo deverá possuir uma das seguintes funções: supressão de ilegalidades, repressiva, ou uma função reparadora.

No direito coletivo francês, segundo o autor, merece destaque a preponderância para defesa em juízo dos direitos difusos, dos agrupamentos

---

<sup>96</sup> BORÉ, Louis. **La Defensa de los Intereses Colectivos frente a las Jurisdicciones Francesas**. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 283-306.

dotados de personalidade jurídica, representados, geralmente, por associações e sindicatos.

Diante de um dano que afeta várias vítimas, o ordenamento jurídico francês inviabiliza a postulação judicial por apenas uma delas em nome das demais, limitando esta possibilidade à concessão de um mandato expreso por cada um dos envolvidos.

Em nível legislativo, merecem destaque na França a Lei de Royer de 1973 dirigida à proteção do consumidor, que confere ampla legitimidade às associações para defesa dos consumidores; o Código do Consumidor Francês, que atribui às organizações, definidas no artigo 2º do Código da Família e Assistência Social, legitimidade para propor ações coletivas.

As ações coletivas que mais se desenvolveram e que repercutem na construção doutrinária e jurisprudencial francesa são as referentes à anulação de atos administrativos e as de matéria relativas às infrações penais.

De forma contrária, observa-se que o contencioso de reparações de prejuízos coletivos possui pouca amplitude no ordenamento jurídico, que apresenta uma visão unitária e indecisa quanto ao assunto.

A dificuldade apresentada quanto às ações indenizatórias, segundo o modelo da Regra 23 norte-americana ou nos termos do artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, procurou ser dirimida pelo *Code de la Consommation* de 22 de março de 1995, que reconhece a possibilidade de ações para ressarcimento de danos individuais.

Além dos diplomas legislativos sopesados acima, destacamos no direito coletivo francês as Leis Ambientais de 1975 e 1976 que concederam direitos semelhantes às da Lei Royer e entidades ambientalistas para propositura de

ações coletivas e a Lei nº 546/72 que permite que associações proponham ações coletivas para proteção de minorias raciais.

### **2.3.2 O Direito Italiano**

Na Itália predominam de forma ampla os princípios gerais do direito processual civil típico de ordenamentos de derivação romana.

Do ponto de vista comparativo, observamos no ordenamento jurídico italiano que as controvérsias caracterizadas por um número elevado de pessoas é pouco desenvolvido.

Permite-se em, algumas hipóteses, em que há um maior número de interessados a formação de litisconsórcio, ativo ou passivo, e, ainda, em situações mais complexas, a derrogação de algumas regras de repartição de competência para se garantir uma decisão equânime para controvérsias semelhantes<sup>97</sup>.

A ausência de regulamentação específica quanto à matéria que envolve processos coletivos encontrou solução inicialmente na instituição das *actio popularis*, que permitia a sucessão da parte co-legitimada no curso do processo por aqueles que não o iniciaram, caracterizando a primeira forma existente de coordenação da promoção de valores superindividuais por meio da iniciativa privada<sup>98</sup>.

No período da ditadura italiana, anterior à edição da Constituição hoje vigente, observamos o surgimento de vários modelos de ações coletivas diferenciadas, merecendo destaque a regulamentação das controvérsias coletivas trabalhistas da Lei nº 563 de 1926. O diploma legislativo destacou-se

---

<sup>97</sup> ESTAGNAN, Joaquin Silguero. **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a traves de la legitimacion de los grupos**. Madrid: Dykinson, 1995, p.195-224.

<sup>98</sup> ESTAGNAN, **La tutela jurisdiccional...**, p.195-224.

por ser o primeiro a conferir eficácia *erga omnes* do julgado em matéria de contratos coletivos trabalhistas, cujos sujeitos legitimados eram selecionados anteriormente de maneira a não escapar do controle por parte do governo<sup>99</sup>.

Com a promulgação da Constituição Italiana atualmente em vigor, verifica-se uma forte influência tendente a limitar a extensão dos julgados, permitindo-se apenas efeitos *ultra partes* e quando se refira a efeitos favoráveis aos terceiros.

De maneira coerente à restrição estabelecida pela Constituição, aduz o artigo 150 do Código de Processo Civil Italiano, que mediante autorização específica do juiz, os sujeitos identificados, não de forma individual, podem ser notificados pelo juízo e submetidos aos efeitos do julgado na qualidade de partes.

Em compensação às limitações supra, observa-se na seara trabalhista a reafirmação do sistema das ações populares, permitindo a proteção de interesses superindividuais mediante a iniciativa processual de indivíduos privados conforme se verifica no artigo 28 no Estatuto dos Trabalhadores.

Assim, verificamos que os questionamentos existentes em torno dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não se limitam à realidade brasileira. A problemática em questão foi alvo de discussão entre autores italianos e, neste sentido, se observa em vários Congressos e publicações que se verifica principalmente na década de 1970.

No período referenciado, a doutrina italiana procurou formular as mais diferenciadas teorias para ações coletivas, chegando a aventar a possibilidade de conferir a iniciativa processual para proteção de interesses difusos e

---

<sup>99</sup> ESTAGNAN, **La tutela jurisdiccional...**, p.195-224.

coletivos por parte de entes exponenciais independentemente de disposição legal em tal sentido.

Estas propostas jamais foram recebidas plenamente pela jurisprudência, que sempre exigiu a possibilidade de atuação de entes exponenciais nos casos expressamente previstos em lei, como observaremos na legitimação conferida às associações.

Ante as dificuldades para a tutela dos direitos coletivos, a doutrina italiana, representada principalmente por Proto Pisani, procurou formular uma adaptação no direito italiano para a tutela dos direitos coletivos<sup>100</sup>.

Embora existissem vários posicionamentos quanto à citada reformulação, juntamente com o posicionamento de Proto Pisani, destacamos os entendimentos de Stefano Rodota e Bricola, que apresentaram os seguintes problemas a serem superados: a publicidade do ato em juízo, a proposição das provas, a extensão do processo (renúncia e transação), a conteúdo declarativo da sentença, e os limites subjetivos da eficácia da sentença<sup>101</sup>.

A ausência de unicidade no trato das controvérsias envolvendo direitos coletivos, fator que dificulta a sua consolidação, pode ser verificada a priori pela falta de delimitação conceitual pela própria Corte de Cassação Italiana. Quanto aos interesses difusos, a Corte os define em um primeiro momento como aqueles em que o objeto não se encontra apto a ser considerado em âmbito exclusivamente pessoal, pois não se referem ao sujeito como indivíduo e sim como membro de uma coletividade mais ou menos ampla. Em outras ocasiões a Corte de Cassação Italiana define como difusos os interesses que possam

---

<sup>100</sup> ESTAGNAN, **La tutela jurisdiccional...**, p.195-224.

<sup>101</sup> ESTAGNAN, **La tutela jurisdiccional...**, p.195-224.

ser jurídica e individualmente tutelados, simultaneamente, por se referirem a uma pluralidade de sujeitos.

Quanto às definições acima, Joaquin Silguero Estagnan<sup>102</sup> verifica que na realidade a primeira delas faz referência aos interesses coletivos em sentido estrito e a segunda aos interesses individuais homogêneos.

Embora reconheça a importante distinção terminológica e a relevância prática, o referido autor informa que estas definições não são utilizadas pela doutrina italiana, que se limita, na maioria dos casos, a definir os interesses coletivos, que, em regra não pertencem aos sujeitos, negando aos mesmos o acesso à tutela processual.

Apesar das diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais, observa-se no ordenamento jurídico Italiano a tentativa de estabelecerem-se várias classes de interesses, gozando de maior privilégio a distinção entre interesses coletivos e difusos.

Para parte dos autores italianos, como Mario Nigro, os direitos difusos distinguem-se dos coletivos, de maneira que os primeiros são tratados como pertencentes a uma coletividade em geral e os segundos como de grupo dotado de estrutura organizativa. E, de forma contrária, para outros autores, como Vigoriti e Fazzalari, a citada distinção não parece tão evidente, pois os interesses coletivos, em sua acepção geral, coincidem com os interesses difusos.<sup>103</sup>

Além dos interesses difusos e coletivos, ressaltamos a existência no direito italiano do denominado interesse geral, entendido como aquele referente à sociedade como um todo e que deve ser tutelado pelo poder público.

---

<sup>102</sup> ESTAGNAN, **La tutela jurisdiccional...**, p.195-224.

<sup>103</sup> ESTAGNAN, **La tutela jurisdiccional...**, p.195-224.

A incerteza conceitual em torno dos interesses coletivos e difusos permite a utilização para postulação em juízo de uma gama variada de pretensões destacando-se entre elas: acordos contrários às leis, comportamentos anti-sindicais, atos de concorrência desleal, meio-ambiente, consumo e saúde.

Reconhecemos na doutrina italiana, além das dificuldades decorrentes dos interesses coletivos, outras controvérsias de ordem prática que afetam o ordenamento no que se refere a esta nova classe de direitos. Delineamos os seguintes pontos a serem superados: a dedutibilidade em juízo, pois, não basta a mera afirmação de existência de direitos sem se garantir a funcionalidade para se obter a tutela processual; a atitude do juiz, diante da possibilidade de uma nova construção jurisprudencial e, por último, a legitimação para fazer valer em juízo interesses referidos a uma pluralidade de sujeitos.

Assim, a doutrina italiana explicita a existência de três correntes quanto ao instituto da legitimação. Nos termos da primeira, deveria ser conferida legitimação aos indivíduos para assumir a tutela coletiva. Para a segunda, nos moldes do conceito de interesse legítimo, deveria ser conferida legitimação unicamente ao poder público. Já para a terceira – que poderíamos definir como uma corrente mista ou eclética – deveria ser instituído um regime pluralista em que a junção dos dois modelos anteriores se mostre possível.<sup>104</sup>

Destacamos que, embora a intervenção do poder público seja marcante segundo a jurisprudência italiana, e apesar de alguns doutrinadores entenderem como mais democrática a tutela por parte dos indivíduos, verificamos que, na prática, predomina no ordenamento jurídico italiano a

---

<sup>104</sup> ESTAGNAN, **La tutela jurisdictional...**, p.195-224.

presença de um grupo específico como entidades unitárias, justificando a opção pelo caráter social dos interesses.

Os representantes em juízo da coletividade são os chamados entes exponenciais, que devem atender os seguintes requisitos para se qualificarem como legitimados coletivos: localização territorial, adequação com os fins estatutários, efetiva representatividade, institucionalização e publicação dos interesses<sup>105</sup>.

Justificamos, neste sentido, na doutrina italiana a referência à legitimação das associações de categoria, que não é qualificada como representação e nem como legitimação extraordinária, tratando-a, desta feita, como uma legitimação ordinária *sui generis*.

Segundo Vigoriti<sup>106</sup> não se trata de representação pelos seguintes motivos: 1) porque o representante atua em nome do outro para a tutela de um interesse que não lhe pertence e, no interesse coletivo, atua em nome próprio e por um interesse próprio que também pertence a outros sujeitos. 2) A parte é o representado e não o representante, ao contrário do que acontece no processo coletivo em que quem atua no processo é parte. 3) E, por fim, porque não se pode falar em uma representação voluntária, porque todos os legitimados atuam em defesa de um interesse que lhes é próprio e pela dificuldade de se individualizar a manifestação de vontade de todos os titulares dos interesses.

Não se trata, contudo de legitimação extraordinária, pois, enquanto indireta, quem postula em juízo não é titular do interesse.

---

<sup>105</sup> ESTAGNAN, **La tutela jurisdictional...**, p.195-224.

<sup>106</sup> VIGORITI, **Interessi Collettivi...**, p. 149.

No direito italiano os principais entes legitimados são: as associações sindicais, as organizações de inquilinos e proprietários, as associações de profissionais agrários e de formações sociais.

Embora a Constituição Italiana reserve a legitimação para agir a todos, para defesa de direitos e interesses legítimos, não possui mecanismos para a tutela dos direitos de massa, ao contrário do que podemos verificar no direito brasileiro.

Denota-se que, apesar da ampla discussão quanto ao direito coletivo na Itália, a concretização das normas reflete uma incipiência, que acreditamos derivar da política legislativa do sistema.

### ***2.3.3 Direito português***

No direito português, em semelhança ao ordenamento jurídico brasileiro, observamos que os questionamentos existentes em torno do processo coletivo decorrem do conflito entre a garantia Constitucional de um acesso amplo e irrestrito ao judiciário e a existência de leis ordinárias que restringem a determinados entes a legitimação para a defesa dos direitos coletivos.

O direito fundamental de acesso à jurisdição se encontra consagrado no plano dos direitos e interesses tradicionais no artigo 20 da Constituição da República Portuguesa, juntamente com o princípio do contraditório e de igualdade de armas bem como a uma decisão razoável.

Conforme afirma José Lebre de Freitas<sup>107</sup>, a vinculação do direito de ação à idéia de um direito ou interesse material próprio de quem o exerce encontra-se explicitado no artigo 20 da Constituição.

Para o referido autor, a vinculação não deve ser entendida como um regresso ao conceito de direito de ação já amplamente debatido como direito material concreto, com sua inerente absorção pelo direito subjetivo substantivo, pois, de acordo com tal conceito, somente o titular do direito material seria o legitimado para exercer o direito de ação.

Esclarece que hoje o direito de ação é um direito abstrato, independente da existência do direito material de quem o assegura, integrado ao direito à jurisdição e dirigido contra o Estado. Por meio do direito de ação, pretende o titular fazer valer direitos e interesses próprios.

Nos termos da Constituição, a doutrina portuguesa aduz que o autor deverá, em regra, arregar a titularidade do direito ou pelo menos de um interesse legalmente protegido, devendo, na segunda hipótese, de ampla aplicação no direito administrativo português, comprovar a titularidade de um interesse não organizado em direito subjetivo, seja como particular, seja como pessoa privada interessada.

Neste sentido, José Lebre de Freitas<sup>108</sup> se refere à legitimidade processual que será verificada diante da coincidência entre o titular do direito ou interesse com aquele que exerce o direito de ação.

---

<sup>107</sup> FREITAS, José Lebre de. **La acción popular em el derecho portugués**. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 381-402.

<sup>108</sup> FREITAS, **La acción popular...**, p. 381-402.

Ressalva<sup>109</sup>, contudo, que não podemos nos referir à ilegitimidade quando a lei autorizar, a título extraordinário, a não ocorrência da coincidência descrita, permitindo a substituição processual.

Observamos que, contrariamente ao modelo clássico de legitimação descrito no artigo 20 da Constituição Portuguesa, o direito de ação popular português, de aplicabilidade inicialmente na via administrativa, permite a qualquer cidadão eleitor ou contribuinte recorrer das deliberações dos órgãos das autarquias locais.

Em 1997 a possibilidade supra é inserida na Constituição da República, permitindo-se também, o exercício da ação popular para defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

A dúvida quanto à matéria da legitimação foi instaurada nos mesmos moldes da existente no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere aos direitos coletivos ou difusos. Estariam os portugueses se referindo à possibilidade de substituição processual?

Vários foram os entendimentos da doutrina portuguesa.

Inicialmente, entenderam os portugueses, numa visão clássica, que cada um dos membros de um grupo, organizado ou ocasional, poderia recorrer ao tribunal como titular de direito individual, mas não exclusivo, permitindo-se a extensão dos efeitos de uma decisão a todos os indivíduos, mesmo se tratando de iniciativa individual.

Num segundo momento, aduz<sup>110</sup> a doutrina portuguesa que um grupo organizado estaria legitimado para defesa de direito próprio coincidente com o interesse coletivo ou difuso em causa, utilizando o conceito de representação,

---

<sup>109</sup> FREITAS, **La acción popular...**, p. 381-402.

<sup>110</sup> FREITAS, **La acción popular...**, p. 381-402.

mediante o qual a associação representaria todos os interessados individuais, ainda que não associados.

No intuito de complementação, outra corrente doutrinária entendeu que não se trataria de representação, mas de substituição processual, explicitando que o direito coletivo se subjetivava na coletividade e à associação seria conferida, mediante atribuição de uma legitimação extraordinária, atuar em nome da coletividade, substituindo-a na busca de seus interesses.

Corroborando o entendimento explicitado na presente pesquisa, José Lebre<sup>111</sup> afirma que todos os entendimentos supra partem de uma visão individualista do direito, inaplicável aos processos coletivos, eis que não se limitam a situações subjetivas e relações jurídicas, devendo, neste sentido, nos pautarmos numa compreensão objetiva do direito para melhores esclarecimentos na seara coletiva.

A atuação de um único sujeito em nome da coletividade, seja mediante representação, seja mediante substituição processual, é alvo de crítica pelo autor, que se refere ao afastamento de pretensões e debates individuais. Ainda neste sentido, critica os efeitos da coisa julgada nos sujeitos que não deduziram pretensões em juízo.

Para esclarecer, define<sup>112</sup> que a atuação das associações na defesa dos interesses coletivos e difusos deve ser entendida como legitimidade originária específica quando baseada em uma norma jurídica que lhe atribui legitimidade.

A legitimidade originária, segundo o autor, não afastaria a possibilidade de uma associação, ou até mesmo de um indivíduo interessado, ajuizar outra ação com o mesmo objeto sem se defrontar com óbices procedimentais; e, no

---

<sup>111</sup> FREITAS, **La acción popular...**, p. 381-402.

<sup>112</sup> FREITAS, **La acción popular...**, p. 381-402.

mesmo sentido, não afastaria a possibilidade de outra associação ou indivíduo atuarem em litisconsórcio com a associação que inicialmente postula em juízo.

As idéias supra foram esposadas, para o prefalado autor, para se permitir a adequação do instituto da legitimação da Lei da Ação Popular Portuguesa com os preceitos constitucionais, fato este que, se transportamos para o ordenamento jurídico brasileiro, defendemos como adequado.

#### ***2.3.4 Análise comparativa dos principais modelos normativos do processo coletivo***

Visando complementar o estudo do direito comparado, apresentamos abaixo, nos termos da obra de Gustavo Maurino, Ezequiel Nino e Martín Sigal<sup>113</sup>, algumas peculiaridades de vários sistemas normativos quanto ao direito coletivo.

##### **Alemanha**

**Marco Legislativo:** Não há regulamentação geral das ações coletivas. No âmbito do direito do consumidor, a partir de 1965 a Lei de Competência Injusta confere legitimação a associações e entidades para proteger os consumidores mediante ações coletivas judiciais de cumprimento.

A Lei de Cláusulas Contratuais Standard de 1976 confere legitimação às associações para discutir as cláusulas contratuais de massa, em caso de violação das regras estabelecidas.

A Alemanha também adequou sua legislação para conferir aplicação da Diretiva de ordens de Cumprimento 98/27 da União Européia que reconhece legitimação às organizações de consumidores e as instituições públicas para defender o interesse dos consumidores em relação à práticas de comercialização, publicidade e cláusulas abusivas.

No âmbito do direito ambiental as associações têm sido legitimadas para defesa, com alcance geral das decisões administrativas relativas a Lei Federal de Proteção a natureza.

A Lei de Cortes Laborais outorga legitimação aos sindicatos para reclamar e defender coletivamente os direitos dos trabalhadores vinculados com a organização coletiva.

<sup>113</sup> MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel; SIGAL, Martín. **Las Acciones Colectivas – Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado**. Buenos Aires: Lexis Argentina, 2005, p. 338-357.

A nível local, a Constituição do Estado da Baviera outorga legitimação a qualquer cidadão para questionar as leis violadoras das garantias Constitucionais fundamentais.

**Objeto. Direitos Defendidos:** Proteção aos consumidores, meio-ambiente, direito coletivo do trabalho e, excepcionalmente direito individual plural do trabalho.

## Japão

**Marco legislativo:** Não existe uma regulação geral e detalhada sobre as ações coletivas no Japão. Existem as denominadas “ações representativas” introduzidas na legislação processual em 1926 em virtude das quais quando várias pessoas tem um interesse comum, podem eleger uma ou mais pessoas para atuar como demandante ou demandado em nome dos mesmos.

Este tipo de ação foi utilizado para alguns litígios de grupo, tendo em vista as possibilidades reduzidas, pois requerem um ato de investidura expressa para o representante e, por conseguinte, a prévia individualização dos integrantes dos grupos.

