

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO – FUNDINOPI
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA COM ÊNFASE PARA A
EFETIVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA JUSTA**

DANIELI CRISTINA MARCON

**JACAREZINHO-PR
2008**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO – FUNDINOPI
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA COM ÊNFASE PARA A
EFETIVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA JUSTA**

DANIELI CRISTINA MARCON

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (Área de concentração: Teorias da Justiça: Justiça e exclusão social) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Prof. Dr. Clayton Maranhão.

**JACAREZINHO-PR
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIELI CRISTINA MARCON

DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA COM ÊNFASE PARA A EFETIVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA JUSTA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão Social), da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, defendida por Danieli Cristina Marcon, e aprovada em 19 de setembro de 2008, por banca examinadora constituída pelos Doutores:

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Clayton Maranhão – Presidente

Prof.^a Dr.^a Eliana Franco Neme

Prof. Dr. Gilberto Giacoia

Jacarezinho, 19 de setembro de 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a Deus; a minha família que sempre me auxiliou e esteve presente em tudo o que fiz, me ensinando a lutar pelos meus ideais e a concretizar meus objetivos; aos meus colegas de trabalho e pesquisa, cujo amor e dedicação tamanha pelo seu trabalho, faz surgir à vontade de sermos sempre melhores. A você Professor Orientador, minha sincera admiração. A todos aqueles que contribuíram para a pesquisa do presente trabalho dissertativo, auxiliando-me e dando-me forças para sua conclusão. A todos, muito obrigada!

"Somente na sabedoria há de se encontrar a felicidade eterna e real. São os ensinamentos sublimes que pouco a pouco irão contribuir para a elaboração de um novo mundo mais pacífico e mais humano".

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise dos princípios do processo coletivo, como forma de efetivação do acesso à justiça e, uma tentativa de maior exercício da cidadania. Verifica-se que o processo coletivo, que é o resultado da luta de diversas gerações na tentativa de coletivizar o direito e torná-lo um instrumento na busca pelos direitos fundamentais, vem assumindo uma posição muito importante na concretização dos ideais democráticos e na busca pela efetivação do direito, como objeto importante na seara política do Estado. Tem-se um breve estudo das *class actions* americanas, que foi a base do direito comparado para a criação das ações coletivas, bem como das ações coletivas na Inglaterra, que pode ser considerado o berço do processo coletivo, apesar de haver influenciado de forma menos incisiva, nosso sistema coletivo. Dá-se ênfase a possibilidade de acesso à justiça, não se referindo a esta somente como o acesso ao judiciário, mas a um provimento jurisdicional que efetivamente traga aos interessados o direito pleiteado. Sem o objetivo de esgotar a matéria, a dissertação demonstra que os princípios da tutela coletiva declinados no trabalho, tratam-se de verdadeira reforma processual no ordenamento jurídico, reforma esta de cunho axiológico, sendo, pois, de importância inegável no processo individual e, com muito mais propriedade no processo coletivo, com uma maior proteção dos instrumentos coletivos e difusos, com a desformalização das controvérsias, a flexibilização e instrumentalidade das formas, a modificação na produção das provas (visando uma maior proximidade da verdade no processo), com a não taxatividade dos direitos a serem tutelados, com a tutela adequada ao tipo de direito a ser discutido, sempre havendo respeito ao devido processo legal, ao Estado Democrático de Direito, e a dignidade humana, que, a nosso ver, é o princípio mor, de todo o sistema jurídico. O que deixa claro a relevância do tema tratado. Demonstrará por fim, o presente trabalho, os motivos da ineficácia de alguns dos instrumentos utilizados na tutela coletiva, ou desta em si, tendo em vista, principalmente, fatores como: falta de conhecimento dos direitos a serem defendidos pelos seus legitimados; “pobreza organizativa”; necessidade de maior especialização e bom senso dos magistrados na aceitação da tutela coletiva, com um maior ativismo judicial; sistema corrompido em termos financeiros e, com abusos de poder por parte de administradores ou grupos dominantes, havendo uma verdadeira represália à busca de determinados direitos, entre outros.

Palavras-Chave: Princípios, Processo Coletivo, Cidadania, Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This study is to review the scope of the principles of collective process, as a way of effective access to justice in an attempt to greater exercise of citizenship and lower legal segregation of the parties less wealthy. It appears that the collective process, which is the result of the struggle of several generations in an attempt to collective the law and make it an instrument in the quest for fundamental rights, has a very important place in the realization of democratic ideals and the quest for effectiveness of the law as an object important in sears policy of the state. There is emphasis on the possibility of access to justice is not only referring to this as access to the judiciary, but a court dismissed that effectively brings to the right pleaded interested. Without the goal of exhausting the subject, the dissertation demonstrates that the principles of collective declined tutelage at work, these are the real procedural reform in the legal system, reform of the stamp axiological, and because of undeniable importance in the process individually, and more collective ownership in the process, with greater protection of collective instruments and diffuse, with the formalizes of controversies, the flexibility and instrumentality of the ways, the change in the production of the evidence (for a closer to the truth in the process), with the no tax rights to be clients, with the authority to the appropriate type of law to be discussed, but always with the due legal process, the rule of democratic law, and human dignity, which, in our view, is the principle more, all the legal system. What makes clear the importance of the topic. Hemostat finally, the present work, the reasons for the ineffectiveness of some of the instruments used in guardianship collective, or of itself, in order, primarily, factors as: lack of knowledge of rights to be defended by their legitimized, "poverty organizational "; need for greater expertise and wisdom of judges in the acceptance of collective umbrella, with a higher judicial activism; corrupt system in financial terms, and abuses of power by administrators or dominant groups, with a real retaliation to the search for some rights, among others.