**Informação adicional:** Desde a década de setenta há diversas propostas de introdução de algum sistema de ações coletivas, sendo, em particular, o americano. Durante a década de noventa o Japão reformou seu Código Processual Civil passando por ampla discussão a adoção das ações coletivas, apoiadas principalmente pelas associações de advogados e confirmado por grupos industriais. Em 1998 o Código foi sancionado sem nenhuma regulamentação desta classe de ações.

## Israel

**Marco legislativo:** Como antecedente regulatório geral das ações coletivas se deve mencionar a Regra 29 das atuais Regras de Procedimento Civil Israelense de 1984 que previa a possibilidade de uma ação deste tipo, inspiradas nas regras inglesas bastante semelhantes à *class action*.

A partir da década de noventa foram sancionadas as leis específicas que estabeleciam as ações coletivas a saber: Lei de Proteção Ambiental de 1992, reforma da Lei Anti-monopólica de 1992, reforma em 1994 da Lei de Proteção ao Consumidor, reforma em 1996 da Lei Bancária, reforma em 1996 da Lei de Supervisão das Transações de Seguros e Lei de Sociedades de 1999. Não existem na atualidade disposições gerais sobre as ações coletivas.

**Objeto. Direitos Defendidos:** A regulamentação é fragmentada. Os direitos defendidos são os que surgem das distintas leis especiais que digam respeito a estas ações como meio de proteção e que foram listadas acima. Algumas leis, como por exemplo, a de sociedades, admitem a reclamação coletiva de danos patrimoniais.

**Questões de legitimação:** As regulamentações concretas apresentam diferenças entre elas,

mas, refletem, em geral a regulamentação das ações de classe dos Estados Unidos. As demandas podem ser iniciadas por uma pessoa individual, que tenha um interesse individual. A admissibilidade da ação requer, em geral, a existência de questões comuns e idoneidade da via coletiva como meio de proteger os interesses envolvidos. A Lei de Sociedades permite a qualquer titular de ações a defesa dos interesses de todos os acionistas.

Em geral, há a previsão de uma notificação, que pode ser pessoal ou pública. Os membros do grupo podem se excluir em um prazo de tempo fixado de acordo com cada lei (quarenta e cinco dias para Lei de Mercado Cambiário, sessenta dias para nova Lei de Sociedades). Por sua parte, a Lei de Proteção Ambiental prevê um procedimento de inclusão.

Em nenhum caso os demandantes podem realizar acordos com o demandado, nem desistir do processo sem a aprovação do tribunal.

Na Lei de Mercado Cambiário se estabeleceu o dever de notificar o Advogado Geral e outras autoridades Públicas, que se encontram facultadas para participar do processo.

Na referida Lei os gastos do demandante podem ser financiados provisoriamente pela autoridade pública quando considerado que existe o interesse público, que só serão reembolsados com o êxito da demanda.

## China

**Marco legislativo:** As ações coletivas foram incorporadas de maneira geral na legislação chinesa na Lei de Procedimento Civil de 1991.

No âmbito administrativo a Lei de Procedimento Civil vem sendo aplicada mesmo diante da existência da lei de litígios administrativos, eis que esta última não regulamenta explicitamente as ações coletivas.

**Objeto. Direitos Defendidos:** Qualquer questão pode ser resolvida mediante ações coletivas.

**Questão de legitimação:** Qualquer indivíduo pode pleitear em juízo a defesa do direito coletivo de um grupo afetado.

**Questões de Procedimento:** Estabelecimento de dois tipos de procedimento – um para os casos em que o número de litigantes é amplo, dez ou mais pessoas, nos quais as partes devem escolher um ou mais representantes, e outro procedimento para os casos em que os demandantes e demandados não são fixos no momento do início do processo, em que o tribunal deve expedir uma notificação detalhando os elementos substanciais do caso e instruindo a que todas as pessoas cujos direitos são similarmente afetados se registrem ante o tribunal em um prazo estabelecido de pelo menos 30 dias. Às pessoas que se registrarem é permitido a eleição de um ou mais representantes. Caso os interessados não acordem quanto ao representante, o tribunal deverá realizar a eleição.

As controvérsias dos procedimentos são solucionadas com base nas regras processuais básicas.

As demandas podem ter como objeto a realização de determinada conduta ou a cessação de

determinadas atividades, assim como a reclamação pecuniária coletiva.

A sentença tem efeito sobre os representados, sendo que nos casos em que o número de demandantes e demandados não é fixo, somente sofrerão os efeitos os que se registraram e, ainda, os que não se registraram, mas instauraram uma demanda dentro do período estabelecido para o litígio.

### 3. O INSTITUTO DA LEGITIMAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A regulamentação da vida em sociedade é um dos objetivos do direito, não existindo direitos sem que haja a quem destiná-los. Os indivíduos envolvidos em uma determinada situação fática conflituosa são aqueles que, em regra, se permite a postulação e a defesa em juízo de seus interesses, na seara processual.

Nesse sentido, encontramos o direito como conjunto normativo relacionado a um critério geral de condutas, e o delineamento do conceito de direito objetivo<sup>114</sup> como conjunto paradigmático de condutas abstratamente previstas para vigorar em uma sociedade. Na interpretação de Aroldo Plínio, a norma jurídica

(...) do ponto de vista de sua estrutura lógica, é contemplada não apenas como “cânone de valoração de uma conduta”, isto é, como regra vinculante e exclusiva que expressa os valores da sociedade, mas também em relação à conduta por ela descrita, a que se liga a valoração normativa. Sendo o ato sinônimo de conduta (que tem no comportamento o seu conteúdo), dessa valoração resulta a qualificação do ato jurídico como lícito (o uso do próprio bem), ou como devido. A posição do sujeito em relação à norma permite falar em posição subjetiva, ou posição jurídica subjetiva, e qualificar a conduta como faculdade ou poder, se é valorada como lícita, e como dever, se é valorada como devida.<sup>115</sup>

Assim, diante da violação de seus interesses, os indivíduos, ante a vedação pelo Estado da autotutela, encontram na atividade jurisdicional uma forma para solução de controvérsias.

---

<sup>114</sup> Não se pretende no presente tópico efetuar questionamentos quanto à origem do direito subjetivo e a distinção entre direito objetivo e subjetivo.

<sup>115</sup> GONÇALVES, **Técnica Processual**...,p. 106.

Desse modo, o processo, espécie do gênero procedimento<sup>116</sup>, em consonância com os princípios e garantias constitucionais, é o único procedimento apto a legitimar o pronunciamento jurisdicional.

Conforme já ressaltado, a todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional no intuito de obter a satisfação de suas pretensões.

A ação segundo Pekelis<sup>117</sup> designa a mera possibilidade de fazer com que o Estado atue no sentido de solucionar litígios, ou seja, o poder de provocar a atividade Estatal.

Em linhas gerais, a ação deve ser entendida como direito abstrato só dependente da vontade dos sujeitos para o seu exercício.

O vínculo estabelecido entre os sujeitos da ação e a situação jurídica deduzida torna-se responsável pela noção de legitimidade *ad causam*, que corresponde à condição da ação concernente à investigação do elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Corresponde ao elemento subjetivo da ação, segundo Alfredo Buzaid<sup>118</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro estatui como matéria preliminar à análise do mérito – pretensão deduzida em juízo pelas partes – as condições de admissibilidade da ação e os pressupostos processuais, sendo as primeiras referentes ao exercício regular da ação e os segundos referentes à estrutura da relação processual gerada pelo exercício do direito de ação.

---

<sup>116</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 33.

<sup>117</sup> PEKELIS, Alessandro. Verbete “Azione (Teoria Moderna)”, In: **Novíssimo Digesto Italiano**, Totino, UTET, vol. 2, p.33.

<sup>118</sup> BUZAID, Alfredo. **Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 89.

Enquanto as condições da ação concernem à pertinência e validade e exercício do direito de ação, os pressupostos processuais atinam aos sujeitos do processo, tais como citação, aspecto formal da petição inicial, dentre outros.

Dessa forma, como regra geral, os sujeitos que pretendem obter um pronunciamento judicial quanto ao direito violado são qualificados como partes processuais, pois serão os mesmos construtores do procedimento e afetados pela resolução final do processo<sup>119</sup>.

Conseqüentemente, enquanto em juízo, o ordenamento jurídico define que as partes devem possuir a capacidade e legitimidade, sendo esta estudada como um pressuposto que se agrega à capacidade para se assegurar a perfeição do ato jurídico.

A capacidade, neste sentido, corresponde a um atributo jurídico deferido à pessoa em função de suas qualidades naturais, como idade, higidez física ou mental, enquanto a legitimidade decorre de circunstâncias exclusivamente jurídicas, como por exemplo, a qualidade de sócio, proprietário, credor.

Apesar da dificuldade encontrada para se definir os institutos da capacidade e da legitimidade, que se mostram como institutos afins, as confusões terminológicas devem ser afastadas, pois, a inserção de um sujeito em determinada situação jurídica o legitima para a prática de determinado ato, assim como para suportar os efeitos da prática do mesmo.

O instituto da legitimidade processual a partir desta perspectiva, segundo Armelin, vem sendo estudado como *uma qualidade jurídica que unge*

---

<sup>119</sup> FAZZALARI, **Instituições de Direito...**, p. 369.

*aquele que está na esfera subjetiva retratada na inicial com uma respectiva situação fática, independentemente de sua real existência*<sup>120</sup>.

Araken de Assis<sup>121</sup> define a legitimidade como decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso.

Impõe-se ressaltar que Barbosa Moreira<sup>122</sup> reputa a legitimação como a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir.

Define Armelin *a legitimidade como qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado*.

Prossegue ainda o autor:

O fenômeno jurídico da legitimidade no plano processual tem a peculiaridade de depender, no pólo ativo da relação jurídico-processual, da harmonia interna entre as esferas subjetiva e objetiva da situação jurídica retratada na inicial, em, em conexão com o direito de ação, ainda que tal situação a final venha ser declarada juridicamente inexistente.<sup>123</sup>

Verificamos que a concepção do instituto da legitimação parte inicialmente da vinculação sujeito-objeto e que, em um segundo momento, perpassa pela qualidade jurídica pertinente à pessoa.

No plano da vinculação sujeito-objeto, a legitimação decorre da relação de pertinência ou coincidência entre o titular da pretensão, pessoa favorecida e

---

<sup>120</sup> ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.11.

<sup>121</sup> ASSIS, Araken de. Substituição Processual. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 9.

<sup>122</sup> MOREIRA, Barbosa Moreira. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p. 09-10.

<sup>123</sup> ARMELIN, **Legitimidade para agir...**, p. 20.

autor, apresentando-se como fundamental para explicação da regra estabelecida no direito processual brasileiro, a legitimação ordinária.

Verificamos a definição da legitimação ordinária no processo civil como a coincidência entre o titular do direito afirmado em juízo e a figura do autor.

Somente em um segundo plano e, como exceção, visando afastar a legitimação ordinária prevista no ordenamento jurídico, é perquirida a possibilidade de estabelecimento de vínculos jurídicos definidores da legitimação extraordinária, que se relacionará, em algumas hipóteses, com o interesse em juízo.

A legitimação extraordinária encontra-se restrita a casos específicos permitidos pelo ordenamento jurídico, pois, permite-se a postulação em juízo por sujeitos distintos dos que terão o seu patrimônio afetado por uma decisão judicial.

As hipóteses pelas quais o legislador permite a legitimação extraordinária passa pelas seguintes justificativas: predominância do interesse público sobre o particular; comunhão ou conexão de interesses e em decorrência de uma situação jurídica ocupada por terceiro, que lhe impõe indiretamente direitos e deveres perante outrem.

Trataremos, contudo, especificamente da legitimação extraordinária e da sua controvertida atribuição a entes determinados quando nos referenciarmos à legitimação do processo coletivo.

O aprimoramento das pesquisas em torno do instituto da legitimação, embora tenha importância tanto para o direito civil quanto para o direito processual, foi tarefa atribuída aos processualistas, principalmente devido à

necessidade de explicação dos institutos da representação e substituição, formas de atuação para defesa de interesses alheios.

### **3.1 Breve histórico da legitimação na ciência processual**

#### ***3.1.1 A legitimação em Chiovenda como direito subjetivo do titular do direito material***

Para compreensão do instituto da legitimação em cada processualista é indispensável elaborar-se a co-relação do instituto com as teorias do direito de ação e do processo.

Chiovenda difunde o seu conceito de ação em 1903 e o desenvolvimento de suas idéias pode ser verificado na obra *Instituições de Direito Processual Civil*<sup>124</sup>.

O direito objetivo, segundo Chiovenda, corresponde à manifestação da vontade coletiva geral que organiza a vida dos cidadãos e dos organismos públicos<sup>125</sup>.

Diferenciando dos direitos objetivos, delinea o conceito de direito subjetivo como a aspiração de um bem da vida garantido pela vontade concreta da lei (direito objetivo)<sup>126</sup>.

Vinculado à noção de direitos subjetivos, a ação segundo o processualista deve ser entendida como direito concreto atual que pode existir anteriormente ao processo, representando um poder de querer determinados efeitos jurídicos<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 4<sup>a</sup> ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 57.

<sup>125</sup> CHIOVENDA, **Instituições...**, p. 39.

<sup>126</sup> CHIOVENDA, **Instituições...**, p. 39.

<sup>127</sup> CHIOVENDA, **Instituições...**, p. 58.

Como consequência do poder querer não satisfeito define o direito de ação, estabelecendo uma inter-relação entre o direito potestativo e a lesão.

Distingue o autor duas categorias de direito, definindo-os como:

direitos tendentes a um bem da vida a conseguir (direito a uma prestação) e direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente (direito potestativo). Através da manifestação de vontade de alguém, surge um novo estado jurídico, ou se faz cessar o existente, originando o direito potestativo. Contudo, essa modificação dispensa a atuação da vontade de outrem, isto é, daquele que será atingido pelo ato.<sup>128</sup>

Assim, observamos que na compreensão do processualista, aquele que tem um direito subjetivo violado pode fazer atuar a vontade concreta da lei por meio do direito de ação, na via processual, caso não haja previamente o cumprimento espontâneo por parte do causador da lesão<sup>129</sup>.

Diferentemente da ação, estabelece o conceito de direito de ação como o direito de provocar o órgão jurisdicional em face do adversário, partindo do pressuposto que o titular do direito de ação é conseqüentemente o titular da razão, permeando a existência de um vínculo de sujeição entre o autor e o réu.

O direito de pedir, ou o direito de ação para Chiovenda pressupõe a legitimação processual, que se relaciona diretamente à titularidade do direito material controvertido, que é conferido pelo direito objetivo.

Esclarece que a relação processual instituída visa proporcionar a atuação da vontade concreta da lei que não foi cumprida de forma espontânea.

O processo, neste sentido, além de se fundar na relação jurídica entre as partes em juízo, constitui uma relação jurídica de direito público entre as

---

<sup>128</sup> CHIOVENDA, *Instituições...*, p. 47.

<sup>129</sup> CHIOVENDA, *Instituições...*, p. 58.

partes e o órgão jurisdicional, dotado da função de regular a atividade pública destinada ao exercício de uma função do Estado<sup>130</sup>.

Nesta constante atividade de atuação da vontade concreta da lei, Chiovenda concebe a jurisdição como uma atividade substitutiva da atividade das partes e tendente a atuação da vontade da lei.

Segundo suas próprias palavras:

pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.<sup>131</sup>

A relação jurídica processual é defendida por Chiovenda como uma relação de direito público, realizadora de uma função pública que decorre de normas de natureza pública, autônoma, pois existe independentemente do pronunciamento do juiz, da vontade concreta da lei; e é complexa, pois é constituída por um conjunto indefinido de direitos e deveres<sup>132</sup>. Conceitua o processo como uma reação ao direito material lesado, como complexo dos atos ordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por eles), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária.

Importante destacarmos que os ensinamentos de Chiovenda padecem da conceituação do procedimento ao se referir ao processo e à relação processual por entender o processualista que o debate em torno do mesmo afastaria os seus objetivos de constituição de uma ciência processual autônoma.

---

<sup>130</sup> CHIOVENDA, **Instituições...**, p. 77.

<sup>131</sup> CHIOVENDA, **Instituições...**, 511-512.

<sup>132</sup> PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Revista\\_Eletrônica\\_VIRTUAJUS](http://www.fmd.pucminas.br/Revista_Eletrônica_VIRTUAJUS)> Acesso em: 12 outubro.2009.

### **3.1.2 A legitimação em Liebman como condição da ação**

Liebman, aluno de Chiovenda, entendia que os estudos realizados até então à respeito do direito de ação encontravam-se falhos, eis que ora se focalizavam sob o ponto de vista do autor – Teoria do Direito Concreto, ora sob o ponto de vista do Juiz – Teoria do Direito Abstrato.

A construção desenvolvida pelo processualista tinha como objetivo se colocar em posição intermediária entre a teoria concreta do direito de ação e a teoria abstrata, o que permite a denominação da teoria pelo mesmo desenvolvida como Teoria Eclética.

Segundo esta teoria, a inclusão de determinados “requisitos” para ação se fazia necessária, pois, na medida em que não atendidos, inviabilizariam a análise do mérito pretendido.

Segundo Liebman, o direito de ação corresponderia ao direito a um provimento de mérito, ramo autônomo do processo civil, distinto da ação processual, abstrata e incondicionada, prevista na Constituição.

A ação conforme dita o processualista:

Como direito ao processo e ao julgamento do mérito não garante um resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu. Só com o exercício da ação se saberá se o autor tem ou não razão: só correndo o risco de perder poderá ele procurar a vitória.<sup>133</sup>

E ainda:

Naturalmente, só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade

---

<sup>133</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 200.

de impor o reconhecimento desta em juízo consiste em permitir que todos tragam suas demandas aos tribunais, incumbindo a estes a tarefa de examiná-las e afinal acolhê-las ou rejeitá-las, conforme sejam procedentes ou improcedentes.<sup>134</sup>

Neste sentido, ao desenvolver sua teoria, Liebman faz a distinção entre ação como poder de agir em juízo<sup>135</sup>, assim entendido como garantia constitucional por meio da qual se assegura a possibilidade de se levar qualquer pretensão ao Estado e, ação como direito de agir em juízo, atribuído das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de agir), capazes de vincular o exercício válido da ação à pretensão de direito material deduzido em juízo.

Assim, Rosemiro Pereira Leal, quanto à relação que Liebman estabelece entre o direito de ação e o resultado final do processo:

(...) que a vinculou a uma pretensão de direito material, retornando ao imanentismo da corrente de Savigny, deixando mesmo de reconhecer no direito-de-ação qualquer implicação constitucional de direito incondicionado de movimentar a jurisdição.<sup>136</sup>

A teoria de Liebman, que institui as condições da ação como pressupostos de admissibilidade do exame do mérito, funda-se em um conceito de jurisdição equivocado e pelo ordenamento jurídico brasileiro não seguido.

Por exercício do poder jurisdicional, entende Liebman, a decisão sobre o mérito da causa, derivando daí a assertiva liebmaniana de que não há ação nem exercício da função jurisdicional onde não estejam presentes as

---

<sup>134</sup> LIEBMAN, **Manual de Direito...**, p. 195.

<sup>135</sup> Aroldo Plínio, em sua obra, *Técnica Processual e Teoria do Processo*, adverte que embora não seja o objetivo fundamental de sua obra acompanhar a evolução constitucional do direito de ação, não se pode deixar de colocar em evidência a premissa de que parte Liebman quando separa “o poder de agir em juízo” e o “direito de ação” no plano constitucional e no direito infra-constitucional nele alicerçado.

<sup>136</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 123.

“condições da ação”.<sup>137</sup>

Como leciona Liebman, o processo corresponde à atividade mediante a qual a função jurisdicional se realiza em concreto. Esta função, para o processualista, será desempenhada numa série coordenada de atos que tendem à formação de um ato final<sup>138</sup>.

Para Liebman o provimento jurisdicional, ou seja, a decisão acerca da procedência ou improcedência do pedido limitar-se-á à existência de elementos que autorizem a apreciação do mesmo, as denominadas “condições da ação”.

Segundo este entendimento, se ausentes os requisitos elementares para análise do pedido como possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir, inexistentes, da mesma forma, a atividade jurisdicional e a ação.