Key-Works: Principles, Case Collective, Citizenship, Access to Justice.

LISTA DE SIGLAS

Anteprojeto: Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

CDC: Código de Defesa do Consumidor

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPC: Código de Processo Civil

LACP: Lei da Ação Civil Pública

MP: Ministério Público

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DA TUTELA COLETIVA.....	15
1.1 Terminologia dos direitos transindividuais.....	17
1.2 Relevância da tutela constitucional dos interesses coletivos.....	20
1.3 Breve relato sobre a tutela dos direitos coletivos e sua relação com os direitos fundamentais.....	23
1.4 Ações coletivas no direito comparado: pequena síntese	25
1.4.1 Inglaterra.....	26
1.4.2 Estados Unidos da América	27
1.5 Evolução dos direitos coletivos no Brasil.....	30
1.6 Diferenças entre a proteção penal de interesses difusos e coletivos e individuais homogêneos e sua tutela pela lei civil.....	33
1.7 A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos	37
1.8 Jurisprudência sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos via tutela coletiva:	38
2. DOS PRINCÍPIOS NA TUTELA COLETIVA.....	39
2.1 Os princípios no ordenamento jurídico e a superação do positivismo	39
2.2 Dos princípios e do pós-positivismo com ênfase para a tutela da coletividade	43
2.3 A problemática da eficácia das normas positivadas no âmbito do direito coletivo....	46
3. DOS PRINCÍPIOS COMO MEIO DE DEFESA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS E DO ACESSO À JUSTIÇA.....	50
3.1 Princípio do acesso à justiça	50
3.2 Princípio da proteção do Estado Democrático de Direito.....	57
3.3 Princípio da dignidade humana e sua relação com o Estado Democrático de Direito	61
3.4 Princípio da universalidade da jurisdição.....	66
3.5 Princípio da participação pelo processo e no processo	69
3.6 Princípio da tutela coletiva adequada.....	70
3.7 Princípio da boa fé e cooperação das partes e seus procuradores	75
3.8 Princípio da cooperação dos órgãos públicos na produção da prova.....	78
3.8.1 Jurisprudência	80

3.9 Princípio da economia processual	82
3.9.1 Jurisprudência	84
3.10 Princípio do ativismo judicial	84
3.10.1 Jurisprudência	88
3.11 Princípio da instrumentalidade das formas	89
3.11.1 Jurisprudência	94
3.12 Princípio da flexibilização da técnica processual	95
3.13 Princípio da dinâmica do ônus da prova	98
3.13.1 Jurisprudência	105
3.14 Princípio da representatividade adequada	106
3.15 Princípio da intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social	110
3.15.1 Jurisprudência	117
3.16 Princípio da não taxatividade da ação coletiva	118
3.17 Princípio da ampla divulgação da demanda e dos atos processuais	121
3.17.1 Jurisprudência	124
3.18 Princípio da indisponibilidade temperada da ação coletiva	124
3.19 Princípio da continuidade da ação coletiva	126
3.20 Princípio da obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença	127
3.21 Princípio da extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> e <i>secundum probationem</i>	128
3.21.1 Jurisprudência	137
3.22 Reparação dos danos materiais e morais	138
3.22.1 Jurisprudência	145
3.23 Aplicação residual do Código de Processo Civil	146
3.23.1 Jurisprudência	148
3.24 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva	149
3.25 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo	151
CONCLUSÃO	156
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	159

INTRODUÇÃO

Tanto os direitos metaindividuais, como a necessidade de uma jurisdição efetiva e plena e, o acesso à justiça, são assuntos que sempre estiveram presentes no mundo jurídico, no entanto, contemporaneamente são fenômenos processados pelo direito, mediante normas específicas.

Com o desenvolvimento tecnológico, as transformações políticas, culturais e econômicas, a evolução do homem no convívio social e com relação ao Estado, evidenciou-se em certo tipo de conflito que diferia do tradicional embate entre os indivíduos singularmente considerados ou entre estes e o Estado.

Surgem os interesses coletivos, os quais decorrem de fatores conjunturais ou extremamente genéricos, baseando-se numa identidade de situações factuais, acidentais e mutáveis, tais como: consumir o mesmo produto, habitar a mesma rua, bairro ou região, sujeitar-se aos mesmos fatores ambientais.

Tais “novos direitos” possuem ligação inegável com os direitos fundamentais, que são, sem dúvida, alvo das mais importantes discussões humanas, visto que, sua proteção está intimamente ligada com a garantia dos direitos inerentes ao homem, efetivando sua necessidade de sobrevivência digna e saudável, aparecendo como uma conquista social da coletividade.

Nesse ínterim, tendo em vista a importância dos direitos tutelados, a idéia de acesso à Justiça, segundo estudo escrito em 1988, por Kazuo Watanabe, demonstra que, com o surgimento para o ordenamento jurídico dos direitos coletivos, não mais se limita ao mero

acesso aos tribunais: não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à Justiça como instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.¹

Assim, a tutela jurisdicional dos interesses em tela, exigiu uma superação do modelo tradicional do processo, com novas técnicas que permitam sua adequada proteção, por meio da tutela coletiva. Tal modelo sofreu uma influência muito grande das *class actions* americanas, que serviram de base para a formação das idéias de um processo coletivo no Brasil.

Em abono, o Poder Constituinte percebeu que os interesses difusos e coletivos consagrados na CF/88 eram relevantes demais para que sua implantação ficasse condicionada à conveniência do legislador.

Em sendo assim, diz-se que as demandas coletivas são uma modalidade de participação direta da sociedade no exercício do poder (atendendo ao princípio da democracia participativa, consagrada no art. 1º, §1º da CF/88).