O Código de Processo Civil Brasileiro, que entrou em vigor sob a égide da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, dispunha em seu artigo 153 que a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão de direito individual, adotou a teoria de Liebman no que tange as condições da ação.

A utilização das idéias de Liebman pelo Código de Processo Civil deveu-se à passagem do aludido processualista na década de quarenta pelo Brasil, onde inaugurou a Escola Processual de São Paulo, deixando como discípulos: Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros.

Sob o prisma do artigo 267 do Código de Processo Civil as condições da

---

<sup>137</sup> LIEBMAN, **Manual de Direito...**, p. 22, 212.

<sup>138</sup> LIEBMAN, **Manual de Direito...**, p. 55.

ação, segundo alguns doutrinadores, poderiam ser vistas como prejudiciais de mérito, pois, se ausentes, inviabilizariam a análise do mérito e não o direito de ação.

Humberto Theodoro Júnior a respeito do direito de ação afirma:

a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam “condições da ação”, cuja ausência de qualquer um deles, leva à “carência de ação”, e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial.<sup>139</sup>

O Código de Processo Civil Brasileiro, no artigo 3º categoriza as chamadas “condições da ação”, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade.

A possibilidade jurídica do pedido, conforme Moacyr Amaral Santos<sup>140</sup> consistiria na previsibilidade pelo direito objetivo, da pretensão exarada pelo autor, ou seja, é a correspondência entre pedido e lei.

Para Ada Pellegrini Grinover<sup>141</sup> pela possibilidade jurídica do pedido indica-se a exigência de que deve existir abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede por meio da ação.

Segundo Arruda Alvim<sup>142</sup>, o requisito de tal sorte consiste na prévia verificação que cabe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico.

---

<sup>139</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 1 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 49.

<sup>140</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160.

<sup>141</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 256.

<sup>142</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 230.

Cândido Rangel Dinamarco, um dos seguidores e tradutores de Liebman, informa que a partir da 3ª edição do seu *Manuale*, Liebman retira a possibilidade jurídica do rol das condições da ação.

A possibilidade jurídica passa a ser vista como a análise do *merito causae* da demanda, pois não há como se posicionar quanto ao referido instituto sem a análise do pedido, tornando-se impossível a verificação da correspondência entre o pedido e lei, sem análise do mérito.

Ao se posicionar quanto à possibilidade jurídica do pedido o julgador estará aplicando a norma de direito, verificando a impossibilidade ou não da pretensão. Ao declarar a impossibilidade jurídica do pedido estar-se-á denegando o pedido, assim como restará denegada a pretensão.

Não obstante tenha o próprio criador revisto a sua teoria, o nosso Código a adota, sem, contudo, aprimorá-la ao que hoje se entende e espera do processo.

O interesse de agir consiste na necessidade de tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado. Para Liebman<sup>143</sup>, o interesse de agir não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter por meio do processo a proteção ao interesse substancial.

Por fim, nos referimos ao instituto da legitimidade, entendida como pertinência subjetiva da ação, existindo correspondência entre a posição do autor e do réu.

---

<sup>143</sup> LIEBMAN, **Manual de Direito...**, p. 206.

É a titularidade ativa e passiva da ação segundo Liebman<sup>144</sup>.

Entende Arruda Alvim<sup>145</sup> que estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele apenas a pessoa indicada, que em caso de procedência dos pedidos, suportará os efeitos oriundos da sentença.

Diferentemente da proposta de Chiovenda, Liebman retoma a noção de procedimento como conjunto de atos que se sucedem no processo e que se dispõem numa unidade formal – o processo<sup>146</sup>.

A unidade formal interna pode ser observada pelas diferentes posições subjetivas no processo que estabelecem ônus, direitos e deveres para as partes que serão direcionadas para o juiz que, após a iniciativa das partes, se vê investido na função jurisdicional, formando, desta feita, a relação jurídica processual, que se distinguirá da relação jurídica litigiosa que corresponderá ao conteúdo do processo.<sup>147</sup>

### ***3.1.3 A legitimação em Carnelutti como consequência do interesse processual***

No mesmo caminho de todos os conceitos processuais, a discussão em torno da legitimação, assim como a ação e o processo perpassou pelo estudo da distinção entre direito material e processual e na autonomia deste último para Carnelutti.

---

<sup>144</sup> LIEBMAN, **Manual de Direito...**, p. 148-149.

<sup>145</sup> ALVIM, **Manual de direito...**, p. 230.

<sup>146</sup> LIEBMAN, **Manual de Direito...**, p. 63.

<sup>147</sup> LIEBMAN, **Manual de Direito...**, p. 56.

Deve-se ao processualista a estruturação científica da legitimação, identificando a existência de um conflito de interesses existente fora da relação jurídica processual, na relação jurídica de direito material<sup>148</sup>.

A amplitude dada ao instituto da legitimação permitiu, após os ensinamentos de Carnelutti que a mesma fosse incorporada à teoria geral do direito, não se limitando ao direito processual.

Por se referir a relações jurídicas de forma ampla, Carnelutti<sup>149</sup> defende que caberia ao direito defini-las enquanto conflito de interesses, independentemente se decorrentes do direito material ou processual.

Para Carnelutti<sup>150</sup> o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida – o processo – será discutido na via judicial e se iniciará por intermédio do direito de ação.

A ação, para o processualista seria o direito privado com uma função pública (direito subjetivo público) cuja idoneidade da parte atuar em juízo decorre da lei, sem, contudo, afastar o interesse de composição do litígio<sup>151</sup>.

Ao delinear o interesse na composição do litígio Carnelutti define a legitimação como especial situação do sujeito em relação ao litígio, como intermediação entre os fatos e a valoração por seu titular.

A legitimação processual será inferida pela posição da parte diante do litígio, devendo o sujeito externar vontade e interesse, o que Carnelutti define como elementos da ação<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Vol. II. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 56.

<sup>149</sup> CARNELUTTI, **Sistema de direito...**, p. 26-30.

<sup>150</sup> CARNELUTTI, **Sistema de direito...**, p. 25.

<sup>151</sup> CARNELUTTI, **Sistema de direito...**, p. 50.

<sup>152</sup> CARNELUTTI, **Sistema de direito...**, p. 56-57.

Quanto à vontade e interesse, Carnelutti<sup>153</sup> apresenta a ressalva de até que ponto deverão ser semelhantes o interesse na solução da lide e o interesse em litígio para se inferir a idoneidade do sujeito, apresentando desde já dois exemplos de exceções às regras do sistema: a inoportunidade da ação e a oportunidade da ação de um terceiro em lugar ou apoio ao autor.

A primeira exceção, à inoportunidade da ação, corresponde à hipótese da incapacidade, da representação legal e da voluntária; e a segunda exceção, a oportunidade de propositura da ação por um terceiro, se refere à possibilidade de substituição processual, intervenção do Ministério Público e a intervenção adesiva<sup>154</sup>.

Fundamenta Carnelutti a atuação do Ministério Público na vontade e no interesse como decorrentes da pertinência do litígio e o grau de contato entre o agente e a lide.

A atuação do Ministério Público é justificada, segundo o processualista, na insuficiência de atuação do interessado e na relevância do interesse público conexo.

Ainda quanto à atuação relativa a interesses que perpassam a figura do indivíduo, Carnelutti define que a atuação sindical deve ser entendida como uma espécie de intervenção consultiva, por não vislumbrar como possível uma atuação imparcial do ente, o que caracteriza sua atuação como intervenção de fato e não de direito<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> CARNELUTTI, **Sistema de direito...**, p. 51-94.

<sup>154</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da Ação Cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 44.

<sup>155</sup> VIEIRA, **Da ação...**p. 46.

Prossegue ainda, referindo-se à ação popular, que o indivíduo que atua em nome próprio, na defesa de direito alheio, conectado com o próprio, estaria atuando em substituição.

Ressaltamos que o entendimento de Carnelutti muito se aproxima da técnica procedimental coletiva existente.

A possibilidade de se conferir a determinados agentes a defesa de “interesses” coletivos e públicos, como faz o processualista, justifica a atuação em juízo do Ministério Público, demonstrando forte influência no que atualmente encontramos na doutrina no que se refere às definições de interesses coletivos, difusos, coletivos, gerais, dentre outros.

A distinção realizada pelo processualista entre o sujeito da ação e o sujeito do litígio delimitam o que determina por funções ativas e passivas, permitindo-se a diferenciação entre a pessoa por quem se faz o processo e para quem é feito o processo.

#### ***3.1.4 A legitimação em Fazzalari como a situação legitimante e a situação legitimada***

Fazzalari ao elaborar os estudos que distinguiram o processo do procedimento propõe uma nova formulação para o direito de ação, contrariamente ao defendido por Chiovenda, mudando o enfoque do conceito de ação, antes relacionado com o pedido e à demanda, para um conceito relacionado com o provimento<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> FAZZALARI, *Instituições...*, p. 33.

Para tanto Fazzalari utiliza-se do conceito geral de legitimação, em seu duplo aspecto – situação legitimante e situação legitimada – e do conceito processual de legitimação para agir.

Elio Fazzalari ao definir a legitimação para agir, assemelha-a à capacidade para agir, conforme se vislumbra na exigência de representação em juízo do menor e dos incapazes, assim como a capacidade para agir do juiz e dos demais auxiliares em juízo pela investidura<sup>157</sup>.

Desta feita aduz que juízes, auxiliares e partes devem possuir a legitimação para atuação em determinado processo como titulares de faculdades, poderes e deveres que serão exercidos ao longo da marcha procedimental. Neste sentido define a legitimação para agir:

A legitimação para participar de um processo é designada por legitimação para agir e, apesar do termo ser empregado geralmente em referência a legitimação das partes, não vislumbramos nenhuma dificuldade de usá-lo também a propósito da legitimação dos órgãos jurisdicionais, a partir do momento em que eles agem ao longo do processo.<sup>158</sup>

Distingue o autor a legitimação para agir da legitimação para o processo, definindo esta última como aquela percebida pela possibilidade de se averiguar em um dado processo; a série de atos cabível a cada um dos sujeitos participantes, juiz, auxiliares e partes<sup>159</sup>.

Distingue a situação legitimante da situação legitimada, sendo a primeira a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que concretamente pode cumprir determinado ato e a segunda como sendo um conjunto de poderes, faculdades e deveres cabíveis a um sujeito identificado no *iter* procedimental.

---

<sup>157</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p 363.

<sup>158</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p. 368.

<sup>159</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p. 368.

Neste contexto, Aroldo Plínio Gonçalves, em seu posicionamento:

(...) enquanto a situação legitimante é contemplada como aquela em presença da qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, a situação legitimada consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, que se põem como expectativa para cada um dos sujeitos do processo.<sup>160</sup>

A legitimação para agir, que é de todos, se especifica em ação e função dada à posição jurídica dos sujeitos do processo. Enquanto a “função” é dada pela série de atos que correspondem à posição jurídica legitimada do sujeito investido da função jurisdicional – o juiz – a ação se forma pelo complexo que resulta da atuação conjunta e interdependente dos sujeitos do curso do processo e por isso não pode ser dele isolada.

Entende ainda que a legitimação para agir no processo jurisdicional civil deverá ser determinada em função provimento final, pela possibilidade de verificar, ao final do procedimento, quais os sujeitos sofrerão os efeitos do provimento<sup>161</sup>.

Observa-se que ao definir o provimento como um pronunciamento favorável a respeito do mérito da demanda, Fazzalari ressalta que não há que se questionar quanto à parte ativa ou passiva em um processo, pois, ambos, suportarão os efeitos da sentença de mérito, o que denomina de legitimados passivos em relação ao provimento requerido.

De forma complementar ao entendimento supra, aduz que ambos os sujeitos serão atuantes, legitimados ativos, para desenvolvimento do procedimento até se chegar à fase final – a sentença.

---

<sup>160</sup> GONÇALVES, **Técnica processual...**, p. 152.

<sup>161</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p.118.

Em virtude desta participação constante das partes, afirma que o procedimento é o processo<sup>162</sup>.

Complementa o processualista: “existe processo quando do *iter* de formação de um provimento participam, justamente, os destinatários de seus efeitos, em contraditório”<sup>163</sup>.

Como a legitimação é aduzida segundo ambas as situações, legitimantes (situação fática) e legitimadas (faculdades, poderes e deveres procedimentais), assevera que somente no curso do processo, e em contraditório, poder-se-à realizar o controle da legitimação para agir e não no início do mesmo<sup>164</sup>.

Quanto à possibilidade de instauração de um procedimento por apenas um dos sujeitos do processo, quando mais de um sofre os efeitos do provimento, Fazzalari aduz que todos devem participar do processo, atuando desde o início ou, pelo menos, devem ser chamados a integrar o contraditório.

Ao discorrer quanto a impossibilidade de individualização dos destinatários do provimento nos chamados interesses coletivos, Fazzalari define a denominada legitimação extraordinária, invocando uma derrogação do princípio do contraditório, onde a exigência de participação dos destinatários dos efeitos do provimento é transferida a um segundo plano<sup>165</sup>.

Explicita que a legitimação extraordinária não é fundada nos efeitos do provimento jurisdicional, mas sim como objetivo de se evitar um contraditório *monstrum* e tornar possível a aplicação de um contraditório seletivo<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p. 118-119.

<sup>163</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p. 380.

<sup>164</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p. 369.

<sup>165</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p. 371.

<sup>166</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p. 401.

A instituição da legitimação extraordinária segundo o processualista deverá ser limitada e expressamente prevista em lei<sup>167</sup>, permitindo-se a atuação no processo não como representante da parte e sim em nome próprio.

Devido à derrogação do contraditório, Fazzalari afirma que legitimação extraordinária poderia ser contemplada na justiça administrativa devido à ausência do interesse como elemento substancial caracterizador desta e não na justiça civil, em função da seletividade dos sujeitos que possam ingressar em juízo<sup>168</sup>.

Justifica, por fim, a extraordinariedade da permissão procedimental por se tratarem de poucos e específicos casos que são considerados exceções diante das regras consideradas gerais para a legitimação.

### **3.2 A legitimação no Código de Processo Civil**

A legitimação no Código de Processo Civil em vigor é tratada como uma das condições da ação cuja implementação torna-se essencial para a análise do mérito.

O direito processual brasileiro adota a teoria de Liebman, conforme delineado acima, quanto às condições da ação, que além da legitimidade, insere a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir como condicionantes para averiguação da pretensão das partes em juízo.

Neste sentido, aduz o artigo 3º do Código de Processo Civil que: “Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade” e, ainda,

---

<sup>167</sup> Conforme artigo 81 do Código de Processo Civil

<sup>168</sup> FAZZALARI, **Instituições...**, p.403 – 404.

no artigo 267, afirma como forma de extinção do processo sem resolução do mérito, a verificação de ausência de quaisquer das condições da ação.

Evidentemente que quanto à legitimação como condição da ação, o legislador brasileiro não realizou a distinção quanto à classificação da mesma, sendo que a sua ausência, ensejadora da carência de ação, independe de ser a mesma ordinária (regra) ou extraordinária (exceção).

Reportando ainda às partes em juízo, a doutrina brasileira costuma realizar a distinção entre a *legitimatío ad processum* e a *legitimatío ad causam*.

Conforme preleciona José Frederico Marques<sup>169</sup>, a *legitimatío ad causam* pode ser entendida como a capacidade para exercício de direitos no plano processual, denominação que impropriamente qualifica como legitimidade para o processo.

Refere à *legitimatío ad processum* como a aptidão para a prática de atos jurídicos, que, segundo Armelin não pode ser entendida como uma categoria da legitimidade, devendo sua abordagem se pautar no fenômeno da capacidade.

O reconhecimento da capacidade processual confere aos sujeitos a possibilidade de figurar como parte em um processo, situação, que, se não verificada, pode ser suprimida pelos institutos processuais da representação e assistência.

A importância dada à conceituação da *legitimatío ad processum* conquista maior amplitude a partir da conceituação de *legitimatío ad causam*, sendo esta entendida como condição do exercício regular da ação e aquela como pressuposto de validade do processo.

---

<sup>169</sup> MARQUES, **Manual...**, p. 160.

A *legitimatío ad causam* como condição do exercício do direito regular da ação não deve se confundir com o mérito, pois, a legitimidade tanto do autor como do réu atuam como condição de admissibilidade do exame do mérito.

### **3.3 Classificação da Legitimação segundo Donaldo Armelin**

Em obra clássica quanto ao instituto da legitimidade Donaldo Armelin<sup>170</sup> procura abarcar todas as hipóteses de classificação da mesma, conforme descreveremos abaixo.

Fundando-se na idoneidade dos sujeitos para a prática de determinados atos e para suportar os efeitos decorrentes de determinada situação jurídica, a legitimidade pode ser subdivida segundo Donaldo Armelin<sup>171</sup> em singular ou coletiva, transferível ou intransferível, específica ou genérica, unilateral ou bilateral, direta ou indireta e exclusiva e complexa.

Neste sentido explicita que para a prática de determinado ato, o ordenamento jurídico pode conferir legitimidade com certas ressalvas a determinados indivíduos ou ampliar de maneira exacerbada essa qualidade, o que permite a diferenciação entre a legitimidade singular e coletiva.

Quanto à possibilidade de ser ou não adquirida derivadamente, a legitimidade pode ser transferível ou intransferível, sendo esta última qualificada diante da impossibilidade de substituição de seus titulares, seja como partes ativas seja como partes passivas. Quando se permite a mobilidade das partes, ao *contrario sensu*, define-se como transferível a legitimidade.

---

<sup>170</sup> ARMELIN, **Legitimidade para agir...**, p. 22-28.

<sup>171</sup> ARMELIN, **Legitimidade para agir...**, p. 22-28.

Quanto aos atos legitimáveis pela situação jurídica do agente, a legitimidade pode ser classificada como específica ou genérica. À parte que se encontra em determinada posição jurídica pode ser propiciada legitimidade suficiente para a prática de um único ato, a legitimidade específica, ou para inúmeros atos, a legitimidade genérica. Tal classificação é exemplificada pelo autor pelos poderes que são conferidos aos procuradores, que podem ser específicos para atos específicos ou não.

Quanto à classificação como bilateral ou unilateral, a legitimidade será diferenciada quanto à especificação das partes. A legitimidade bilateral será aquela em que se torna necessário que ambas as partes estejam igualmente legitimadas, ao passo que a legitimidade unilateral será aquela em que seja necessária a especificação de apenas uma das partes.

Segundo o âmbito da repercussão do ato praticado pelo agente legitimado a legitimação poderá ser classificada em direta e indireta. Se os efeitos do ato praticado pelo legitimado repercutem no patrimônio do mesmo, será direta a legitimidade; caso contrário, será indireta.

Quanto à exclusividade ou não para a prática de determinado ato, independentemente ou não da presença de outro agente, a legitimidade será diferenciada entre exclusiva e complexa, sendo a primeira decorrente de uma autorização do sistema para a prática de determinados atos, independentemente da participação de qualquer outro agente e, a segunda, sempre dependente da participação de algum co-legitimado.

No intuito de tornar clara a classificação inicial de Donaldo Armelin, apresenta-se o quadro sinóptico abaixo:

<b>Subdivisão da legitimidade segundo Donaldo Armelin</b>
---

<b>Quanto à prática de determinados atos</b>	singular	coletiva
<b>Quanto à possibilidade de ser adquirida derivadamente</b>	transferível	intransferível
<b>Quanto aos atos legitimáveis</b>	específica	genérica
<b>Quanto à especificação das partes</b>	unilateral	bilateral
<b>Quanto o âmbito de repercussão do ato praticado</b>	direta	indireta
<b>Quanto à atribuição do sistema para a prática do ato</b>	exclusiva	complexa

### **3.4 Classificação atual do instituto da legitimação**

Embora já apresentada acima a detalhada pesquisa de Donaldo Armelin, datada de 1979, traremos nos próximos tópicos a classificação atual do instituto da legitimação por ser a mesma a mais encontrada ou até mesmo a única que prevalece nos dias atuais.

#### **3.4.1 Legitimação Ordinária**

Como já ressaltado no início deste trabalho, a legitimação será classificada como ordinária, conforme descrito no artigo 6º do Código de Processo Civil Brasileiro, diante da coincidência entre o titular da relação jurídica material e processual.

O artigo 6º veda a postulação em juízo em nome próprio na defesa de direitos alheios, regra do direito processual, salvo autorização legislativa.

Donaldo Armelin descreve que:

Na legitimidade ordinária coincidem a figura das partes com 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.<sup>172</sup>

<sup>172</sup> ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

No direito processual civil a legitimação ordinária é a regra, pois a atribuição a terceiros do direito de postular em nome próprio direitos alheios configura uma exceção ao sistema, razão pela qual se entende que deverá ser limitada. A atribuição a terceiros será em várias hipóteses justificada em questões de técnica legislativa.

### **3.4.2 Legitimação Extraordinária**

No que se refere à legitimação extraordinária, ressalta-se que, ao contrário da legitimação ordinária, não há a coincidência entre os titulares das relações jurídicas estabelecidas – a material e a processual.

Na legitimação extraordinária o direito de agir é exercido por quem não é titular da pretensão deduzida em juízo, litigando como autor ou como réu na defesa de direito alheio, o que na processualística se tem definido, embora a matéria seja controvertida, como substituição processual, em que o substituto age em nome do substituído.

Destaca-se que, não há motivos para se confundir a substituição processual com a representação, pois enquanto o substituto processual, que é legitimado extraordinário, age em seu nome para defender interesse alheio, o representante age em nome da parte na defesa de interesse desse representado.

O legitimado extraordinário é aquela pessoa física ou jurídica para a qual a lei atribui legitimidade para agir no processo na qualidade de parte, mas na defesa de interesse alheio.

Em primoroso estudo quanto à legitimação extraordinária, Barbosa Moreira<sup>173</sup> estabelece que a mesma poderá ser autônoma ou subordinada, sendo que a primeira poderá ser exclusiva ou concorrente. E, enquanto concorrente permite ainda a subdivisão em primária ou subsidiária.

Quanto à legitimação extraordinária autônoma esclarece que poderá o legitimado atuar em juízo com total independência em relação à parte que seria ordinariamente legitimada, sendo o contraditório regularmente instaurado com a presença da parte que atua em legitimação extraordinária.

Subdivide Barbosa Moreira a legitimação extraordinária autônoma em exclusiva e concorrente e ainda esta última em primária e subsidiária.

A legitimação extraordinária autônoma exclusiva é definida como aquela em que o legitimado ordinário é excluído de sua posição de parte principal, sendo a sua presença irrelevante e insuficiente para a instauração do contraditório, tornando-se obrigatória a presença do legitimado extraordinário. Cita como exemplo a defesa dos bens dotais da mulher pelo marido.

Na legitimação extraordinária autônoma concorrente, ao contrário da exclusiva, a legitimação extraordinária não cancela a legitimação ordinária do titular da situação jurídica litigiosa, apenas concorre com a mesma, sendo indiferente para a instauração do contraditório a presença seja do legitimado ordinário, seja do legitimado extraordinário.

Subdivide ainda a legitimação extraordinária autônoma concorrente em primária, onde qualquer legitimado extraordinário pode instaurar autonomamente o processo sem que lhes imponha a espera, por um determinado tempo, da iniciativa do legitimado ordinário e subsidiária, como

---

<sup>173</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 404, v. 58, 1969.

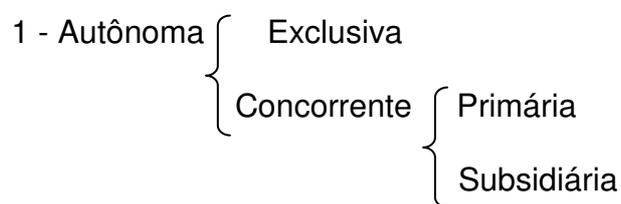
aquela em que enquanto não esgotado um determinado prazo legal, não é facultado aos legitimados extraordinários o acesso ao judiciário. A propositura da demanda em juízo antes do lapso temporal exigido, diante da inércia do legitimado ordinário, caracteriza um contraditório que define como irregular.

Já, na legitimação extraordinária subordinada, a presença do legitimado ordinário torna-se indispensável para a regularidade do contraditório; podendo o legitimado extraordinário participar da relação processual, mas sempre de forma acessória e dependente do autor ou do réu.

Na legitimação extraordinária subordinada o legitimado extraordinário participa da relação processual após a dedução em juízo por parte do autor ou do réu, não possuindo a autonomia para a propositura de pretensões, atuando sempre como assistente das partes.

Para se tornar mais clara a exposição de Barbosa quanto ao tema apresenta-se o seguinte quadro sinóptico quanto ao instituto da legitimação extraordinária.

## **LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA**



2 – Subordinada

### **3.4.3 Legitimação Especial**

Conforme afirmado acima a legitimidade extraordinária vem sendo denominada de substituição processual. Contudo não se mostra clara para alguns processualistas a referida equiparação, que pode conduzir a erros terminológicos.

A substituição processual entendida como a possibilidade de atuação em juízo em nome próprio para defesa de direitos alheios só poderia ser assim conceituada se nos referíssemos apenas nas hipóteses de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, ou nas hipóteses de omissão do legitimado ordinário e a postulação em juízo por parte do legitimado extraordinário, em caso de legitimidade concorrente, conforme as classificações do item anterior.

De modo semelhante observa-se quanto aos efeitos da coisa julgada ao substituto, pois conforme ressalva Waldemar Mariz de Oliveira e Donaldo Armelin, não se justificaria a classificação da substituição processual como legitimação extraordinária em hipóteses de exclusão do substituto da eficácia da coisa julgada.

Tal entendimento representaria uma mitigação de representação processual eis que a principal característica da legitimação extraordinária seria a possibilidade de eficácia sobre o patrimônio alheio, de ato praticado por terceiro, em nome próprio.

A impossibilidade de coexistência de litisconsórcio e substituição processual como sinônimo de qualquer legitimação extraordinária conduz à definição da legitimação, fora das hipóteses delineadas no parágrafo anterior, como anômala ou especial por parte de alguns juristas como, por exemplo,

Waldemar Mariz de Oliveira, Pontes de Miranda e José Carlos Barbosa  
Moreira.

#### **3.4.4 Legitimidade concorrente e disjuntiva**

Embora existam várias classificações referentes à legitimação é consenso entre os estudiosos do direito a definição da legitimação como concorrente e disjuntiva.

No que se refere à classificação da legitimidade como concorrente, ressalva-se que, diante a designação legislativa de vários legitimados, observa-se que qualquer legitimado poderá pleitear em juízo a defesa dos interesses ou direitos violados, em igualdade de condições.

Quanto à classificação como disjuntiva, verifica-se que, mesmo existindo mais de um legitimado, a legitimidade de um não excluirá a o do outro co-legitimado, podendo defender em juízo um único legitimado, sozinho, sem a necessidade de concordância ou autorização dos demais.

A título exemplificativo cita-se a legitimação conferida pelo artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista.

Qualquer dos co-legitimados poderá pleitear em juízo a defesa dos interesses descritos na referida lei e, conseqüentemente, a atuação em juízo de um dos co-legitimados independe de concordância ou autorização dos outros.

No que é pertinente à legitimação no processo coletivo e suas particularidades tecer-se-à maiores explicações nos tópicos que seguem.

#### **4. A LEGITIMAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO**

A legitimação concebida segundo o Código de Processo Civil, pautada na pertinência subjetiva entre o fato e o autor da pretensão deduzida em juízo e a sua utilização no processo coletivo, representa matéria controvertida e alvo de crítica pelos processualistas.

O consentimento de atuação em juízo em nome próprio na defesa de direitos alheios constitui excepcionalidade e não a regra nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil.

Nesta perspectiva a dificuldade de se conferir titularidade a um único indivíduo para postulação em juízo para defesa de direitos difusos, pautando-se, no processo individual, mostra-se, segundo nosso entendimento, impossível.

Corroborando com o posicionamento exposto quanto à utilização dos institutos do processo individual no processo coletivo, afirma Vigoriti:

Il ricorso alle istituzioni processuali per la tutela di interessi a dimensioni superindividuale pone ovviamente gravi problemi di carattere politico costituzionale. Ed altri non meno gravi di carattere tecnico. Per i primi, basta dire che l'utilizzazione del processo per la difesa di interessi collettivi fa immediatamente sorgere la questione dei limiti stessi della funzione giurisdizionale e quella del ruolo nuovo e diverso del giudice in questo tipo di conflitti; per i secondi, vanno ricordate le questioni della legittimazione ad agire, del tipo di

provvedimento giurisdizionale ottenibile, dell'efficacia del giudicato, della sua coercibilità.<sup>174</sup>

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro, visando superar as controvérsias que permeiam o processo coletivo e objetivando adequar a legitimidade do processo individual ao processo coletivo “escolhe” quais serão os legitimados para atuação em juízo para defesa dos “interesses”<sup>175</sup> coletivos, afastando os legitimados naturais<sup>176</sup> da possibilidade de defesa em juízo de seus interesses.

A escolha do representante da coletividade em juízo afasta-se, nos moldes do direito americano e do direito italiano delineados acima, da pertinência subjetiva do interesse em juízo mostrando-se como aleatória e injustificada.

Vários autores como Rodolfo de Camargo Mancuso tentam explicar a eleição dos representantes da coletividade partindo das idéias iniciais de Carnelutti no que se refere ao interesse do grupo, classe ou categoria, ao defender a legitimação do Ministério Público e Sindicatos, conforme se verifica:

Quando se trata de conflitos de massa, confrontando interesses pluri-individuais, o processo civil moderno tem desfocado o critério de legitimação, abandonando a tradicional “coincidência entre titular do interesse e autor da ação” para se situar o enfoque da relevância social do interesse e idoneidade do autor para representá-lo eficazmente em juízo.<sup>177</sup>

Vicenzo Vigoriti<sup>178</sup> centra a explicação do fenômeno coletivo em justificativas de ordem subjetiva, partindo do pressuposto da renúncia por parte

---

<sup>174</sup> VIGORITI, **Interessi Collettivi...**, p. 14.

<sup>175</sup> O equívoco terminológico da expressão interesse tratado no Capítulo 1 da presente dissertação é utilizado como mecanismo de técnica procedimental para se permitir a atuação em juízo de um único sujeito em nome de toda a coletividade e aplicação das normas do processo civil individual.

<sup>176</sup> Expressão utilizada por Vicente de Paula Maciel Junior ao desenvolver a sua teoria das ações coletivas como ações temáticas que será abordada no último capítulo da presente dissertação.

<sup>177</sup> MANCUSO, **Ação Popular...**, p. 299.

<sup>178</sup> VIGORITI, **Interessi Collettivi...**, p.23.

dos legitimados naturais em face de suas vontades individuais, para que em seu lugar surja uma vontade coletiva e única que terá como consequência a atribuição da legitimação para agir a um ente que irá exercer a representação de todos os interessados, vinculando a todos.

Ousa-se, contudo, discordar do precitado autor, pois acreditamos que a vontade da maioria não poderá representar o interesse dos indivíduos, aos quais deverá ser conferida a titularidade para postulação em juízo para defesa de seus interesses.

A Lei da Ação Popular é a única que confere ao cidadão a titularidade para postulação em juízo, sem determinar, de plano, um representante.

A Lei da Ação Pública, considerada pelos doutrinadores como ação coletiva típica, arrola dentre os legitimados para postulação em juízo para a defesa dos direitos difusos e coletivos o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, Distrito Federal e Municípios, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações e Sociedades de Economia Mista.

De maneira semelhante elenca o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor

Verificamos no ordenamento jurídico brasileiro a transferência gradativa para entidades específicas o papel de representação em juízo dos titulares legítimos dos direitos violados – os cidadãos.

A dedução em juízo de direito difusos por parte do representante permite que os representados sofram os efeitos de uma decisão que, sequer tiveram a oportunidade de discussão, o que caracteriza o problema entre a representatividade e a extensão subjetiva da coisa julgada.

Além dos problemas enfrentados pela escolha de representantes, mister destacarmos a que título é conferida a legitimação para agir dos mesmos, conforme a classificação do capítulo anterior.

Kazuo Watanabe<sup>179</sup> refere-se à legitimação das associações para a tutela dos direitos difusos de seus associados, interligados às finalidades de sua constituição, como ordinária e justifica seu entendimento numa interpretação aberta e a ampla do artigo 6º do Código de Processo Civil.

Alúcio Gonçalves de Castro Mendes<sup>180</sup> refere-se à legitimação das referidas associações como *sui generis*, pois, a associação estaria atuando em juízo na defesa de interesses próprios, o que representaria a legitimação ordinária, e, em defesa de direitos de seus associados, que representaria a legitimação extraordinária. A postulação em juízo em legitimação ordinária e extraordinária conjuntamente permite ao citado autor a classificação de legitimação composta ou *sui generis*.

Corroborando com uma legitimação diferenciada Mauro Cappelletti<sup>181</sup> já afirmava a necessidade de superação da legitimação para agir segundo um modelo individual para se permitir a tutela de direitos metaindividuais e coletivas. Segundo o autor a associação que defende em juízo os direitos de seus associados seria a denominada parte ideológica, em que postula em juízo direitos próprios, relacionada com os seus fins, e os direitos de uma coletividade ou categoria, ideologicamente representada.

---

<sup>179</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela **Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.

<sup>180</sup> MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 263.

<sup>181</sup> CAPPELLETTI, **Acesso à...**, p. 49-50.

Nelson Nery<sup>182</sup> defende se tratar de uma legitimação que não pode ser propriamente qualificada como ordinária, nem como extraordinária, mas simplesmente como autônoma, exprimindo-se com tal locução uma ampla liberdade, derivada *ex lege*, seja para a propositura da demanda, independentemente de autorizações pessoalmente concedidas pelos integrantes do corpo social envolvido, seja para condução em juízo, inclusive mediante a viabilidade de celebrar acordos aptos à solução da lide supra-individual.

Contrariamente ao defendido pelos juristas acima, Moniz de Aragão<sup>183</sup> aduz que a associação que postula em juízo em nome da coletividade estaria atuando em sede de substituição processual, pois, segundo o artigo 6º do Código de Processo Civil, a lei poderá atribuir a legitimação a outrem, afastando o requisito da titularidade do direito pleiteado.

Asseveramos que, independentemente da classificação adotada para o instituto da legitimação no processo coletivo, na legislação brasileira há a presunção de adequada representatividade em prol dos entes “escolhidos” como habilitados para representar em juízo as pretensões, não havendo, a princípio um controle pelo judiciário – *ope judicis*, conforme o modelo das *class action* norte-americanas.

A autonomia para a condução dos procedimentos coletivos por um único ente fundamenta uma nova visão da ciência processual e do instituto da legitimação, que procura justificar-se pelos seguintes argumentos:

---

<sup>182</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1885.

<sup>183</sup> ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada – exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 240.

Primeiramente, parte a legislação brasileira das controvérsias terminológicas entre direito e interesse, como mecanismo de afirmação da possibilidade da existência de interesses públicos, coletivos, gerais, que conseqüentemente poderão ser defendidos em juízo por um único representante, afastando os indivíduos, únicos titulares do interesse, nos termos já delineados acima,

Em um segundo momento justifica-se o afastamento do indivíduo para postulação em juízo como mecanismo de “proteção” do mesmo, entendido como parte fraca frente às pressões social e políticas que circundam os processos coletivos.

E, por fim, em consonância com a última onda renovatória do direito processual de Mauro Cappelletti, partem os juristas em prol de um procedimento célere, da efetividade do processo, devendo-se conferir ao jurisdicionado uma resposta rápida à todas as controvérsias existentes, o que se mostra inviável com a participação do mesmo nos processos coletivos, que se delongaria no tempo.

Verificamos, desta feita, que sob esta nova perspectiva vem sendo conduzido o processo coletivo partindo da concepção de um ente capaz de representar os “interesses” de toda a coletividade, criando uma nova modalidade de legitimação e conseqüentemente, de coisa julgada, suprimindo os direitos e garantias constitucionalmente assegurados, principalmente o do acesso amplo e irrestrito à jurisdição e do devido processo legal.

#### **4.1 As propostas de elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**

#### **4.1.1 Os projetos de Antônio Gidi e Ada Pellegrini Grinover**

No Brasil, conforme já delineado na evolução histórica da legislação em torno do processo coletivo, as leis esparsas refletem a ausência de unicidade no entendimento da matéria.

Embora relacionada como origens remotas, seja no direito romano, seja no direito inglês medieval, a previsão inicial de participação dos cidadãos para defesa de seus direitos em juízo decorreu da ação popular descrita inicialmente na Constituição de 1934, que, em momento posterior foi ampliada e regulamentada pela Lei nº 4717/65.

Ressaltamos que, somente em 1985 com a edição da Lei da Ação Civil Pública, verificamos um avanço no ordenamento jurídico em torno do direito coletivo, que foi complementado pela ordem constitucional de 1988 e pela Lei nº 8078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

A especificidade com que a matéria procurou se desenvolver pode ser verificada nas legislações em torno da defesa da criança e do adolescente, das pessoas portadoras de deficiência e ordem econômica e da economia popular, circunstâncias que permitiram o reconhecimento a nível internacional do ordenamento jurídico brasileiro, que passou a ocupar lugar de destaque no contexto mundial.

A evolução doutrinária do processo coletivo é tratada por várias obras que se referem aos institutos da legitimação, competência, funções do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação, execução de sentença, coisa julgada, dentre outros.

Permeando prosseguir no desenvolvimento do direito processual coletivo, visando suprir suas falhas e insuficiências ainda existentes e permeando conferir unicidade legislativa, vários processualistas, como Antônio Gidi, Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, iniciaram projetos para elaboração de um Código de Processo Coletivo<sup>184</sup>.

O constante debate entre os processualistas e a comunidade jurídica e acadêmica proporcionou a elaboração de vários modelos de Código de Processo Coletivo, sempre com a função de abarcar de forma ampla as peculiaridades que o envolvem.

Trataremos no presente tópico dos Projetos desenvolvidos por Antônio Gidi, por Ada Pellegrini Grinover e por Aluisio Castro de Gonçalves Mendes.

Antônio Gidi elaborou o Código de Processo Civil Coletivo, um modelo para países de direito escrito, como prolongamento dos estudos efetuados em 1993, quando da defesa de sua dissertação de mestrado.

O objetivo, segundo o autor, foi inspirar a redação do melhor Código de Processo Civil Coletivo, em consonância com a realidade de países de tradição derivada do direito continental europeu.

Pautado na experiência do estudo da ciência do direito processual de forma comparada, conforme já delineamos no capítulo dois da presente pesquisa, Antônio Gidi se propõe a realizar um projeto inspirado no direito processual individual e coletivo de vários países, notadamente utilizando os institutos do direito brasileiro, americano, canadense, francês, italiano e escandinavo.

---

<sup>184</sup> Os projetos tratados neste tópico encontram-se na obra de Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti, **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Jus Podium, 2007; e no site de Antônio Gidi, [www.gidi.com.br](http://www.gidi.com.br).

Procurando atender as especificidades das pretensões deduzidas em juízo no direito brasileiro, Antônio Gidi divide em dois títulos especiais o seu projeto, trazendo no primeiro título a tutela dos denominados direitos transindividuais, sendo titular um grupo como um todo e, no segundo título, a tutela dos direitos individuais, que considera como titulares membros de um grupo individualmente.

Ressalta Gidi que o projeto não foi elaborado para tentar solucionar as diferenças procedimentais entre as ações coletivas decorrentes do valor da pretensão ou o tipo da controvérsia, como os conflitos resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por produtos químicos e a responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por um incidente como o naufrágio de um navio.

Destaca no mesmo sentido que o projeto não busca sanar as controvérsias com as quais se tem ocupado as ações coletivas norte-americanas das últimas décadas, como as pretensões envolvendo vários estados, custos, comportamento antiético e outros abusos.

Delimita que o objetivo do modelo de Código pretende-se mais modesto ao ocupar-se em introduzir um simples instrumento de tutela coletiva nos países de direito escrito que não dispõem de nenhum, optando pela valorização da compreensão imediata do conteúdo da norma e da divulgação de idéias para solução das controvérsias pela tutela coletiva de direitos, razão pela qual, desde o início, justifica a utilização de uma linguagem na redação dos dispositivos de forma atécnica.