Os instrumentos procedimentais foram se adaptando e assumindo, portanto, papel relevante na efetivação e dos direitos coletivos, rumo a uma conscientização que deve ter o jurista acerca da hermenêutica das normas que consubstanciam dado ordenamento jurídico estatal. É, nesse sentido, apego a interpretação teleológica da lei, atrelada aos valores de justiça e equidade, que são parâmetros ou medidas erigidas em fundamentos de nossa Constituição.

Então, para se crer num direito insurgente, admite-se uma pluralidade de fontes produtoras de direito (normas/princípios) com o objetivo de se chegar a um direito justo, eficaz.

Sem embargo, é correta a afirmação de que, atualmente, os princípios do processo coletivo, contribuem sobremaneira, para a efetivação da tutela coletiva, e, conseqüentemente

¹ WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. Rio de Janeiro: RT, 1988, p. 128-135.

do acesso à justiça, sendo relevantes, portanto, para a concretização das garantias dos direitos fundamentais, e do Estado Democrático em si.

Se aceita os ditames positivos da legalidade, mas propõe, a par de tais instrumentos, a utilização do direito positivo vigente e de suas instituições de forma axiológica, no sentido de propiciarem uma prática jurídica emancipadora, voltada aos segmentos sociais menos favorecidos. Não visa fazer revolução via direito, e sim, produzir interpretações progressistas desse objeto.

Os adeptos a essa corrente defendem que é fundamental reconhecer a função política do direito enquanto instrumento de dominação de classe, identificando uma interdependência entre relações jurídicas e relações econômicas; partindo disso, nega a imparcialidade e a independência do juiz e a crença de que este é a sede dos interesses gerais e o depositário do bem comum.

É justamente frente aos interesses metaindividuais que verificamos que estamos hoje a caminho de superar a concepção de uma democracia representativa, para ascendermos à chamada "democracia participativa", onde a existência de representantes eleitos não exclui a participação dos cidadãos em geral, isolados ou em grupos.

Assim, o tema visa proporcionar maior conhecimento teórico e prático sobre os institutos em questão, com o fim de demonstrar a importância dos princípios para a efetivação e garantia dos direitos metaindividuais, enfatizando sua correlação com a garantia do acesso à justiça.

O instituto deverá ser abordado dando ênfase ao acesso à justiça e a satisfação dos direitos coletivos, bem como a efetivação da cidadania através da garantia dos direitos metaindividuais, assuntos de importância inquestionável no processo de desenvolvimento da sociedade atual, pois se constata que a utilização dos processos coletivos tem possibilitado o exercício da cidadania.

Tendo em vista a importância do tema, a dissertação deverá abordá-lo, de forma minuciosa, trazendo à lume considerações e questionamentos pertinentes à matéria, e os fatores sociais, econômicos e políticos que influenciam em sua aplicação para a defesa dos direitos relacionados com a coletividade, exercida à luz de uma visão global do conflito em tela, em atenção aos anseios de justiça social do Estado Democrático de Direito.

Sob essa ótica, o tema específico da utilização dos princípios da tutela coletiva no ordenamento nacional, como garantia da efetivação da tutela jurisdicional dos novos direitos, do acesso à justiça e da cidadania é suscitado pelo presente trabalho visando unificar situações interligadas “per si”, para a concretização de um direito mais funcional, justo, pleno e efetivo, sobre o qual o assunto é polêmico e muito importante na formação de uma sociedade mais justa e participativa, num direito processual coletivo e acessível, garantindo-se o direito pleiteado.

O que se faz pelo presente trabalho é, através da junção sistêmica de vários aspectos relevantes do nosso ordenamento jurídico, propiciar meios de se alcançar um direito coletivo mais efetivo e acessível, proporcionando a garantia de acesso à justiça e da cidadania como objetivo, junto a uma democracia mais participativa quiçá uma democracia dinâmica.

O desafio é ajudar a manter a efetividade do direito contribuindo, assim, para o uso da jurisdição como instrumento de solução de conflitos, e para a diminuição do nível de tensão social.

A utilização dos princípios visa uma movimentação no sentido de aproximação do direito com a realidade social, sendo necessária também a implementação de estratégias que possam modificar a realidade, permitindo a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Salienta o acesso a uma justiça justa e efetiva, na qual os direitos não se tratem somente de normas abstratas não aplicáveis, evitando que a morosidade e o excesso de formalidade do processo tornem a prestação jurisdicional inócua.

A abordagem sobre o assunto colocado em voga se traduz de muita relevância no ordenamento jurídico e político atual, sobretudo em se falando de direitos metaindividuais, onde o Poder Judiciário passou a solucionar não somente os conflitos intersubjetivos de interesses, mas também conflitos de conteúdo social e político, implementando o conteúdo promocional do direito, e, onde não há mais espaço para a agonizante lentidão da justiça, que falha exatamente na medida em que retarda a solução de tais conflitos de interesses, razão pela qual se fala no presente trabalho, de mecanismos extrajudiciais de efetiva defesa dos direitos coletivos, propiciando o acesso à justiça e a cidadania.

1. DA TUTELA COLETIVA

Em face das mutações inquestionáveis que se operam na sociedade contemporânea e das novas tendências que a inspiram, o direito ainda deverá evoluir muito, adaptando-se às novas condições e conjunturas sociais.

A *suma divisio* entre interesse público/privado encontra-se irremediavelmente superada na realidade social de nossa época, a qual é infinitamente mais complexa, mais articulada e mais sofisticada do que a expressa pela simplista dicotomia tradicional.

Novos direitos e novos deveres aparecem, os quais, sem serem públicos no sentido tradicional da palavra, são, todavia, coletivos. Pertencem eles, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém. Com efeito, tendo-se em conta que pertencem a grupos, classes ou categorias de pessoas, deles ninguém é titular exclusivo, mas, ao mesmo tempo, todos os membros daqueles são seus titulares.