Quanto ao cabimento, inicia o projeto descrevendo que será cabível a ação coletiva para tutela de pretensões transindividuais de que seja titular um

grupo de pessoas e de pretensões individuais de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

De forma especial, delinea que poderá ser proposta a ação para tutelar direitos difusos, definindo-os como os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica comum ou por circunstâncias de fato; e os direitos individuais homogêneos, definidos como o conjunto de direitos subjetivos individuais ligados por uma origem comum de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

Quanto ao instituto da legitimação, tema central da presente pesquisa, observamos que Gidi procura trazer para o ordenamento jurídico brasileiro a legitimação segundo o modelo norte-americano, sugerindo como legitimados coletivos o Ministério Público, a União, os Estados ou Províncias, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica, as associações sem fins lucrativos, desde que legalmente constituídas há pelo menos dois anos.

O grupo como um todo e seus membros são qualificados no projeto como partes no processo coletivo, devendo, todavia, ser representadas em juízo por um legitimado coletivo, que deverá ser, sempre que possível, mais de um, de forma a promover a representação adequada dos referidos direitos.

Devido à imprescindibilidade da presença do Ministério Público, ressalta que se não for o mesmo parte, deverá participar como fiscal da lei.

A representação em juízo promovida pelas associações e órgãos da administração pública é limitada pela pertinência temática da demanda coletiva com os fins pelos quais foram instituídos.

No que se refere à representação dos membros do grupo destaca Gidi como requisito para condução da ação na forma coletiva a adequação da mesma, devendo o juiz analisar os seguintes fatores: competência, honestidade, capacidade, prestígio, experiência, o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo, a conduta e a participação no processo coletivo e em outros processos anteriores, a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva, o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

O controle da adequada representação nos termos do artigo 6º do projeto poderá ser feito por qualquer legitimado, que poderá intervir a qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação da representação ou até mesmo para auxiliar o representante.

Além de elaborar a delimitação para a representação adequada, Gidi se refere à notificação adequada, que deverá corresponder ao mecanismo eficaz de se dar ciência a todos os envolvidos em uma demanda coletiva das circunstâncias do caso concreto, sendo, desta feita, tratada como uma função do representante.

A notificação adequada segundo Gidi permitirá, além do controle da representação, a suspensão de processos individuais em curso, para fins de vinculação do sujeito à coisa julgada coletiva, pois, defende que as ações coletivas não induzirão litispendência para as correspondentes ações individuais relacionadas à mesma controvérsia coletiva.

Importante destacar que, por se referir à representação coletiva e não à legitimação extraordinária, Antônio Gidi permite a elaboração de acordo com a parte contrária ao grupo, desde que os termos do mesmo forem adequados

para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, acordo este que vinculará a todos.

A continuidade das pesquisas em torno da elaboração de um Código Modelo foi tema amplamente discutido e debatido no Brasil no final de 2003 nos cursos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que prosseguiu na proposta inicialmente elaborada por Antônio Gidi.

Acrescentando às pesquisas supra, em 2004, a aprovação nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual na Venezuela para a elaboração de um Código Modelo para Ibero-América, mostrou-se como incentivo para o prosseguimento dos projetos já em andamento.

Ada Pellegrini Grinover elabora no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) uma primeira versão do Anteprojeto, que, em 2005 recebe sugestões dos Programas de Pós-Graduação das Faculdades de Direito das Universidades do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, visando, sempre, obter uma proposta mais reestruturada.

O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, inicialmente elaborado em São Paulo, de forma mais técnica e estruturada do que o modelo anteriormente tratado, define que a ação coletiva será exercida para a tutela de interesses ou direitos difusos, entendidos como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; e para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, entendidos como o conjunto de direitos

subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de grupo, categoria ou classe.

Nos moldes do projeto anterior delimita como requisito para a demanda coletiva a adequada representatividade do legitimado, que seguirá os mesmos critérios já traçados por Antônio Gidi.

Fundamental asseverar que o projeto em referência amplia o rol dos legitimados, acrescentando ao rol anteriormente delineado o cidadão, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstância de fato; o membro de grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; o Defensor do Povo; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos referidos pelo código, dispensada a autorização assemblear.

O Ministério Público e as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica são mantidos como legitimados, conforme o projeto anterior.

Observa-se quanto às associações a redução do critério de constituição de dois para um ano, mantendo-se, contudo, a pertinência temática.

A análise da representatividade adequada é mantida nos mesmos moldes do modelo anterior, e, contrariamente ao designado por Antônio Gidi, o projeto em tela não se refere à notificação adequada e nem mesmo ao acordo

adequado, não afastando, contudo a possibilidade de transação entre as partes em juízo.

As idéias iniciais apresentadas pelo projeto de São Paulo foram reestruturadas na esfera da UERJ-Unesa, sendo as sugestões incorporadas ao Anteprojeto iniciado por Ada Pellegrini Grinover.

Dentre as alterações observamos que ao se referir ao objeto da tutela coletiva, segundo o exposto no Código de Defesa do Consumidor, há uma melhor divisão e conceituação entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Definem como difusos os interesses ou direitos transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; como coletivos, os interesses ou direitos transindividuais de natureza indivisível de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e, por fim, como individuais homogêneos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Quanto à legitimação, as sugestões denotam um caráter de maior técnica, esclarecendo e delimitando conceitos.

Infere, neste sentido como legitimados concorrentes qualquer pessoa física, para a defesa de interesses difusos, desde que reconhecida sua representatividade adequada pelo juiz, demonstrada pelos mesmos requisitos já expostos anteriormente.

A proposta de revisão do anteprojeto visa afastar qualquer dúvida referente à legitimação da Defensoria Pública para defesa dos hiposuficientes

assim como das entidades sindicais, restringindo, todavia, a atuação sindical para a defesa de direitos relacionados com a categoria.

É ainda acrescido ao rol dos legitimados os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, limitando a atuação dos mesmos assim como das associações e fundações de direito privado à preferalada pertinência temática.

As propostas acima receberam em dezembro de 2005 sugestões do Instituto Brasileiro de Direito Processual e, quanto ao objeto tutelado e à legitimação aperfeiçoou-se nos termos descritos abaixo.

Quanto ao objeto, foi adotada a terminologia anteriormente descrita, alterando apenas a definição dos interesses ou direitos individuais homogêneos, suprimindo a expressão direito subjetivo e restando definido como interesses ou direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum.

Ao rol de legitimados foram acrescentadas, nesta última sugestão, as entidades de fiscalização do exercício das profissões e as fundações de direito privado.

A ampliação em termos de legitimação vem acompanhada de requisitos específicos para a propositura da demanda coletiva, visando um controle quanto à importância e desenvolvimento da demanda coletiva a ser proposta.

Quanto à adequação da representação, restringiu-se ao atendimento aos seguintes requisitos: credibilidade, capacidade e experiência do legitimado, histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses difusos e coletivos e a conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

Observamos que, embora pareçam poucas as diferenças entre os projetos acima arrolados, a tentativa de reestruturação e elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos mostra-se complexa e necessita de um amplo debate entre a comunidade jurídica como um todo, seja de profissionais, seja de acadêmicos.

Visando tornar clara a exposição acima, os quadros esquemáticos abaixo procurarão demonstrar as modificações incorporadas em cada proposta.

<b>Projeto Antônio Gidi</b>	
<b>Cabimento da Ação Coletiva</b>	<b>Legitimados</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- pretensões transindividuais de que seja titular um grupo de pessoas e de pretensões individuais de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.</li> <li>- direitos difusos, definindo-os como os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica comum ou por circunstâncias de fato;</li> <li>- direitos individuais homogêneos, definidos como o conjunto de direitos subjetivos individuais ligados por uma origem comum de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ministério Público;</li> <li>- União, os Estados ou Províncias, os Municípios e o Distrito Federal;</li> <li>- Entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica;</li> <li>- Associações sem fins lucrativos, desde que legalmente constituídas há pelo menos dois anos.</li> </ul>

<b>Cabimento da Ação Coletiva</b>	<b>Legitimados</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- interesses ou direitos difusos, entendidos como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;</li> <li>- interesses ou direitos individuais homogêneos, entendidos como o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de grupo, categoria ou classe.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cidadão;</li> <li>- Membros do grupo, categoria ou classe</li> <li>- Ministério Público;</li> <li>- Defensor do Povo;</li> <li>- As pessoas jurídicas de direito público interno;</li> <li>- Entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica;</li> <li>- Entidades Sindicais</li> <li>- Associações desde que legalmente constituídas há pelo menos um ano.</li> </ul>

<b>Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América após sugestões da UERJ e UNESA</b>	
<b>Cabimento da Ação Coletiva</b>	<b>Legitimados</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- interesses ou direitos difusos, entendidos como transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;</li> <li>- interesses ou direitos coletivos, entendidos como transindividuais de natureza indivisível de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;</li> <li>- interesses ou direitos individuais homogêneos, entendidos como os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Qualquer pessoa física;</li> <li>- Membros do grupo, categoria ou classe</li> <li>- Ministério Público;</li> <li>- Defensoria Pública;</li> <li>- As pessoas jurídicas de direito público interno;</li> <li>- Entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica;</li> <li>- Entidades Sindicais;</li> <li>- Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais;</li> <li>- Associações desde que legalmente constituídas.</li> </ul>

<b>Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América após sugestões do Instituto Brasileiro de Direito Processual</b>	
<b>Cabimento da Ação Coletiva</b>	<b>Legitimados</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- interesses ou direitos difusos, entendidos como transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;</li> <li>- interesses ou direitos coletivos, entendidos como transindividuais de natureza indivisível de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;</li> <li>- interesses ou direitos individuais homogêneos, entendidos como os decorrentes de origem comum.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Qualquer pessoa física;</li> <li>- Membros do grupo, categoria ou classe</li> <li>- Ministério Público;</li> <li>- Defensoria Pública;</li> <li>- As pessoas jurídicas de direito público interno;</li> <li>- Entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica;</li> <li>- Entidades Sindicais e de fiscalização do exercício das profissões;</li> <li>- Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais;</li> <li>- Associações Cíveis e Fundações de Direito Privado desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.</li> </ul>

#### **4.1.2 O projeto desenvolvido no âmbito da PUC/Minas**

Há dez anos o Professor Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior iniciou sua pesquisa do Direito Processual Coletivo. Essas pesquisas, desenvolvidas principalmente no pós-doutorado junto à Universidade de Roma – La Sapienza, culminaram com a publicação do trabalho intitulado: Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas.

A teoria apresentada pelo professor é utilizada na presente dissertação, como marco inicial para desenvolvimento do processo coletivo segundo o viés democrático instituído a partir de 1988.

Visando dar prosseguimento e ampla divulgação quanto à pesquisa elaborada em tono do processo coletivo, o professor Dr. Vicente de Paula

Maciel Junior ofertou no programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, para alunos de mestrado e doutorado, a disciplina de Direito Processual Coletivo.

Há dois anos surgiu a idéia de elaboração do projeto de código de processo coletivo baseado na proposta das ações temáticas, que serão detalhadamente descritas no último capítulo do presente trabalho.

A proposta de elaboração de um Código de Processo Coletivo desenvolvida no âmbito da PUC/Minas parte da necessidade de se viabilizar a participação em juízo de todos os interessados, para se garantir a construção de um processo legítimo e em consonância com a ordem constitucional vigente.

Neste sentido, a proposta se refere à possibilidade de qualquer interessado postular em juízo, independentemente de representação por entidades escolhidas pelo ordenamento jurídico.

Partindo da análise de um fato ou de um bem jurídico a ser protegido, o projeto de Código de Processo Coletivo parte da ampliação do instituto da legitimação, permitindo, por meio de uma técnica procedimental adequada que todos os interessados possam participar da construção de uma decisão pela qual serão afetados.

Nessa seara, não apenas o instituto da legitimação, mas toda a ciência processual é revista, visando se adequar ao modelo constitucional de processo.

Diante da tecnicidade com que a matéria é trabalhada, até o presente momento, o professor Dr. Vicente Maciel coordena as pesquisas visando a

publicidade e participação da comunidade acadêmica na construção de um projeto de acordo com a ciência processual pós-moderna<sup>185</sup>.

#### **4.1.3 O Projeto de Lei nº 5.139/2009**

Complementando a proposta inicialmente traçada para elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos, o Executivo, por intermédio da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, elabora o Projeto de Lei nº 5139 de 2009 objetivando disciplinar a Ação Civil Pública para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>186</sup>.

A proposta de modificação da Lei da Ação Civil Pública e não de elaboração de um Código Modelo de Processo coletivo, conforme traçado acima se deve à questões de política legislativa, visando a uma maior possibilidade de aprovação.

Além dos objetivos supra, segundo relatório do próprio projeto, pretende o mesmo adequar a legislação atual aos preceitos insculpidos na Constituição de 88, reconhecendo a insuficiência do Código de Processo Civil atual para se adequar às complexidades e especificidades dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Ministério da Justiça instituiu Comissão Especial, composta por renomados juristas, com representação em todas as carreiras jurídicas, e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário do aludido órgão, com a finalidade de apresentar proposta de readequação e atualização da legislação sobre tutela coletiva.

---

<sup>185</sup> A projeto de Código de Processo Coletivo, ainda em construção, encontra-se disponível no site da Faculdade Mineira de Direito: [www.fmd.pucminas.br](http://www.fmd.pucminas.br).

<sup>186</sup> Projeto de Lei disponível no site: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 20 de maio de 2009.

Dentre as inovações do projeto de lei destacam-se: o estabelecimento de princípios e institutos próprios, a caracterizar disciplina processual autônoma; a ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela ação civil pública e o aumento do rol de legitimados à sua propositura; a criação de cadastros nacionais sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta; o aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, com incentivo a meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, com acompanhamento do Ministério Público e do Judiciário; o aperfeiçoamento da execução coletiva e consolidação de sistema jurídico próprio para a tutela coletiva, com a revogação de dispositivos de várias leis esparsas.

O projeto de Lei nº 5139/2009, no artigo 1º, descreve que a Ação Civil Pública destinará a proteção do meio ambiente, da saúde, da educação, da previdência e assistência social, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos; do consumidor, do idoso, da infância e juventude, das pessoas portadoras de deficiência e do trabalhador; da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, das relações de trabalho e sindicais, do patrimônio genético, do patrimônio público e do erário; dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Quanto à definição dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o projeto de lei mantém a definição delineada no

Código de Defesa do Consumidor, alterando apenas quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos a seguinte definição:

Art. 2º .....

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles divisíveis, decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

Referindo-se ao instituto da legitimação, o artigo 6º do projeto de lei arrola como legitimados: o Ministério Público, a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos; a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções; as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

Interessante salientar que, contrariamente ao disposto nos projetos de Código de Processos Coletivos anteriormente tratados, a Lei nº 5139/2009 não se refere à representação adequada e aos mecanismos de controle da mesma.

Como retrocesso ao já traçado nas construções anteriores, o projeto de Lei da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania não inclui o interessado individual, como já designado anteriormente, independentemente da diferenciação de atuação como pessoa física ou como cidadão.

Neste sentido, parece-nos que o objetivo inicialmente descrito, como a tentativa de adequação do processo a ordem constitucional vigente, não será alcançado.

Corroborando com a metodologia empregada no presente tópico, o quadro esquemático demonstrará o objeto a ser tutelado pelo processo coletivo segundo o Projeto de Lei nº 5139/2009, assim como o instituto da legitimação.

<b>Projeto de Lei nº 5139/2009</b>	
<b>Cabimento da Ação Coletiva</b>	<b>Legitimados</b>
<p>Proteção:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- do meio ambiente, da saúde, da educação, da previdência e assistência social, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;</li> <li>- do consumidor, do idoso, da infância e juventude, das pessoas portadoras de deficiência e do trabalhador;</li> <li>- da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, das relações de trabalho e sindicais, do patrimônio genético, do patrimônio público e do erário;</li> <li>- dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ministério Público;</li> <li>- Defensoria Pública;</li> <li>- União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;</li> <li>- Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;</li> <li>- as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;</li> <li>- os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser</li> </ul>

<p>- de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.</p> <p>Definição de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;</li> <li>- coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e</li> <li>- individuais homogêneos, assim entendidos aqueles divisíveis, decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.</li> </ul>	<p>verificado quando do ajuizamento da ação;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.</li> </ul>
--	---

## 4.2 Os legitimados coletivos

### 4.2.1 A Legitimação do Ministério Público

Instituição dotada de autonomia administrativa e financeira em relação às funções Executiva, Legislativa e Judiciária e pela independência Funcional, o Ministério Público é considerado como principal legitimado para propositura das ações coletivas, característica que é facilmente vislumbrada mediante a atuação extrajudicial ou judicial do *Parquet*.

A atuação do Ministério Público para promoção e efetivação dos direitos coletivos encontra-se em consonância com o elencado no artigo 127 da Constituição de 88 que garante a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Inúmeras são as referências atais quanto à participação do Ministério Público para defesa do meio-ambiente, infração à ordem econômica e na proteção ao consumidor dentre outros objetos.

Na área civil, a atuação predominante do Ministério Público se pauta no campo interveniente.

Lembremos que ao Ministério Público já se permitia, desde 1881, defender o meio ambiente em algumas situações, mas foram poucas as ações que ele efetivamente veio a propor com base no permissivo constante do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81<sup>187</sup>.

No período acima, a população não identificava com facilidade o papel do Ministério Público como instituição de defesa da coletividade.

Contudo, no que se refere à ação civil pública, o Ministério Público alcançou, hoje, em sua plenitude, a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, das pessoas portadoras de deficiência, das pessoas idosas, dos investidores no mercado de valores e, em tese, de quaisquer outros interessados coletivos (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

É verdade que, pouco antes da Constituição, já sob a vigência da Lei nº. 7.347/85, o Ministério Público já havia conquistado a ação civil pública para defesa de interesses difusos e coletivos, mas foi especialmente a partir dos

---

<sup>187</sup> VENTURI, **Processo Civil...**, p. 178.

fundamentos trazidos pela Constituição que esse instrumento foi consolidado e passou a ser utilizado em larga escala.

Vários questionamentos, contudo, vêm sendo realizados quanto à atuação para a defesa nas demandas coletivas única e exclusivamente pelo Ministério Público, como mecanismo de se afastar a participação do cidadão e principalmente no que se refere à proteção de direitos individuais homogêneos de natureza disponível.

A justificativa utilizada pelos críticos do entendimento acima, que se limita à defesa de direitos individuais homogêneos, no qual se encontra Athos Gusmão Carneiro, coaduna com o posicionamento defendido por Vicente de Paula Maciel Júnior quanto aos direitos difusos e a tutela coletiva, nos seguintes termos:

Ao propor uma demanda coletiva visando tutelar tais pretensões, autonomamente, sem a expressa permissão de seus titulares – aliás, sem que, no mais das vezes, sequer tenham conhecimento da existência da demanda coletiva - , estaria o Ministério Público, a um só tempo, usurpando o exercício de direito alheio e desviando-se de suas funções constitucionalmente impostas.<sup>188</sup>

Sem objetivar a perpassar pelo cerne do questionamento quanto à defesa de direitos individuais homogêneos por parte do Ministério Público, o questionamento que se pretende fazer instaura-se na possibilidade de participação tanto do Parquet quanto dos afetados pelo pronunciamento jurisdicional em torno da tutela coletiva.

Assim sendo, acredita-se que a partir do momento que o indivíduo toma conhecimento e quer participar não se pode olvidar a construção participativa do processo.

---

<sup>188</sup> MACIEL JUNIOR, **Teoria da Ações...**, p. 120.

#### **4.2.2 A Legitimação da Defensoria Pública**

A legitimação da Defensoria Pública para propositura da Ação Civil Pública já foi objeto de amplo debate por parte de juristas como Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>189</sup>.

O motivo ensejador da discussão residiu na tentativa de se limitar ao Ministério Público a legitimação para defesa de direitos difusos tendo em vista que à Defensoria, segundo o artigo 134 da Constituição de 88 caberia à defesa dos necessitados.

A polêmica apresentada por representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública se refere à dificuldade de individualizar os sujeitos envolvidos em procedimentos coletivos em sentido lato, fato que, segundo o Ministério Público afastaria a possibilidade de se conferir legitimação à Defensoria.

Quanto à tentativa de restrição à participação da Defensoria Pública, verificamos que a Constituição de 88 não impõe limites às funções da Defensoria Pública ou do Ministério Público.

No que tange às atribuições do Ministério Público vislumbramos que o inciso I do artigo 129 da Constituição atribui a legitimação privativa apenas para a ação penal pública, nos termos da lei. Não há exclusividade do *parquet* para a propositura de ações coletiva, conforme pretendem os mesmos.

---

<sup>189</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo Watanabe (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Ademais, o artigo 134 da Constituição ao elencar as atribuições da Defensoria Pública, não as restringe de modo a inviabilizar a defesa em juízo de interessados coletivos.

O artigo 134 da Constituição apenas arrola quais são as funções precípua da Defensoria Pública no que tange a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, em consonância com o inciso LXXIV do artigo 5º do mesmo diploma.

O argumento para se afastar a participação da Defensoria, conforme relata Ada Pellegrini Grinover<sup>190</sup> reside na dificuldade de se descrever quais são os “necessitados” em uma demanda coletiva.

Neste sentido, corroborando com a participação em juízo dos Defensores Públicos, Ada Pellegrini<sup>191</sup> afirma que uma nova classe de hipossuficientes se faz presente nos dias atuais, “os carentes organizacionais” a que se referiu Mauro Cappelletti ao delinear as relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea.

Verificamos que em decorrência de todas as controvérsias, somente em 2007 a Lei nº 11.488 inclui dentre o rol taxativo da Lei nº 7347/85, a Defensoria Pública como legitimada a propor a ação civil pública principal e a cautelar.

Contudo, antes mesmo da edição da referida lei, a Defensoria Pública com fundamento no inciso III do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, que confere legitimação para agir à entidades ou órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica que incluam

---

<sup>190</sup> As informações quanto à legitimação da Defensoria Pública, ensejadoras da edição da Lei 11.488/1007, podem ser encontradas na Associação Nacional dos Defensores Públicos. Disponível em: <http://www.anadep.org.br>. Acesso em 20 de maio de 2009.

<sup>191</sup> Parecer de Ada Pellegrini Grinover quanto a legitimação da Defensoria Pública à pedido da Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADÉP.

entre seus fins a defesa interesses e direitos protegidos pelo Código, já propunha ações de caráter coletivo.

A permissão, conforme já ressaltado, de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no que tange matéria referente a direitos coletivos é destacada pelo artigo 21 da Lei nº 7347/85.

Assim, várias são as ações coletivas ajuizadas pela Defensoria Pública na defesa de interessados difusos, coletivos e individuais homogêneos, mesmo antes da Lei nº 11.488/2007.

Verificaremos, ao longo da pesquisa, que assim como a tentativa de se afastar a participação em juízo da Defensoria Pública, inúmeros são os argumentos para inviabilizar os legitimados naturais para as ações coletivas – os cidadãos.

#### ***4.2.3 A Legitimação das Associações e Sindicatos***

As associações de classe apresentam-se como fundamentais para coordenação e aproximação de indivíduos que se encontram dispersos ante ao objeto de tutelados pelo direito coletivo atual.

A organização dos sujeitos em torno de um ente capaz de representá-lo funciona como mecanismo de ampliação do acesso ao judiciário nos termos da vigente procedimentalização coletiva.

Neste contexto, as associações civis concentram em torno de si indivíduos formalmente vinculados, possuindo, na maioria das hipóteses, a representação dos mesmos ante conflitos coletivos, a razão de sua existência.

Visando ampliar o número de Associações, a Constituição de 1988 destaca no inciso XXXIII do artigo 5º a possibilidade de criação das mesmas independentemente de autorização estadual.

Corroborando com a ampliação das associações, destacou o Constituinte a liberdade de associações e reuniões, a dissolubilidade das associações somente por meio de decisão judicial transitada em julgado e a possibilidade de representação judicial ou extrajudicial dos filiados, quando autorizadas.

No âmbito infraconstitucional a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor permitem a defesa em juízo de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos pelas Associações, independentemente de autorização assemblear, exigindo apenas a denominada pertinência temática, que corresponde à similitude das finalidades estatutárias da associação e o direito postulado em juízo, e a existência da associação há pelo menos um ano, requisito último que poderá ser dispensado pelo magistrado em função da relevância do bem jurídico a ser protegido.

Barbosa Moreira assevera quanto à legitimação ativa das entidades associativas no seguinte sentido:

Penso que a legitimação atribuída às entidades associativas deve ser entendida como limitada aos fins próprios dessas entidades, isto é, não vejo com bons olhos a idéia de que uma associação de funcionários se legitime a propor uma ação de separação de um de seus membros do respectivo cônjuge; eu não veria, realmente, com muita simpatia essa hipótese.<sup>192</sup>

Destacamos, neste sentido que, o ordenamento jurídico permite a postulação em juízo por parte das associações tanto como representantes de um ou mais de um de seus associados, tanto para proteção de direitos

---

<sup>192</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**. nº 61, p. 190-191.

pertencentes ao grupo, podendo se tratar de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

Apesar da amplitude estabelecida para o funcionamento e atuação das associações, conseguimos verificar que, na realidade forense, escassa tem sido a participação das mesmas, que decorre na maioria das hipóteses, pelo desconhecimento das formas permitidas pelo ordenamento jurídico quanto à atuação em juízo.

No mesmo sentido da ampla organização associativa conferida às Associações, aos sindicatos verificamos a assecuração de liberdade de fundação, funcionamento e filiação nos incisos I e V do artigo 8º da Constituição de 88.

Diante da importância dos mesmos nas negociações coletivas referentes aos direitos das categorias representadas foi instituída a obrigatoriedade de participação dos mesmos nas negociações coletivas de trabalho, conforme vislumbramos no inciso VI do artigo 8º da Constituição da República.

Quanto à postulação em juízo das entidades sindicais verificamos a possibilidade de atuação na qualidade de representantes dos filiados, seja como substituto da categoria envolvida.

## **5. PROCEDIMENTALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO COLETIVO**

### **5.1 A democracia como princípio balizador do ordenamento jurídico**

A instituição de um modelo que se diz democrático vem sendo alvo de críticas por vários estudiosos do direito que procuram explicitar os limites de atuação de governos “em nome do povo” e “para o povo”.

As virtudes e os defeitos do regime democrático como governo do povo foram alvo de debate por longo período da história Ocidental, que demonstrou diversos males inerentes à democracia como a volubilidade e a demagogia, como traços inerentes à tradição da democracia da Antiguidade<sup>193</sup>.

Em épocas mais recentes essas restrições desapareceram quase que por inteiro, tendo como consequência a aceitação nas sociedades mundiais de um conceito de democracia que procuram defini-la ora como liberal, ora como popular, destacando-se na primeira hipótese os direitos individuais do cidadão e na segunda uma soberania e vontade popular quase que absoluta<sup>194</sup>.

Fato que merece ser destacado para evolução das proposições em torno da democracia é o fim da União Soviética, que propiciou a difusão do conceito nos termos da idéias revolucionárias de Marx. Recentemente, vislumbramos uma amplitude do debate em torno da democracia, definida como pós-moderna, visando a desconstrução tanto as premissas individualistas como coletivistas do passado.<sup>195</sup>

Nos escritos de filosofia-política a democracia é comumente apresentada como regime político justaposto a outros tipos de regime, afastada

---

<sup>193</sup> DALLMAYR, Fred. **Para além da Democracia Fugida: algumas reflexões modernas e pós-modernas**. Trad. Paula Torres. In: Democracia hoje: novos desafios para a teoria Democrática Contemporânea. Jessé Souza (Org.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 11.

<sup>194</sup> DALLMAYR, **Para além...**, p. 11.

<sup>195</sup> DALLMAYR, **Para além...**, p. 11.

de qualquer dimensão experiencial, desconsiderada, segundo Fred Dallmayr<sup>196</sup>, pelas suas inerentes lutas e agonias concreto temporais.

Neste sentido, verificamos que não se pode desconsiderar do desenvolvimento da noção de democracia as experiências já vivenciadas pela humanidade, devendo-se perpassar pela Revolução Gloriosa da Inglaterra, pelas Revoluções Americanas e Francesas do final do século XVIII e dos movimentos revolucionários que marcaram o crescimento da sociedade industrial do Ocidente ao longo dos últimos duzentos anos.

Destaca-se, neste contexto, que o desenvolvimento da democracia compreende mais do que uma simples substituição de um tipo de governo por outro, fazendo parte de uma história maior que traz em si implicações existenciais, de auto-conhecimento humano.

Como exemplo de mudança de paradigmas inerentes à construção democrática, vislumbramos na Revolução Gloriosa da Inglaterra o precedente movimento renascentista de modificação de conceitos que persistiram durante toda a Idade Média, introduzidas por Bacon, Descartes e Hobbes.

No mesmo sentido, verificamos que contrariamente ao Estado Iluminista ou ao Estado-providência, cuja centralização do poder era conferida aos monarcas, responsáveis pela promoção do bem-estar de seus súditos, são desenvolvidas as noções de Estado de Direito, que se iniciaram na primeira metade do século XIX, visando expressar a realidade do Estado Moderno num ideal de racionalização jurídica de vida<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> DALLMAYR, **Para além...**, p. 11.

<sup>197</sup> BRETAS, **Responsabilidade do Estado...**, p. 93.

Impõe-se observar, conforme estudo realizado por Ronaldo Bretas de Carvalho Dias<sup>198</sup>, que o Estado de Direito, idealizado inicialmente pela doutrina alemã, passou a conceber o Estado como realizador dos princípios da razão, do reconhecimento de direitos básicos da cidadania e da aceitação do princípio da separação dos poderes, em acatamento à doutrina de Montesquieu<sup>199</sup>.

Canotilho, no mesmo sentido assevera que ao Estado de Direito é atribuído inicialmente cunho alemão diante da assunção de uma política-social mais definida. Contudo, assevera a importância do princípio inglês da *Rule of Law*, que vedava o arbítrio, e que primava pelo princípio da legalidade da administração, da igualdade perante o direito, da independência dos tribunais e da proteção das liberdades civis e políticas.

Arrola ainda as idéias de Estado Constitucional desenvolvido nos Estados Unidos por meio de uma constituição formal e de um processo com garantias (*due process of law*) capazes de preservar os direitos de liberdade perante o poder público<sup>200</sup>.

Destaca na França o conceito de *règne de la loi*, vinculado à noção de lei como expressão da *volonté générale*, como mecanismo de conscientização da defesa contra os abusos da administração<sup>201</sup>.

Afirma neste sentido Ronaldo Bretas de Carvalho Dias<sup>202</sup> que o Estado de Direito é também um Estado constitucional, como consequência do constitucionalismo desenvolvido no modelo francês e americano, justificando a existência de um Estado vinculado ao direito.

---

<sup>198</sup> BRETAS, **Responsabilidade do Estado...**, p. 93.

<sup>199</sup> BRETAS, **Responsabilidade do Estado...**, p. 94.

<sup>200</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 350.

<sup>201</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional**, p. 350.

<sup>202</sup> BRETAS, **Responsabilidade do Estado...**, p. 99.

Dessa forma, aduz que o Estado Constitucionalmente estruturado desponta como dotado de funções que são regidas por leis votadas e aprovadas pelos representantes do povo<sup>203</sup>.

Nesse contexto que se desenvolvem os estudos do século XIX a respeito das teorias do Estado e as teorias do processo, não se permitindo a referência às Constituições sem os seus princípios norteadores – o do Estado de Direito e o do Estado Democrático. Nesse sentido afirma Bretas:

A partir desse pensamento, sustentamos que o paradigma do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.<sup>204</sup>

Ressaltamos que os princípios estruturantes das Constituições desenvolvidas a partir do século XIX, segundo Canotilho<sup>205</sup> têm cada um, um conteúdo específico, sendo que o princípio democrático não é o mesmo que o princípio do Estado de Direito.

Realizando a diferenciação entre os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático aduz Bretas, segundo o entendimento de Karl Larenz, que as normas expressas nas Constituições determinam, direcionam e conformam as atividades do Estado, limitando-as e direcionando-as, definindo o Estado de Direito como aquele cujas leis emanadas pelo Estado devem ser pelo mesmo cumpridas<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> BRETAS, **Responsabilidade do Estado...**, p. 99.

<sup>204</sup> BRETAS, **Responsabilidade do Estado...**, p. 101.

<sup>205</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional...**, p. 346.

<sup>206</sup> BRETAS, **Responsabilidade do Estado...**, p. 103.

Quanto à idéia central de democracia destaca que está a mesma relacionada à fonte de *legitimação do poder que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado*<sup>207</sup>.

Define Mário Lúcio Quintão Soares o Estado Democrático de Direito como:

...forma de racionalização de estrutura estatal-constitucional. Para elaboração do conceito, devem ser conjugados elementos formais e materiais exprimindo a profunda imbricação entre forma e conteúdo. Assim, são princípios concretizadores do Estado democrático de direito. *Princípio da constitucionalidade* – respaldado na supremacia da constituição, vincula o legislador e todos os atos estatais à constituição, estabelecendo o princípio da reserva da constituição e revigorando a força normativa da constituição; *sistema dos direitos fundamentais* – a inserção no texto constitucional dos direitos humanos exige medidas para sua implementação. Este sistema exerce funções democráticas, sociais e de garantia do Estado democrático de direito; *princípio da legalidade da administração* (cerne da teoria do Estado de direito) – postula dois princípios fundamentais: o da supremacia ou prevalência da lei e o da reserva de lei; *princípio da segurança jurídica* – conduz à consecução do princípio de determinabilidade das leis, caracterizando-se como princípio de proteção da confiança dos cidadãos; *princípio da proteção jurídica e das garantias processuais* (proteção jurídica individual sem lacunas) – procedimento justo e adequado, de acesso ao direito e de concretização do direito. São garantias gerais de procedimento e de processo: a) *garantias de processo judicial*, de processo penal e de procedimento administrativo; b) independência dos tribunais e vinculação do juiz à lei; c) *princípio de garantia de acesso ao judiciário*, assegurando-se ao cidadão pleno direito de defesa; d) *princípio da divisão de poderes* – a separação dos órgãos de soberania permanece inatacável como garantia de liberdade, contudo, hoje, a ordenação funcional separada da ordem constitucional estabelece ordenação controlante-cooperante de funções.<sup>208</sup>

Merece destaque, neste ponto, a Constituição da República de 1988, que ao consagrar o princípio democrático, procurou estabelecer uma ordenação normativa garantidora de um extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos e atribuiu aos entes Estatais uma série de funções para

---

<sup>207</sup> BRETAS, **Responsabilidade do Estado...**, p. 103.

<sup>208</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 219-220.

fins de implementação de seus objetivos arrolados no artigo terceiro e tornar efetivos os direitos fundamentais.

Ao defendermos a democracia como princípio constitucionalmente consagrado, acreditamos estar extrapolando os limites de um método de escolha de governantes e governados, visando abarcar aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais caracterizadores de um impulso dirigente de uma sociedade<sup>209</sup>.

Como mola propulsora da sociedade, o princípio democrático deve ser entendido como em constante transformação, decorrente de uma sociedade aberta e ativa, não se limitando a uma concepção estática, de forma a se permitir aos cidadãos o seu desenvolvimento, mediante a liberdade de participação nos processos políticos, econômicos e sociais em consonância com o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária segundo os ditames da Constituição.

No mesmo sentido, verificamos quanto ao Estado de Direito como princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e organizativo-procedimentais<sup>210</sup>.

No Brasil, a partir do reconhecimento da soberania pertencente ao povo, as teorias constitucionais do século XVII e XIX passam a se ocupar dos mecanismos de exercício desta soberania, seja por maiorias, seja por meio de um único dirigente.

Partimos da premissa que as concepções de democracia que excluem os cidadãos de uma incondicional participação e incessante atividade fiscalizatória das funções estatais afastam-se de qualquer legitimidade, não se

---

<sup>209</sup>CANOTILHO, **Direito Constitucional**, p. 415.

<sup>210</sup>CANOTILHO, **Direito Constitucional**, p. 414.

sustentando diante dos objetivos constitucionais e da perseguição da democracia participativa pretendida pela Constituição de 88.

Quanto à democracia como direito assegurado a todos, segue a lapidar lição de Paulo Bonavides:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para o qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem pó igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.<sup>211</sup>

O direito à democracia nos termos da Constituição da República de 1988 deve ser garantido a todos, pessoas jurídicas, privadas, entes despersonalizados e grupos sociais, que deverá ser interpretado em consonância com a ampla participação, de forma a se buscar o atendimento aos interesses de todos os envolvidos em uma situação fática, de forma a se evitar o cerceamento de defesa, que inviabiliza manifestações.

Não restam dúvidas que além de representarem elementos constituintes do Estado de Direito os direitos fundamentais assegurados pela Constituição constituem elementos fundamentais para realização do princípio democrático<sup>212</sup>.

Neste íterim, entendemos que o espaço discursivo da democracia deve se estender ao âmbito jurisdicional, sobretudo, no curso do procedimento. Essa

---

<sup>211</sup> BONAVIDES, **Curso...**, p. 571.

<sup>212</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional**, p. 431.

compreensão mostra-se de suma importância para as ações coletivas nas quais se discute o âmbito de participação dos sujeitos envolvidos em torno de uma questão litigiosa, que hoje se mostra justificada pela ponderação de interesses em prol de bem maior que seria a coletividade.

Por isso, vislumbramos a necessidade de se identificar mecanismos que garantam, no curso do processo, o dimensionamento do problema da legitimação coletiva e suas implicações no que tange a limitação de participação em afronta aos princípios e garantias constitucionais insculpidos a partir de 88.

## **5.2 A cidadania como mecanismo de participação**

A influência das estruturas normativas segundo os parâmetros existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre as teorias jurídicas é marcante. Tal influência permite-nos verificarmos a realidade, que nessas hipóteses, tende a se tornar mera repetidora de afirmações desprovidas de qualquer fundamentação.

O conceito de cidadania e de cidadão vem adquirindo diferentes conotações, em consonância com direitos sociais e políticos e de acordo com a ordem Constitucional de cada país.

A origem histórica da cidadania vincula-se diretamente ao direito e aos status adquiridos pelos homens ao longo dos tempos, merecendo especial destaque nos séculos XVIII, XIX e XX.

Marshall, Bendix, Toqueville e Marx são responsáveis pela elaboração de um discurso urbano da cidadania, devido a distinção inicial realizada nos

centros urbanos entre o público e o privado, que serviu de base para o aprimoramento do conceito de cidadania<sup>213</sup>.

Ao contrário dos autores citados acima, Jerome Brum, Gerschenkron, Barrington Moore e Eugene Weber, defendem que a cidadania vincula-se às relações de trabalho no mundo rural, no contexto das lutas camponesas para garantir os direitos mínimos<sup>214</sup>.

Segundo Marshall o desenvolvimento histórico da cidadania relaciona-se a três fases dos direitos humanos: o elemento civil, relacionado com direitos civis de liberdade individual; o elemento político, vinculados aos direitos de participação no exercício do poder político; e o elemento social, consubstanciados nos direitos do bem-estar econômico e herança social<sup>215</sup>.

Quanto aos marcos acima, destacamos que os direitos políticos aparecem no cenário mundial no século XVIII, os direitos políticos no século XIX e os direitos econômicos-sociais no século XX.

O conceito de cidadania relacionado ao direito decorre do sentido histórico libertário e revolucionário pela busca de emancipação dos sujeitos, enquanto grupos emergentes na história, o que permite a sua interligação com os direitos humanos.

A partir do aparecimento de um modelo democrático verificamos que o indivíduo passa a ser centro da sociedade, devendo a inter-relação entre os sujeitos se pautar na máxima garantia de primazia dos mesmos.

---

<sup>213</sup> CÔRREA, Darcísio. **A construção da cidadania. – Reflexões Histórico-Políticas.** Rio Grande do Sul: Unijí, 2006, p. 211.

<sup>214</sup> CÔRREA, **A construção...**, p. 211

<sup>215</sup> CÔRREA, **A construção...**, p. 211

A cidadania enquanto vivência dos direitos humanos deve ser entendida como uma conquista da própria humanidade, significando a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos.