(...) a doutrina designa como coletivos aqueles interesses comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente, quando existe um vínculo jurídico entre os componentes do grupo: a sociedade mercantil, o condomínio, a família, os entes profissionais, o próprio sindicato, dão margem a que surjam interesses comuns, nascidos de uma relação-base que une os membros das respectivas comunidades e que, não se confundindo com os interesses estritamente individuais de cada sujeito, permite sua identificação.²

Os direitos fundamentais são históricos, vêm de lutas contra arbitrariedades e abusos de poder. Os interesses do ser humano nasceram gradativamente, não vieram de uma só vez. Lentamente foram se modificando, até que surgissem os interesses coletivos e, aos poucos vem sendo protegidos pelo direito.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 149.

Por tal motivo, podemos afirmar que os direitos coletivos, via de regra, são direitos fundamentais por excelência, mesmo não estando reconhecidos como tais em nenhum instrumento jurídico de âmbito nacional ou internacional sobre direitos fundamentais, ou, ainda, em normas positivadas nacionais ou internacionais.

Na verdade, a necessidade de processos supra-individuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, sejam na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores etc., decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns.³

Isso porque, dada a insuficiência/ineficiência dos mecanismos existentes para a sua proteção, a qual não poderia ser entendida dentro da ótica da dogmática tradicional, instaurou-se um sistema processual voltado para a tutela, apreciação e julgamento dos direitos coletivos, diverso da tutela jurisdicional outorgável aos conflitos individuais.

À modificação ocorrida na concepção e na realidade do Estado da Sociedade Civil correspondem também importantes modificações em quatro noções decorrentes da vida da Sociedade no interior da Organização Política: nação, soberania, cidadania e democracia. Há, sem dúvida, uma conexão, numa relação de complementaridade e implicação, desses conceitos entre si e com os processos políticos, econômicos, sociais e culturais.⁴

³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 29-30.

⁴ FARIA, José Eduardo, *apud* BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais – novos direitos e acesso à justiça*. 2. Ed. Florianópolis: Editora OAB/SC. Florianópolis, 2006, p. 71.

Conforme veremos, os direitos coletivos proporcionaram uma modificação do modelo processual tradicional, exigindo uma nova postura processual, a fim de que fosse viabilizada a proteção prevista pelo direito material, e se garantisse um efetivo acesso à justiça, para tanto, o papel dos princípios é fundamental.

1.1 Terminologia dos direitos transindividuais

A Lei 8.078/90 conceituou as formas de manifestação dos direitos característicos da sociedade pós-industrial, como sendo: os difusos, coletivos e individuais homogêneos. Jurisdificou-os de três modos abertos, tornando possível o seu processamento pelas estruturas do direito, mas não lhes retirou as características políticas e econômicas de mutabilidade no tempo e no espaço.

Desta forma, por meio do artigo 81, incisos I, II e III, da citada Lei, o conceito de direito difuso introduzido em nosso ordenamento permite um novo atuar, mais adequado ao trato desses direitos, isso porque, neles os sujeitos são indeterminados e o objeto é indivisível, compreendendo-se que os conflitos que os envolvem apresentam grande amplitude.

Pelas expostas razões, os conceitos são considerados abertos, sendo que, os direitos difusos não podem ser tratados como inertes, passivos. Tais direitos não absorvem conceitos absolutos, imutáveis. Devem variar conforme varia o fato em que se baseiam.

Isso acontece devido a uma de suas características, que é a tendência a mutação no tempo e no espaço, porque o liame que possuem, determina-se com a situação fática. Não exercitados a tempo e hora, os interesses difusos modificam-se, acompanhando a situação de fato que os ensejou.

Assim, os interesses difusos são impossíveis de serem enquadrados em contornos precisos devido à própria extensão de seu objeto, bem como da indeterminação dos sujeitos a eles afetos

Análise conceitual:

a) DIREITOS DIFUSOS: os direitos difusos são espécie do gênero direitos metaindividuais - direitos coletivos *latu sensu* - e ocupam o topo da escala de indivisibilidade e falta de atributividade a um indivíduo ou grupo determinado, sendo a mais ampla síntese dos interesses de uma coletividade, verdadeiro amálgama de interesses em torno de um bem da vida. A conceituação normativa dos interesses difusos foi introduzida no direito positivo brasileiro através da Lei 8.078/90, artigo 81, parágrafo único, inciso I, que os definiu como os interesses ou direitos "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Conforme nos ensina Mancuso, os direitos difusos não possuem parâmetros consolidados no sistema jurídico, mas originam-se de escolhas políticas variáveis, por serem oriundos em fatos contingenciais como, por exemplo, a ecologia, a qualidade de vida, entre outros. Assim, por exemplo, a revolução processual ocorreu a partir das pressões originárias das mudanças sociais que conduziram ao judiciário os conflitos de massa.

Inegável, portanto, o fato de que os direitos difusos apresentam contornos diversos dos conflitos intersubjetivos do tipo tradicional, pois envolvem entrelaçamento entre massas de interesses, não raro caracterizando verdadeiras escolhas políticas e, nesse campo, as alternativas sempre são conflitivas.

b) DIREITOS COLETIVOS: o direito coletivo é a espécie de direito metaindividual referente a um grupo ou coletividade como veículo para sua exteriorização. Como todo grupo pressupõe um mínimo de organização, o caráter organizativo é traço básico distintivo desta espécie de direito, como se verifica da leitura do art. 81, inc. II da Lei 8.078/90, que os define

como "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 básica".

c) DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: os direitos individuais homogêneos são aqueles cujos danos se ostentam com qualidade de ocorrência, provocados por uma mesma causa ou origem comum. Tais direitos podem ser defendidos individualmente, no entanto, os legisladores preferem dar-lhes tratamento coletivo por motivos pragmáticos, como a economia processual e a facilitação do acesso à justiça. Por ocasião do art. 81 do CDC, passaram a fazer parte dos chamados direitos metaindividuais, no entanto, possuem diferenças para com os direitos coletivos e difusos, os quais são essencialmente coletivos.

Os direitos individuais homogêneos são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, no contexto da tutela coletiva. Entretanto, a defesa coletiva de direitos individuais decorrentes de origem comum é de extrema importância para a economia judiciária e para o acesso à Justiça. A tutela desses interesses exige a prevalência das questões comuns e a superioridade da tutela coletiva sobre a individual.⁵

Assim, o traço distintivo do interesse individual homogêneo para o difuso e, mais especificamente, para o coletivo, é a divisibilidade decorrente da sua afetação a um grupo mais restrito e determinado de pessoas que estão ligadas entre si para um fim comum, de origem comum.

Importante destacar, aqui, a opção pela nomenclatura “direitos” e não “interesses” quando das conceituações. Tal fato se dá, porque, em se tratando de coletividade, tal nomenclatura é sinônima e designa o objeto pelo qual a ação coletiva deve ser proposta.

Fundamentamos tal posicionamento com base na própria Constituição Federal, que é soberana em seus dispositivos, e que pôs fim à questão acima mencionada, quando se referiu a

⁵ MENDES, *op. cit.*, p. 267.

ambas nomenclaturas, "interesse" e "direito", em seu art. 129, III, como titulares de tutela jurídica e jurisdicional idêntica.

Não obstante, também nos diplomas infraconstitucionais, o legislador não diferenciou, para fins de proteção, as nomenclaturas acima delineadas, referindo-se em suas normas tanto a expressão “interesses” como “direitos”. Citamos como exemplo: CDC, art. 82 e incisos; inciso IV do art. 1º da Lei n. 7.347/85, inserido pelo art. 110 do CDC.

Portanto, sob nossa ótica, a discussão a respeito de tal assunto não tem razão de ser, havendo o desvio do estudo para uma seara que nada trará de realmente produtivo para a efetivação dos “interesses” ou “direitos” coletivos. Ao revés, preferimos enfrentar discussões que realmente venham acrescentar positivamente na proteção dos direitos da coletividade, tornando-a mais próxima da nossa realidade prática. Rodolfo Camargo Mancuso, ao se referir à distinção entre interesse e direito: O conceito clássico de direito subjetivo – “interesse juridicamente protegido” – o advérbio, aí, reporta-se a “direito”.⁶

1.2 Relevância da tutela constitucional dos interesses coletivos

A tutela constitucional dos interesses da coletividade possui extrema relevância, já que, na esteira do novo desenho constitucional, é expediente primordial, verificando-se uma clara supremacia do interesse coletivo sobre o privado, o que, inclusive, está disposto no princípio do processo coletivo que determina a supremacia do interesse social sobre o particular.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 24.

Os direitos coletivos, como um todo, são os chamados direitos de Terceira Geração (em que pese toda a discussão sobre a nomenclatura, geração/dimensão, entre outras), nos quais estão incluídos os valores de humanismo e universalidade que, com a CF/88, mereceram especial atenção.

Não é necessário grande conhecimento em hermenêutica para se verificar que a Carta Magna inaugurou uma nova ordem jurídica, com modificações muito importantes para a tutela dos direitos da coletividade.

Sendo assim, as modificações favoráveis aos direitos coletivos foram muitas e significativas. A Constituição Federal de 1988 abriu as portas para uma legislação especialmente preocupada com os direitos difusos, a qual ampliou o âmbito de eficácia da Lei da Ação Civil Pública, a par de edificante jurisprudência.

Temos interesses coletivos previstos por todo o Texto Constitucional, como por exemplo: infância e adolescência, assistência a maternidade, ensino primário gratuito, proteção ao patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico, propriedade como função social, entre outros.

Desta feita, dentre as várias novidades introduzidas na ordem constitucional pela Carta de 1988, ocupam lugar de destaque as disposições tutelando bens jurídicos e atribuindo direitos de natureza “coletiva”, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), à acessibilidade dos portadores de deficiências (art. 227, §1º, II), etc. Algumas prestações, como aquelas relativas à saúde (art. 196), educação (art. 205), segurança pública (art. 144), tutela do meio ambiente (art. 225), e até incentivo ao desporto (art. 217), passam a ser referidos como “deveres do Estado”, de modo a reforçar a natureza compulsória de sua observância pelo Poder Público.

Não obstante, nota-se que ao acolher a tutela jurisdicional de interesses transindividuais, a CF/88 redimensionou o regime de separação de poderes, reconhecendo no

Judiciário uma instância legítima para reivindicar a efetivação dos deveres do Estado para com a sociedade. Trata-se daquilo que Cândido Dinamarco havia identificado como uma “função política do processo”, considerada um canal para a participação dos grupos sociais nos destinos da sociedade.

Ainda, o texto constitucional, ao valorizar a ação popular em conjunto com a ação civil pública na defesa dos direitos difusos globais, está assegurando a prática da cidadania, que é o objetivo essencial de um regime político democrático, qualificando a Constituição de 1988 como a *Constituição Cidadã*.

Em abono ao alegado, tem-se que a jurisprudência recente já apresenta variada utilização das ações coletivas, pois, ao lado das ações civis públicas contra atos ofensivos ao meio ambiente e ao patrimônio artístico cultural, são freqüentes, por exemplo, ações aforadas por associações com o fito de embargar obras que contrariam regulamentos urbanísticos, ações de consumidores por direitos básicos infringidos quando das relações comerciais, demandas de sociedade e sindicatos de classes de trabalhadores no intuito de requerer vantagens funcionais homogêneas e de entidades associativas de empresas comerciais e industriais acerca de tributos e exigências administrativas homogêneas.