Neste contexto a liberdade dos cidadãos aparece como algo natural, devendo a organização da sociedade assegurá-la. Decorrem deste entendimento as seguintes premissas: liberdade política, liberdade individual, liberdade de pensamento, liberdade de reunião, liberdade de ir e vir, dentre outras.

Contudo, observamos que os princípios de liberalismo arrolados, diante da ausência de mecanismos adequados para assecuração dos direitos, estabeleceu uma igualdade apenas teórica dos indivíduos, que permearam desigualdade e desequilíbrio social.

A intervenção do Estado para supressão das deformações da democracia liberal permitiu o desenvolvimento de uma teoria geral da cidadania visando a definição dos meios de participação do cidadão, como democracia direta, democracia representativa, democracia semi-direta, veto popular, iniciativa popular, referendun, dentre outros.

Assevera Rosemiro Pereira Leal<sup>216</sup> que o conceito vulgar de cidadania relaciona-se com aleatório e ocasional exercício de voto ou mobilizações sociais como forma de provocar transformações sociais, explicitando a fragilidade do referido conceito.

Neste sentido, as técnicas desenvolvidas da democracia representativa complementaram um sistema de participação dos indivíduos por meio de

---

<sup>216</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 151.

mecanismos como designação de governantes ou eleições, direito ao sufrágio, limites do sufrágio, origem racial e nacionalidade.

A liberdade neste contexto passa a ser examinada como direito inerente a qualquer ser humano, devendo o Estado assegurá-la, o que permite vislumbramos como mecanismo de relação entre Estado e indivíduo. Nesse passo, convém ressaltarmos que a cidadania se relacionará com as incursões referentes às garantias e princípios constitucionais.

Assim, a liberdade e os demais direitos fundamentais, no Estado de Direito, são assegurados aos indivíduos, devendo ser garantidos até mesmo contra abusos cometidos pelo próprio Estado.

Independentemente do conceito adotado, conforme leciona José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>217</sup> *não há cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos.*

Importante será asseverar se os conceitos de cidadania encontram-se em consonância com os conceitos de democracia.

Preleciona Rosemiro Pereira Leal neste sentido:

Cidadania é um deliberativo vínculo jurídico-político constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício deste direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional.<sup>218</sup>

Buscando uma definição quanto ao conceito de povo, e sua consequente vinculação à democracia Fábio Konder Comparato<sup>219</sup> aduz que o povo não é um conceito descritivo, mas operacional, sendo a sua noção já

---

<sup>217</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania – A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais**, São Paulo: Saraiva, 1995, p.1

<sup>218</sup> LEAL, **Teoria Processual ...**, p. 151

<sup>219</sup> MULLER, Friederich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 13.

conhecida e utilizada na antiguidade clássica, desprovida da justificativa democrática existente nos dias atuais.

A noção de povo segundo os ditames modernos, com o surgimento das noções de democracia, não era tratado na antiguidade clássica que a utilizava em matéria de teoria política e de direito público.

O povo como destaca Frederich Muller é um conceito plurívoco e não unívoco, pelo qual tomamos como ponto fundamental o povo, enquanto titular da soberania, no sistema democrático<sup>220</sup>.

O conceito de povo como titular da soberania democrática aparece nos tempos modernos, com os norte-americanos.

A aplicabilidade prática do referido conceito no sistema democrático, interferirá diretamente na delimitação do conceito de povo, pois, verificamos que o povo, entendido como sujeito coletivo, limitado a uma só vontade, ou, ainda, o povo representado por representantes eleitos pela vontade majoritária não se adequam aos ditames democráticos.

Acreditamos inviável o entendimento do povo como um corpo unitário dotado de uma vontade unívoca.

Neste sentido, podemos verificar que um conceito limitado e homogêneo poderá conduzir a uma forma de imposição de vontades particulares e não de manifestação participada dos indivíduos. Conduzirá, neste passo, à prevalência da vontade dos representantes.

Com a definição instituída no século XVIII de um sistema democrático cujo poder emana do povo, a dificuldade de definição do mesmo merece ser

---

<sup>220</sup> MULLER, **Quem é...**, p. 15.

suplantada para fins de estabelecimento de uma operacionalidade prática da democracia afastando de qualquer ideologia e usurpações conceituais.

Observamos que as constituições com frequência utilizam a expressão “povo”, mas, não descrevem a referida conceituação, pois limitam-se a perseguir fundamentos de legitimação das normas instituídas.

O preâmbulo da Constituição Brasileira de 88 aduz à instituição de um Estado Democrático. No título I, artigo 1º se refere à constituição da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No mesmo sentido Lei Fundamental Alemã que invoca que a República Federal Alemã seria um Estado Federativo Democrático e de bem-estar social, no qual todo poder do Estado emanaria do povo e deveria ser exercido pelo povo em eleições e votações, bem como por meio da atividade dos clássicos órgãos públicos divisores dos poderes.

Destacamos que a soberania popular reduzida aos ideais dos Estados Constitucionais Modernos é explicitada pelas exaustivas elucubrações em torno do mesmo, que fazem referência a um símbolo justificador de atitudes, relacionando-o na prática com mecanismo de dominação e supressão de vontades individuais.

Preleciona Fábio Konder Comparato quanto ao tema:

Assim, aquilo que na concepção voluntarista da soberania popular parecia um recurso contra o arbítrio do soberano, uma garantia de liberdade e segurança, transformou-se em fonte permanente de insegurança social e princípio determinante do absolutismo estatal. No momento em que a lei deixa de ser um limite à ação do Estado, para se tornar, ao contrário, instrumento de governo – o mais eficaz de todos -, o que desaparece não é a distinção entre lei e ato administrativo, mas a própria distinção entre lei e Direito, pois este último, como conjunto sistemático de princípios

superiores à vontade arbitrária, deixa de existir como vivência coletiva.<sup>221</sup>

O conceito de povo como retórica justificativa das ações do Estado confronta-se com o povo como práxis efetiva, pois, as diferenças existentes não devem funcionar como obstáculos para atuação do povo enquanto sujeitos ativos da construção e reconstrução do processo democrático.

Assim o adiamento desta participação configurará uma desvinculação do povo à democracia.

Se a justificativa de uma ordem democrática se limitar ao que entende como possível, deverá ser a mesma entendida como dificuldade à participação pelos governantes por meio do povo.

Segundo os delineamentos iniciais de Frederich Muller<sup>222</sup> o povo deve ser entendido em duas esferas: o povo-ativo e o povo-destinatário, como mecanismo de preservação e instituição de uma constituição democrática.

O problema central para o referido autor, ao realizar a distinção supra, se centra na idéia de que o povo, enquanto destinatário deve ser colocado em condições de perceber e defender a ordem democrática. Neste contexto, refere-se que a imposição de tal condição poderá conduzir à exclusão de grupos populacionais inteiros de todos os sistemas funcionais da sociedade.

As afirmações do autor justificam a defesa pelo mesmo de uma democracia representativa

Além da errônea utilização do povo como legitimadores de decisões, simultaneamente, apresentamos o seguinte questionamento que delimitará as

---

<sup>221</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Direito, Cidadania e Participação, Segurança e Democracia**. Bolívar Lamounier, Bolívar C. Weffort, Maria Victoria Benevides (org.). São Paulo: T.A. Queiroz, 1981, p. 210

<sup>222</sup> MULLER, **Quem é...**, p. 43.

premissas conceituais de “povo”: A legitimação seria garantida por todos os nacionais ou apenas pelos titulares de direitos eleitorais ativos e passivos?

A resposta ao questionamento esposado, independentemente de se vincular à uma forma de dominação, delineará os caminhos seguidos para a definição do povo.

Ressaltamos que o direito ao voto não é permitido a todos, e que a atuação segundo um modelo representativo limita a conceituação de povo-ativo às eleições e não numa contínua atuação e fiscalização do poder público.

A manutenção deste modelo de Estado parece ser tomada segundo parâmetros axiomáticos, tornando-se em consequência fundamental a explicitação e formalização de critérios que irão definir e regulamentar desprovidos de fundamentação. O regime representativo afasta-se dos ideais democráticos que o inspirou, sendo um domínio dos que querem mais, segundo Bolívar Lamounier, e dos que querem menos a democracia<sup>223</sup>.

Ademais, verificamos que as constituições expressamente tendem a contabilizar como povo ativo aos titulares da nacionalidade, afastando os estrangeiros que vivem, permanecem, trabalham, pagam impostos e contribuições.

Vislumbramos que a restrição ao conceito de povo mostra-se incoerente a uma justificação democrática, razão pela qual não encontramos razão para nos afastarmos de um conceito mais abrangente de povo – os destinatários do sistema normativo.

---

<sup>223</sup> LAMOUNIER, Bolívar. **Direito, Cidadania e Participação, Segurança e Democracia**. Bolívar Lamounier, Bolívar C. Weffort, Maria Victoria Benevides (org.). São Paulo: T.A. Queiroz, 1981, p. 235.

Neste sentido, os representantes do povo, mediante suas atribuições, decorrentes das diferentes funções do Estado, editam normas, cujos destinatários, afetados, pelas mesmas, são todos, indistintamente.

O Estado e seus representantes não são titulares de poderes, e sim, de funções, atribuições e responsabilidades, sendo que o determinado “poder” emana no “povo” e não está nele enquanto sujeito pertencente à uma coletividade que em nome da mesma atua.

A limitação de “povo” aos eleitores ou nacionais parece-nos equivocada, pois limitará a constante atividade fiscalizatória dos sujeitos.

Os cidadãos se revelam como sujeitos dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento igualitário na sociedade.

Acreditamos necessária a superação da discriminação conceitual de democracia como decorrente da ampliação do sufrágio popular, pois o bem comum a ser perseguido incondicionalmente, na atualidade, consiste na garantia dos direitos fundamentais.

Podemos afirmar que as diferenças estabelecidas relativas aos direitos eleitorais, nacionalidade, afastam a tentativa de exclusão de diferenças e a implementação de igualdade a todos, na qualidade de seres humanos, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e demais direitos e garantias fundamentais estabelecidos.

O povo deve ser entendido como multiplicidade diferenciada, organizada de forma igualitária e não-discriminatória, devendo a legitimidade e a normatividade jurídica decorrerem do devido processo

Defendemos que a exclusão deslegitima. A legitimidade somente poderá advir da fundamentação de um povo real, que é o invocado pelo texto da Constituição.

A cidadania democrática deverá se fundar em uma legitimação fiscalizatória do sistema jurídico-político extensiva a todos indistintamente, não se permitindo o exercício de funções por onipotência baseadas em um pensamento axiologizado e sim, pela argumentação processualizada.<sup>224</sup>

Neste íterim, a cidadania, concebida no Estado Democrático de Direito como a legitimação de todos os indivíduos para participar na constante construção e reconstrução do ordenamento jurídico, encaminhará as bases para a legitimação para agir no processo coletivo. Preleciona Rosemiro Leal, quanto ao tema:

Quando escrevemos, em direito democrático, sobre cidadania como conteúdo de processualização ensejadora de legitimidade decisória, o que se sobreleva é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente, instaurarem procedimentos processualizados à correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão do legislador-político originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estatalidade constitucionalizada.<sup>225</sup>

Não basta o texto constitucional estabelecer que todo poder emana do povo, sem mecanismos de definição conceitual e de implementação de participação popular.

Quando nas democracias afirmamos que todo poder emana do povo, deverá este, pelo espaço argumentativo do devido processo, legitimar as decisões proferidas pelo Estado, por meio de uma ampla e irrestrita

---

<sup>224</sup> LEAL, **Teoria Processual...**, p. 150.

<sup>225</sup> LEAL, **Teoria Processual...**, p. 150.

participação, como mecanismo de consolidação da democracia segundo um viés democrático. .

Qualquer decisão pautada no guardião dos direitos dos cidadãos, que afaste a participação dos mesmos afronta o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana assegurados com direitos fundamentais

Assim, conforme aduz Rosemiro Pereira Leal<sup>226</sup>, na teoria da democracia os direitos fundamentais são inafastáveis, pois configuram os pressupostos jurídicos da instalação processual do sistema democrático.

### **5.3 O processo coletivo como meio de concretização da democracia**

No Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República de 88, impera o princípio da liberdade somente limitada pela lei (princípio da reserva legal), o processo jurisdicional deve ser entendido como o espaço discursivo para a reconstrução dos fatos e aplicação da norma, na qual as partes apresentem em simétrica paridade, pela garantia do contraditório, seus argumentos, construindo o provimento final, que será o resultado lógico-racional do procedimento.

A lesão e ameaça a bens indispensáveis para a vida em sociedade tais como o meio-ambiente, o patrimônio artístico, histórico e paisagístico, provocam em cada um dos interessados a busca pela solução dos problemas.

Na medida em que a lei exerce a tutela destes bens que, em caso de violação, produzem conseqüências sobre um grupo de pessoas indeterminadas, deve, também, permitir que cada um desses indivíduos

---

<sup>226</sup> LEAL, **Teoria Processual...**, p.. 31.

afetados possa, pessoalmente, desde que representado por pessoa habilitada, pleitear a proteção às possíveis lesões.

Ao estabelecer a inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito não restringiu o constituinte referido direito apenas às ofensas individuais, mas também às ofensas coletivas, ambas constitucionalmente asseguradas.

O embaraço conceitual criado ao se distinguir o direito coletivo do direito individual compromete a pesquisa jurídica com prejuízo à construção do Estado Democrático de Direito, que possui suas bases teóricas na razão discursiva e não mais na filosofia do sujeito voltada à reprodução do mundo da vida por decisões centradas na tradição e autoridade<sup>227</sup>.

Se o acesso à Jurisdição é amplo e irrestrito, segundo preleciona o direito de ação constitucionalmente assegurado, torna-se essencial a utilização do processo na criação e reconstrução permanente de institutos jurídicos.

As bases teóricas utilizadas para construção do procedimento individual, consideradas atualmente ultrapassadas, tendo em vista a constante necessidade de revisitação dos conteúdos dos conceitos, são utilizadas para a construção do procedimento coletivo.

O estudo do processo individual brasileiro, com intuito de alcançar escopos metajurídicos, em que a jurisdição e o processo são vistos como instrumento de realização de valores sociais e políticos da nação, conforme defendido por Cândido Rangel Dinamarco<sup>228</sup> encontra-se superado e não deve ser direcionado para o processo coletivo.

---

<sup>227</sup> LEAL, **Teoria Processual...**, p. 68.

<sup>228</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

O número indeterminado ou indeterminável de interessados envolvidos em uma demanda coletiva e a necessidade da construção participada da decisão segundo os fundamentos do Estado Democrático de Direito refletem a premência de se repensar as especificidades do processo coletivo, que deve se fundar no discurso jurídico problematizante e não em uma isonomia mítica.

Nesse sentido, são precípuas as lições de Rosemiro Pereira Leal:

Atualmente a existência de teorias concludentes e doutrinas se empenham na edição, dissertação, interpretação e sistematização das leis, atos e decisões jurisdicionais absolutamente desinteressados em questionar as realidades jurídicas e as implicações socioeconômicas da normatividade vigente.<sup>229</sup>

Na mesma linha de raciocínio, aduz que:

A Ciência Jurídica como conquista teórica pós-moderna da humanidade, e bases de múltiplos sistemas de explicação do direito, equivale a uma permanente conspiração da consciência dos povos contra o absolutismo das idéias jurídicas formadas e teorias destituídas de historicidade e privilégios dominantes pelo eufemismo da igualdade formal de direitos e defesa gráfica dos direitos humanos.<sup>230</sup>

Assim, denota-se que somente a ampliação da legitimação para a propositura de demandas coletivas, ressaltando o direito de participação dos interessados (afetados pelo provimento) em todo o procedimento, estaria de acordo com a teoria do direito de ação encampada pela Constituição Brasileira.

Referida previsão reflete a inviabilidade de se afastar da discursividade procedimental os interessados nos processos coletivos, visto que a legitimação para agir nas ações coletivas atuais que se concentram em entes intermediários – Ministério Público, Sindicatos, Associações e Partidos

---

229 LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

230 LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Políticos, anula a possibilidade de participação dos reais interessados, que serão os afetados pelo provimento.

Para que as decisões proferidas nos processos coletivos sejam legítimas, torna-se necessário que os órgãos jurisdicionais atuem segundo os princípios concretizadores do Estado Democrático de Direito, em respeito ao devido processo constitucional, que proporcionará uma ordenação dialógica em contraditório realizada entre os destinatários da decisão.

Neste sentido, inegável que os poderes conferidos aos órgãos públicos ou entidades no desempenho das funções públicas devem representar, após a nova ordem constitucional, funções, como repartições de competência, jamais poder.

A expressão “poder” coaduna com os modelos estatais anteriores, Estado Liberal ou Social, em que a personificação do poder era utilizada como mecanismo de dominação, afastando a possibilidade de participação social, seja para construção de suas realidades, seja para fiscalização da administração pública.

Desse modo, deve ser propiciada uma fiscalidade participativa<sup>231</sup> constante em todo o procedimento de qualquer da decisão, no âmbito administrativo ou jurisdicional

No âmbito jurisdicional a legitimação para agir nas ações individuais e nas ações coletivas de forma ampla corroboram, com a implementação dos

---

<sup>231</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I e II. ed. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

direitos fundamentais pelas garantias constitucionais do Modelo Constitucional do Processo<sup>232</sup>.

Segundo Ricardo de Barros Leone<sup>233</sup> a “preocupação” com as garantias constitucionais do processo em uma demanda coletiva conduziria a impossibilidade de postulação em juízo devido ao elevado custo para o Estado dos referido procedimentos. Neste sentido afirma que “exigir o respeito ao devido processo legal na sua formulação clássica – presença de todos os lesados em juízo para validade da sentença com relação a cada um deles – seria inviabilizar o acesso à justiça”

Salientamos que a legitimação extraordinária como forma de estreitamento de acesso à jurisdição e limitação do espaço argumentativo do contraditório e da ampla defesa no curso do “processo”, acarreta a supressão de garantias fundamentais, e desconfigura o processo para mero procedimento.

A legitimação extraordinária utilizada como técnica procedimental que se justifica na facilitação de acesso ao judiciário demonstra a tentativa de se explicitar uma jurisdição auto-suficiente em seus fins metajurídicos.

A imposição de limites à legitimação para agir retira do indivíduo a possibilidade de atuar em defesa de seu interesse, impedindo-o, conseqüentemente, de exercer a fiscalização sobre os atos dos agentes públicos.

O descumprimento do texto constitucional, visto como ato de cumplicidade hermenêutica do Judiciário e do Executivo, ao restringir a

---

<sup>232</sup> ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997.

<sup>233</sup> LEONEL, **Manual de Processo...**, p. 29.

possibilidade de participação dos interessados (legitimados originais) no processo coletivo, obsta a operacionalidade do sistema democrático, conduzindo a um procedimento de alienação conforme preconizado por Hans Kelsen<sup>234</sup>.

A cidadania democrática deve se fundar em uma legitimação fiscalizatória do sistema jurídico-político extensiva a todos indistintamente, não se devendo permitir o exercício de funções por onipotências, conforme se verifica na atuação quase que exclusiva do Ministério Público nos processos coletivos, e sim pela argumentação processualizada.

O processo há de ser visto como instituição reguladora dos procedimentos de construção da norma seja no nível abstrato (lei), seja no nível concreto (decisão jurisdicional). A inserção dos destinatários das leis e das decisões na construção das mesmas confere ao processo e à respectiva decisão, a legitimidade.

Contudo, mesmo que o Estado constitua órgãos com legitimação para agir na defesa dos direitos coletivos, como no caso do Ministério Público, nada poderá obstar a legitimação concorrente daquele que é diretamente afetado pelo ato ou fato.

Se o processo possui como função o esclarecimento, a fiscalização e a declaração da norma para o caso concreto, aproveitando-nos das lições de Carnelutti, verificamos que não seria possível se imaginar uma decisão sem a participação dos interessados.

Percebe-se, após a discussão supra, que a busca por uma visão científica da legitimação no processo coletivo bem como a sua consonância

---

<sup>234</sup> LEAL, **Teoria Processual da...**, p 51.

com a ordem constitucional vigente e a elaboração de uma técnica procedimental adequada mostra-se imprescindível.