Ressalte-se, ainda, com total conveniência que, após a CF/88, os direitos coletivos, mais especificamente os direitos difusos, por envolverem temas de relevante aspecto social que, na maioria das vezes, incluem direitos fundamentais, foram elevados a nível constitucional de cláusula pétrea, como princípios fundamentais. Existe assim, uma maior segurança jurídica de seus preceitos.

Ainda, por se tratarem de direitos mutáveis no tempo e no espaço, após a Carta Magna, não se aplica mais a taxatividade dos direitos coletivos, o que viabiliza a defesa, em juízo, dos interesses difusos e coletivos de qualquer natureza, tal situação também é visualizada no princípio coletivo da não taxatividade das ações coletivas, o que,

inegavelmente, vem em total apoio ao princípio do acesso à justiça, promovendo um acesso imensamente maior ao Poder Judiciário na luta pelos direitos das classes menos abastadas.

Com isso, chegamos à conclusão de que o ordenamento constitucional brasileiro encontra-se constitucionalmente vinculado aos modernos anseios da tutela coletiva de direitos ou interesses, dando ampla e irrestrita acolhida às ações coletivas ou de grupos, destacando que muito ainda pode ser melhorado à luz das evoluções da sociedade de massa.

1.3 Breve relato sobre a tutela dos direitos coletivos e sua relação com os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são, sem dúvida, alvo das mais importantes discussões humanas, visto que sua proteção está intimamente ligada à garantia dos direitos inerentes ao homem e à efetiva necessidade de sobrevivência digna e saudável. Aparece como uma conquista social da coletividade.

Karl Schmitt, citado por Alexy⁷, conceitua direitos fundamentais com a seguinte definição: “aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo Del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales em la Constitución”.

No que se refere à conhecida divergência entre as nomenclaturas direitos humanos ou direitos fundamentais, reportamo-nos a definição de Canotilho⁸ que nos parece a mais adequada: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.

⁷ Apud THEODORO, Marcelo Antônio Teodoro. *Direitos fundamentais e sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 63.

⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 369.

Pode-se observar que esses direitos marcam uma nova perspectiva à própria Ciência do Direito, em termos de uma superação do caráter individualista das ações jurídicas (o julgamento de questões em essência individuais) pela valorização do social, do coletivo, da cidadania participativa.

Tal orientação evidencia uma tendência democrática no campo da justiça, pois possibilita um envolvimento mais efetivo das populações na gestão dos problemas coletivos, além do que, segundo o texto constitucional, o Estado já não pode ser omissor ante os problemas conexos aos direitos econômicos, sociais e culturais, diferentemente do que acontecia no sistema jurídico tradicional.

Ademais, o advento dos direitos sociais causou assustadora demanda por uma função estatal que cobrasse dos Poderes Públicos e dos particulares a concretização das referidas garantias constitucionais.

A concretização, no plano infraconstitucional dos direitos difusos e coletivos, deu-se através das leis que passaram a assegurar o direito ao meio ambiente sadio, ao patrimônio histórico e cultural, aos direitos mínimos dos trabalhadores, aos direitos do consumidor, direitos da criança e do adolescente e tantas outras garantias.

Essas leis fizeram com que fosse superado o caráter individualista dos códigos de processo civil que tendiam a admitir apenas os conflitos intersubjetivos, o que obstaculizava o conhecimento pelo Judiciário dos conflitos coletivos, tão presentes nas sociedades contemporâneas.

Importante salientar que, do ponto de vista processual, os direitos coletivos se desenvolveram na fase instrumental da evolução do processo, tendo este como instrumento da atividade jurisdicional do Estado.

1.4 Ações coletivas no direito comparado: pequena síntese

O estudo das realidades e sistemas de outros países, denominado direito comparado, traduz-se em expediente muito importante na busca de soluções para a concretização do acesso à justiça e do Estado Democrático de Direito, com a conseqüente efetivação dos escopos sociais e políticos do ordenamento jurídico.

Tal importância é ainda mais salutar quando tratamos de direitos coletivos, eis que, os mesmos, muitas vezes, possuem natureza e efeitos globalizados, mostrando-se pertinente o conhecimento de novos institutos e a aproximação de culturas e soberanias, para que a tutela coletiva se mostre apta a solucionar os litígios existentes.

Além do que, o conhecimento e a comparação dos institutos pátrios com os de direito comparado fazem com que, nas diferenças e similitudes, haja a possibilidade do surgimento de novos institutos no cenário jurídico nacional, ou facilitem o aperfeiçoamento daqueles já existentes, o que torna o sistema mais completo e apto a elucidar as questões coletivas que surgirem em seu âmbito.

É claro que as soluções alienígenas não podem ser simplesmente transportadas para o sistema jurídico nacional, mas podem servir de base para modificações e correções importantes no fito de efetivação do direito pátrio, com a solução justa dos litígios e em rumo à pacificação social.

Tendo em vista o trabalho versar sobre princípios, não poderemos nos estender na análise do direito comparado sobre as ações coletivas, por isso, falaremos somente sobre a influência do direito comparado naqueles que consideramos os principais países que influenciaram a tutela coletiva no Brasil: Inglaterra e Estados Unidos da América.

1.4.1 Inglaterra

Grande a importância inglesa em termos de tutela coletiva. O *Bill of Paces* originou a *class action* norte-americana, que, por sua vez, inspirou o sistema coletivo brasileiro.

A jurisdição exercida pelo Tribunal de Chancery era de Equidade (*equity*)⁹.

Entre 1773 e 1875, ocorreu a reforma da organização judiciária inglesa, da qual resultou a unificação das jurisdições da *equity* e da *common law*. A partir de tal modificação, os juizes ingleses passaram a ter competência para aplicar as regras de ambas as jurisdições, situação que muito colaborou para a defesa dos litígios coletivos no país.

No entanto, a interpretação restritiva do que é interesse da coletividade fez com que a tutela coletiva inglesa reduzisse consideravelmente, a ponto de quase desaparecer.

Nas últimas décadas, no entanto, vê-se que as ações coletivas inglesas, aos poucos, estão reaparecendo no cenário jurídico, através, principalmente, da doutrina e jurisprudência.

Na Inglaterra existem, atualmente, dois tipos de ações coletivas: a *representative action* e a *relator action*. A primeira é a tradicional ação coletiva inglesa e possibilita que um ou mais indivíduos possam representar um grupo de que fazem parte, na defesa de interesse comum, atingindo os efeitos subjetivos da coisa julgada, o representante e os representados. Já a segunda espécie possibilita que um indivíduo que não tenha legitimidade para o ajuizamento da ação na defesa de direito difuso, requeira ao Procurador Geral do Ministério Público (*attorney general*) autorização para o ajuizamento da ação.¹⁰

As associações, no entanto, não são legitimadas para propor ações coletivas na Inglaterra.

⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 128.

¹⁰ *Idem*, p. 129

1.4.2 Estados Unidos da América

Muito embora a Inglaterra seja considerada como o berço da tutela coletiva, os Estados Unidos da América revelam tradição na resolução das lides da coletividade.

Não há como falar em tutela coletiva, sem ao menos citar, o sistema americano das *class actions*, no qual o ordenamento brasileiro se inspirou para a criação de muitos de seus institutos destinados à proteção dos direitos coletivos.

Não seria demais afirmar que as *class actions* serviram de base para a criação do sistema coletivo brasileiro, inspirando a ação civil pública, principal instrumento processual coletivo do ordenamento jurídico pátrio.

A defesa coletiva norte-americana possui antecedentes no século XVII, no *Bill of Pace*, e é baseada nos critérios da jurisdição de equidade (*equity*). Isso permitia que, uma pessoa, de forma individual, pudesse propor uma ação contra várias pessoas, sem que houvesse a necessidade de vários processos para a resolução do litígio.

O sistema foi se adaptando à realidade norte-americana com as sucessivas modificações da *Federal Equity Rule*, realizadas pelos especialistas do país (*Advisory Committee on Civil Rules*), chegando-se a uma junção dos sistemas de jurisdição legal (*Law*) e da jurisdição de equidade (*equity*), havendo, então, contornos mais atuais e aptos à verdadeira resolução dos conflitos coletivos.

A *Federal Equity Rule* com suas modificações deu lugar, em 1938, à *Rule 23 do Federal Rules of Civil Procedure*, reformulada novamente em 1996, oferecendo uma nova roupagem ao sistema coletivo norte-americano. Surge, então, de forma enfática, o critério da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual, também adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Vejamos o que consideramos os principais aspectos das *class actions*:

A *Rule 23* previa, na verdade, três categorias diversas de ações coletivas: a) as puras, verdadeiras, autênticas ou genuínas (*true*); b) as híbridas (*hybrid*); e c) as espúrias (*spurious*); classificação que é atribuída ao professor J. W. Moore, que participou da redação do código. A distinção, segundo consta em geral nos livros, propiciou certa dificuldade de interpretação e de definição clara das hipóteses.

A ação de classe pura pressupõe a existência da unidade absoluta de interesse (*unity of interest*), ou seja, a natureza indivisível do direito ou interesse que seria comum (*join or common*) a todos os membros do grupo. Exemplos que podem ser dados segundo a doutrina americana, são as ações por quebra de confiança, resultante do esgotamento dos bens confinados à guarda de alguém, ajuizadas por um dos beneficiários em face do administrador ou quando os sócios de uma sociedade limitada ou o marido e a mulher buscam a tutela de um bem comum. Considera-se, também, autêntica, quando os direitos estão subordinados (*secondary*) e os legitimados ordinariamente se recusam a ir a juízo para a tutela do bem, abrindo-se, assim, a oportunidade para a legitimação extraordinária.

Nas *class actions* híbridas, por sua vez, os membros da classe compartilham do interesse em relação a um bem jurídico que está sendo objeto na ação. Todavia, o direito não é único ou comum a todos. Assim sendo, há uma pluralidade de direitos que incidem sobre o mesmo objeto, seja ele um bem corpóreo ou determinado fundo. Robert H. Klonoff aponta como espécie de *hybrid class action*, a causa na qual acionistas pretendem se valer de seguro contra fraude, cuja indenização incidirá sobre um determinado fundo comum disponível e limitado para a cobertura de todos. O caráter coletivo encontraria semelhança, pelo menos em termos da *ratio*, no ordenamento brasileiro, com execução por quantia certa contra o devedor insolvente e, também, no processo de falência, guardando-se, naturalmente, as enormes diferenças, a começar pela natureza da prestação jurisdicional pretendida, que, na América,

surgiria desde a atividade de conhecimento, enquanto, no Brasil, estaria limitada à realização executiva, ainda que marcada por uma etapa preliminar cognitiva, porém restrita e vinculada.