#### **5.4 O modelo participativo de processo coletivo: as ações coletivas como ações temáticas**

Permeando o entendimento esposado quanto a conceituação de direito e interesse e o equívoco cometido pela equiparação conceitual dos institutos, Vicente de Paula Maciel Junior desenvolve em sua obra um modelo de procedimento coletivo em consonância com a ordem constitucional instituída com a Constituição de 88.

Partindo da negativa da existência de interesses difusos e afirmando a existência de apenas direitos difusos, conforme descrevemos no primeiro capítulo da presente dissertação, Maciel Junior, define a teoria das ações coletivas como ações temáticas.

Para o referido autor os direitos difusos correspondem às disposições legais que estabelecem a regulação de bens que afetam um número indeterminado e indeterminável de indivíduos. Nesse sentido delineia que difuso é o direito que tutela bens e que, como são os referidos bens que afetam um número indeterminado de indivíduos, não podemos estabelecer um interesse sobre os bens.

Sob essa perspectiva reafirma que os interesses são sempre individuais e que os fenômenos coletivos devem ser entendidos a partir dos “bens” que constituirão temas que se relacionarão com os sujeitos interessados. Neste diapasão define os interessados difusos com os que manifestam seus

interesses (sempre individuais) em face de um bem tutelado de forma ampla pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, a ciência do direito processual civil construída sob a égide do indivíduo e de seus interesses é questionada pelo reconhecimento de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, verificamos que a doutrina é conduzida à aplicabilidade dos institutos do direito processual individual ao processo coletivo, desprezando, explicitamente, as peculiaridades necessárias para cada procedimento.

A equivocidade decorrente da utilização de conceitos ultrapassados demonstram a predominância de conceitos de modelos Estatais já superados. A interligação entre o direito e a forma de organização Estatal refletem diretamente no desenvolvimento da ciência processual.

Neste sentido, verificamos que o processo individual brasileiro ainda traz consigo conceitos baseados em premissas que já foram suplantadas ao longo dos tempos e, que, conseqüentemente são transportadas para o processo coletivo.

Como exemplo de utilização equivocada de institutos do direito individual no direito coletivo procuramos demonstrar, ao longo do presente trabalho, a conceituação da legitimação para agir.

Segundo um padrão individualista e pautado no ordenamento jurídico de outros países, verificamos no processo coletivo brasileiro a eleição de um representante adequado, que possui a função processual de representar todos os interessados, delineando os caminhos de interesses, que são individuais.

O modelo de representação adequada afasta, neste sentido, os legitimados naturais da demanda coletiva que são de plano esquecidos, pela legislação da oportunização de participação.

A renovação de conceitos como o direito de ação, direito subjetivo, direito objeto e relação processual, em obediência aos princípios e garantias fundamentais se faz presente no modelo Constitucional estatuído pela Constituição de 88.

Ressaltando o conceito de ação nesta nova ordem Maciel Junior estabelece que a ação é um direito objetivo previsto no ordenamento e uma faculdade de agir dada àqueles que se encontram diante de um conflito de interesses.

Conferindo aplicabilidade ao conceito esposado acima e transportando-o para o direito coletivo, o autor ressalta que o caráter participativo dos indivíduos para a defesa de interesses em conflito nas demandas coletivas.

Corroborando com o conceito de interesse do prefalado autor, qual seja, como manifestação de um sujeito face a um bem, permite-se que a defesa dos mesmos seja feita pelos interessados, e não, por representantes dos mesmos.

Assevera o autor:

Aliás a exclusão da possibilidade de ação individual e a atribuição da ação apenas a órgãos (MP, Procons, etc.) e associações constituem em completa falta de compreensão do fenômeno do direito difuso e uma considerável limitação na possibilidade de discussão dos problemas que afetam vários interessados.<sup>235</sup>

Neste sentido, explicitamos mais uma vez o erro ao nos referirmos aos interesses coletivos, difusos, público, pois, tratam os mesmos de mera política legislativa que visa afastar o verdadeiro interessados da participação

---

<sup>235</sup> MACIEL JUNIOR. **Teoria das ações...**, p. 156.

processual. Tal medida justifica a manutenção da inadequação terminológica entre direitos e interesses.

Visando a implementação de um modelo participativo, Maciel Junior, define as primeiras tratativas das ações coletivas como ações temáticas.

Como meio de viabilizar a procedimentalização do processo coletivo, que envolve um número indeterminado ou indeterminável de interessados, bem como, de sua inserção na estrutura da constitucionalidade democrática, propõe a instauração de um procedimento participativo na defesa de direitos difusos, iniciando-se com a análise de um bem, fato, ou direito que afeta um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, os denominados “interessados difusos”.

Partindo da linha de pesquisa objetivista rejeitada por Vigoriti<sup>236</sup>, Vicente de Paula Maciel Júnior<sup>237</sup>, estabelece que para construção da estrutura procedimental com fundamentos na processualidade democrática, a definição dos direitos difusos deverá feita a partir do bem envolvido, sendo os legitimados para a demanda coletiva todos aqueles que direta ou indiretamente seriam afetados pela situação jurídica que atinge o determinado bem.

Para o jurista italiano, a explicação do fenômeno coletivo deverá ser feita a partir do entendimento da existência de uma renúncia por parte dos legitimados naturais em face de suas vontades individuais, para que em seu lugar surja uma vontade coletiva e única que terá como consequência a atribuição da legitimação para agir a um ente que irá exercer a representação de todos os interessados, vinculando a todos.

---

<sup>236</sup> VIGORITTI, *Interessi collettivi...*, p. 20.

<sup>237</sup> MACIEL JUNIOR. *Teoria das ações...*, p. 156.

A justificativa de Vigoriti<sup>238</sup> para se afastar da linha de pesquisa objetivista e adotar a linha de pesquisa subjetivista decorre da inviabilidade de uma ação coletiva com a participação de todos aqueles que são atingidos por um ato ou fato, o que parece coadunar com a visão dos processualistas brasileiros seguidores da Escola Instrumentalista do Processo<sup>239</sup>, que conferem ao processo a atribuição de perseguir escopos metajurídicos.

Entendemos que, na medida em que cada um dos interessados sofrerá os efeitos do pronunciamento jurisdicional, nada mais correto que possam eles, independentemente de estarem organizados, concorrerem para a formação da decisão.

A organização dos interessados não deverá permitir que os interesses individuais sejam suprimidos em prol de uma estruturação que afasta qualquer participação.

Concebida como uma ação que detém uma ampla esfera de participação, a ação temática, ao ampliar o rol dos legitimados para a propositura de ações que atinjam um bem que afete um número indeterminado ou indeterminável de interessados, se afigura como um procedimento democrático.

Cada um dos interessados poderá, segundo teoria das ações temáticas em consonância com o princípio da inafastabilidade de apreciação pelo judiciário de lesão ou ameaça de lesão poderá postular em juízo a defesa do bem ameaçado ou lesado.

---

<sup>238</sup> VIGORITTI, **Interessi collettivi...**,p. 20.

<sup>239</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Neste sentido, verificamos que a determinação da natureza coletiva ou individual da demanda somente pode ser definida pela análise do fato, do bem da vida, com a observância do devido processo constitucional, pois, independentemente da definição quanto à natureza coletiva ou não, os direitos e garantias constitucionais devem ser perseguidos.

No Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o juiz seja, solitariamente, o decisor que dará ao fato natureza individual ou coletiva. O pronunciamento jurisdicional hábil a incidir sobre a esfera dos bens de número indeterminado ou indeterminável de pessoas deverá ser construído pelos interessados, de forma participativa e isonômica, conforme assegura a Constituição Brasileira.

Neste íterim as ações temáticas configuram uma estrutura normativa que se rege pelos princípios e regras constitucionais, ressaltando o caráter participativo, afastando as distorções entre as ações individuais e as ações coletivas, garantindo, desse modo, o ingresso dos interessados difusos (afetados pela decisão) na construção da decisão, adota, justamente, a linha objetivista.

Somente a título de elucidação, destaca-se que a ação temática recebe essa denominação porque visa à discussão de “temas”, atos ou fatos que afetam os interessados difusos, por meio da construção de um mérito participativo. Nesse sentido, Vicente de Paula Maciel Júnior destaca:

... isso significa que as ações coletivas que tratem de interesses difusos devem ser “ações temáticas”, no sentido de que elas devem propor questões para discussão em um processo judicial onde os diversos interessados tenham seus interesses representados através de temas objeto de discussão como mérito da ação proposta.<sup>240</sup>

---

<sup>240</sup> MACIEL, **Teoria das Ações...**, p. 180.

O procedimento sugerido na ação temática é um método organizado que se funda sobre um conhecimento científico correspondente e se insere na processualidade democrática, como técnica que se mostra adequada ao processo constitucional.

Sob essa perspectiva, temos que os bens, fatos e direitos, demonstrarão quais serão os interessados difusos, qualificando-os como legitimados naturais à propositura de ações em juízo. Tais legitimados são excluídos conforme os ditames das leis existentes referentes ao processo coletivo.

Asseveramos que um fato, bem ou situação jurídica constituirão o eixo norteador do fenômeno da legitimação para agir no processo coletivo, pois, conforme afirma Maciel Junior, nada mais natural do que a atribuição de legitimação aos interessados que serão atingidos pelo provimento final<sup>241</sup>.

Nesse sentido, supera-se o conceito de processo como relação de caráter privatístico e autoritário, que afasta os interessados do procedimento, e possibilita-se que, a partir da análise do fato, bem ou direito lesado que afetam um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, se identifiquem os interessados na ação coletiva (afetados pela decisão), os legitimados ao processo, que serão abrangidos por seus efeitos e que atuarão na construção do pronunciamento jurisdicional.

Verificamos, portanto, que por meio de uma procedimentalidade participativa (ações temáticas) faculta-se a inclusão de todos os interessados na construção conjunta de suas realidades, em consonância com o fundamento da legitimidade, estruturante do Estado Democrático de Direito, que se explicita na possibilidade do destinatário da norma se tornar co-autor do sistema a que é

---

<sup>241</sup> MACIEL, **Teoria das Ações...**, p. 177.

submetido, ou seja, na possibilidade dos destinatários dos efeitos da decisão participarem de sua construção.

Evidencia-se, por conseguinte, que a ação temática absorve completamente os conceitos de cidadania e legitimação para agir sob a ótica do Estado Democrático de Direito, reconhecendo o processo coletivo como mecanismo de controle pelos interessados, propondo-se uma legitimação pelo procedimento e o conseqüente controle pelo devido processo.

## **CONCLUSÃO**

A legislação existente no ordenamento jurídico brasileiro visa a regulamentação de direitos podem atingir um número indeterminado de interessados, que poderão estar inter-relacionados pela possibilidade de suportar os efeitos dela decorrentes.

Diante dessas características, compreende-se que a técnica processual coletiva deverá se adequar para se permitir a participação dos interessados coletivos, para que, pelo devido processo legal possam construir a decisão, em contraditório, que definirá o conflito de pretensões existentes.

O Estado Democrático de Direito e o Modelo Constitucional de Processo devem ser colocados como fio condutor dos questionamentos que surgem pós-Constituição de 88.

Nessa perspectiva, procuramos elaborar uma crítica à doutrina e à jurisprudência pátria quanto ao tratamento do processo coletivo como processo individual, que esquivam-se das particularidades inerentes ao primeiro.

A legitimação no processo coletivo perpetrada na atualidade pauta-se no modelo de pretensões individuais, limitando-se num padrão “autor-réu”, mediante a eleição de representantes da coletividade para a defesa dos denominados “interesses” coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

A escolha dos representantes da coletividade é fundamentada num discurso de justificação ética e de técnica procedimental de celeridade, que, conforme procuramos demonstrar explicita-se autoritário e em desacordo com a ordem Constitucional vigente.

Entendemos que a busca pela celeridade com supressão de direitos e garantias fundamentais já consagrados na Constituição de 88 precisa ser repensada.

Nesse sentido, a efetividade do processo deverá relacionar-se diretamente ao modelo de Estado adotado, devendo, por tais razões, de acordo com o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil, o direito incondicionado de movimentar a jurisdição ser entendido como garantido a todos.

Nos mesmos moldes, a participação, de forma a se permitir a ampla argumentação, no curso do processo, deverá se assegurada, independentemente do número de sujeitos envolvidos num conflito de interesses.

O direito incondicionado de movimentar a jurisdição, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, como consectários do devido processo legal não foram limitados às pretensões individuais.

Neste diapasão, se a Constituição não restringiu a participação, não cabe a legislação infraconstitucional restringi-la, como verificamos na Lei da Ação Popular, que limita a participação ao cidadão eleitor; a Lei da Ação Popular e o Código de Defesa do Consumidor, que elegem quais são os representantes dos interessados coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

O processo coletivo deve ser estudado segundo os moldes instituídos a partir de 88 e nesse sentido se pautar a construção das normas procedimentais que o regerão.

Acreditamos que o instituto da legitimação deverá ser o primeiro a ser revisado, pois, interferirá, diretamente em toda a construção de uma técnica procedimental segundo os moldes democráticos.

Toda a construção elaborada no curso da presente dissertação procurou demonstrar a ausência de delineamentos claros quanto a legitimação no que

tange o processo coletivo, que ora é tratada como ordinária, ora como extraordinária, e até mesmo como um instituo *sui generis*.

Procuramos também demonstrar que ausência de uma técnica específica quanto aos procedimentos coletivos não se limita à realidade brasileira, sendo questionada por vários ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Ressaltamos, neste íterim, que a legislação brasileira referente ao processo coletivo é considerada, dentre as existentes, uma das mais avançadas.

Apesar das afirmações supra, verificamos, ao longo do trabalho, a crescente tentativa de utilização de técnicas procedimentais que não corroboram com a realidade do direito processual brasileiro.

Vislumbramos que a distinção quanto ao modelo adotado para elaboração das normas existentes no ordenamento jurídico influenciou, ao longo dos tempos, toda a condução da ciência do direito processual.

Demonstramos que o simples “transplante” de institutos do modelo de common law para o civil law, desconsiderando-se as particularidades de cada um, precisa ser visto com cautelas, como mecanismo de construção da ciência processual.

Assim, os parâmetros adotados para se permitir a celeridade processual e a resposta ao jurisdicionado não podem buscado a qualquer custo.

A realidade do Estado Brasileiro, que se instituiu Democrático de Direito deve ser respeitada.

Em virtude desta realidade, o cidadão, entendido como aquele que sofrerá todos os efeitos de um modelo normativo, deverá participar da construção do mesmo, como colaborador da construção do Estado, de modo a

cooperar na manutenção da ordem, fiscalizar a atuação estatal e atuar, diretamente, na defesa do patrimônio público.

Evidenciamos que somente podemos compreender a cidadania numa perspectiva procedimental de amplo debate, de forma a se permitir a construção de procedimentos legítimos. Neste ínterim, a legitimação conferida a todos, segundo os moldes asseverados, corroborará com o conceito de uma ordem democrática.

Defendemos, dentro dessa lógica deverá se desenvolver o direito processual, independentemente da origem do número de envolvidos, o que permite a distinção hoje existente entre processo coletivo e processo individual.

Como teoria apta para o desenvolvimento do processo coletivo segundo um viés democrático, apresentamos a teoria das ações coletivas como ações temáticas.

O ponto central abordado pela teoria é o pressuposto que as ações coletivas, construídas na perspectiva do Estado Democrático de Direito, devem adotar um modelo participativo, aberto e responsável.

Em superação a um modelo subjetivista, e, consolidando uma corrente objetivista, verificamos que Vicente de Paula Maciel Junior defende que somente a partir dos fatos, poderemos verificar quais serão os legitimados naturais a participarem do debate processual para construção de uma decisão participada.

Apenas diante dessa possibilidade, acreditamos que será possível a construção de uma decisão por um número indeterminado ou determinável de interessados.

Assim, o presente trabalho procurou destacar que o processo coletivo, segundo a ordem Constitucional vigente não deve se distanciar do Modelo Constitucional de Processo, devendo aos interessados, que sofrerão os efeitos de uma decisão, ser assegurado a oportunidade de participação da construção da mesma.

Acreditamos que somente mediante o resgate da legitimação para agir dos interessados coletivos, mediante a permissão de interferência procedimental, se proporcionará a legitimidade das decisões e da construção da ciência processual sob o prisma do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997.

ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada – exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSIS, Araken de. Substituição Processual. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 9.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania – A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais**, São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

BARBALET, J.M. **A cidadania**. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORÉ, Louis. **La Defensa de los Intereses Colectivos frente a las Jurisdicciones Francesas**. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. México: Editorial Porrúa, 2003.

BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN Editora, 2005.

BUZAID, Alfredo. **Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. **Substituição processual**. São Paulo: RT, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Societ  editrice, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro. **Giustizia e societ **. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso   justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Vol. II. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Institui es de Direito Processual Civil**. Trad. Paulo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito, Cidadania e Participa o, Segurança e Democracia**. Bolívar Lamounier, Bolívar C. Weffort, Maria Victoria Benevides (org.). São Paulo: T.A. Queiroz, 1981.

CÔRREA, Darcísio. **A constru o da cidadania. – Reflexões Histórico-Políticas**. Rio Grande do Sul: Unij , 2006.

COUTURE, Eduardo J. **Introdu o ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DALLMAYR, Fred. **Para além da Democracia Fugida: algumas reflexões modernas e pós-modernas.** Trad. Paula Torres. In: Democracia hoje: novos desafios para a teoria Democrática Contemporânea. Jessé Souza (Org.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DENTI, Vittorio. Le azioni a tutela di interessi collettivi, In: **Rivista di diritto processuale civile**, Padova: Cedam.1974.

DENTI, Vittorio. Aspetti processuali della tutela dell'ambiente. **La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori:** atti del convegno (volume pubblicato com il contributo del Consiglio nazionale delle ricerche). Milano: Guiffrè, 1978.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito.* Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Revista Eletrônica VIRTUAJUS](http://www.fmd.pucminas.br/Revista_Eletrônica_VIRTUAJUS)> Acesso em: 30 ago. 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Editora Jus Podium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESTAGNAN, Joaquin Silguero. **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a traves de la legitimacion de los grupos.** Madrid: Dykinson, 1995.

FAZZALARI, Elio. Il giusto processo e i 'procedimenti speciali' civili. **Rivista Trimestale do Diritto e Procedura Civile.** Milano: Giuffrè, anno LVII, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAS, José Lebre de. **La acción popular em el derecho português.** GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. México: Editorial Porruá, 2003.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 108, 2003.

GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, coletivos e individuales homogéneos**: hacia um código modelo para iberoamérica. México: Porruá, 2003.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países de derecho civil**. Tradução: Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte**. São Paulo: Revista Forense; Separata v. 331, 1994.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. ed. 15. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. In: MILARÉ, Édis. Ação civil pública: Lei 7.347/1985: 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo Watanabe (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **“Qué es una Constitución?”**. Trad. de Wenceslao Roces. Barcelona, 1976.

LEAL, Márcio Mafra. **Ações Coletivas: História, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados da teoria do processo**. São Paulo: IOB Thonsom, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Convenção coletiva de consumo – interesses difusos, coletivos e casos práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Direito e interesse*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Revista Eletrônica VIRTUAJUS](http://www.fmd.pucminas.br/Revista_Eletrônica_VIRTUAJUS)> Acesso em: 3 out. 2009.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. Belo Horizonte: LTR, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millenium, 1999.

MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel; SIGAL, Martín. **Las Acciones Colectivas – Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado**. Buenos Aires: Lexis Argentina, 2005.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas: no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002.

MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2002.

MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 1969.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz. **Substituição processual**. São Paulo; RT, 1969.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ORESTANO, Ricardo. **Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche**. Bolonha: Il Mulino, 1978.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Revista Eletrônica VIRTUAJUS](http://www.fmd.pucminas.br/Revista_Eletrônica_VIRTUAJUS)> Acesso em: 12 outubro.2009.

PEKELIS, Alessandro. Verbete “Azione (Teoria Moderna)”, *In*: **Novíssimo Digesto Italiano**, Totino, UTET, vol. 2, p.33.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PISANI, Andrea Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi innanzi al giudice civile ordinario, **Giurisprudenza Italiana**, vol, 89, nº 6.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985.

SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: RT, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 1 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da Ação Cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi i processo – la legittimazione ad agire**. Milano: Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo. Tutela **Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polêmica intorno all'actio**. Firenze: Sansoni, 1954.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: JusPODIUM, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.