Na última categoria, *spurious class action*, há uma pluralidade de interesses decorrentes de uma questão comum de fato ou de direito, a indicar, como apropriada a agregação dos direitos individuais para a utilização de um remédio processual comum. Não haveria, no caso, indivisibilidade do objeto ou mesmo um bem comum relacionado com a lide, mas, tão-somente pessoas ligadas por determinadas circunstâncias, que estivessem pleiteando a mesma espécie de providência jurisdicional. A ação coletiva espúria, dessa forma, não seria uma imposição, mas um permissivo, ao contrário das demais espécies de *class action*. O exemplo acima mencionado para as ações espúrias, poderia ser invocado, segundo Klonoff, para a *spurious class actions*, quando não houvesse um fundo ou recurso comum, sobre o qual os demandantes teriam de repartir as suas indenizações, pois, dessa forma, não haveria, *a priori*, qualquer interdependência entre as pretensões formuladas pelos acionistas.

Pré-requisitos para a admissão das “class action”:

a parte representativa deve integrar a classe;

numerosidade e inviabilidade do litisconsórcio;

existência de questões comuns de fato ou de direito;

identidade de pretensões ou defesas entre o representante e a classe;

representação adequada.

Espécies de “class action”:

as ações de classe para compatibilidade de conduta-Rule

as ações de classe da Rule 23

1.5 Evolução dos direitos coletivos no Brasil

A evolução dos interesses sociais se fez necessária no país, principalmente no que se refere ao exercício dos direitos da coletividade, em face da grande dificuldade de solução dos problemas relacionados com tais interesses, que eram tratados de forma individual, sem contar no evidente tratamento desigual na disputa judicial entre o particular e o Estado, ou ainda, contra os grupos econômicos de grande força.

Tendo em vista a importância dos direitos estudados, começaram a surgir no ordenamento jurídico nacional, novas figuras e novos instrumentos objetivando defender a coletividade, instaurando a tutela de interesses meta-individuais específicos, como a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), Lei nº 7.853/89 (Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência), Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e novos dispositivos sobre os direitos da personalidade introduzidos pela Constituição Brasileira de 1988 (Título II, capítulo I, art.5º, incisos 5, 9, 10, 14, 25, 27 e 28).

Inicialmente a expressão “direitos difusos” surgiu, no direito brasileiro, no projeto original que se transformou posteriormente na Lei 7.347/85. Inclusive, na Lei da Ação Civil Pública, era prevista apenas a tutela dos interesses difusos. Os coletivos e os individuais homogêneos, gradativamente, foram sendo inseridos no ordenamento jurídico pátrio por diplomas legais subconstitucionais posteriores e pela própria CF/88.

Impende-se que, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, da LACP e, do Mandado de Segurança Coletivo, a tutela coletiva jurisdicional dos interesses difusos era tratada de forma incipiente, havendo, em especial, a ação popular destinada a obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público, prevista no atual Texto Maior e mantendo o conceito da Constituição anterior.

Além disso, outras leis permitiam a participação coletiva, mas não com a abrangência do sentido do termo “coletivo”.

Destaca-se, ainda, que, no plano doutrinário, o trabalho pioneiro (sem embargos de eventuais discussões) na doutrina brasileira, foi elaborado pelo ilustre José Carlos Barbosa Moreira, e intitulado “A ação popular como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”.

Outro marco histórico foi a obra de Ada Pellegrini Grinover com a denominação de “A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos”, em 1978. Seguindo-se a trabalhos de renomados juristas, tais como: Waldemar Mariz de Oliveira Junior, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, os quais, formaram um grupo de juristas com o abono de Ada Pellegrini Grinover, a convite da Associação Paulista dos Magistrados.

Em julho de 1983, este grupo de juristas apresentou durante o I Congresso Nacional de Direito Processual, um anteprojeto de lei, que, após alguns aprimoramentos transformou-se no Projeto de Lei nº 3.034/84 do deputado Federal Flávio Bierrenbach.

Paralelamente, surgiu o trabalho do Ministério Público Paulista, de autoria de Antônio Augusto de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Junior, na forma de Projeto sob nº 4.984/85 na Câmara e Projeto 20/85 no Senado. Após breve tramitação no Congresso, o projeto foi aprovado e sancionado com vetos pelo Presidente da República, na forma da Lei 7.347 de julho de 1985, já citada.

Atualmente, temos que a Lei 7.347/85, em seu artigo primeiro, trata dos direitos coletivos, disciplinando a *ação civil pública* de responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio cultural (bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

Assim, com a Constituição Federal de 1988, o campo de abrangência dessa lei foi ampliado. Com efeito, pelo art. 129, inc. III da Constituição, a ação civil pública passou a

abrançar a salvaguarda do investidor no mercado de valores imobiliários, a defesa dos interesses dos cidadãos portadores de deficiências, bem como a defesa do patrimônio público e social e de outros interesses coletivos.

Ressalte-se que o Código de Defesa do Consumidor, a Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública são resultados do princípio do acesso à justiça com enfoque nos direitos coletivos, atentados pelo legislador pátrio.

Citemos, por fim, no determinante à defesa dos interesses coletivos, algumas evoluções posteriores a LACP, no intuito de torná-la mais completa e efetiva, quais sejam:

- Lei Antitruste nº 8884/94, cujo art. 88 modificou o art.1º caput, da LACP, possibilitando se pleitear não somente danos patrimoniais, mas também os danos de caráter moral. Ainda, acrescentou o inciso V do art. 1º da citada lei, abrindo a possibilidade referente à infração da ordem econômica;

- Leis 7.913/89 dos Investidores do Mercado Imobiliário;

- Lei 8069/90, que Tutela os interesses da criança e do adolescente.

Ainda, a Lei nº 7.347/85, além de ser pioneira na materialização dos interesses metaindividuais, serviu de base para o surgimento de outras normas e leis similares, que especializaram tais interesses, como por exemplos:

- a) A Constituição Federal de 1988, artigo 129, III, que consagra a legitimidade do *parquet* e amplia o rol dos interesses metaindividuais previsto no artigo 1º da Lei nº 7.347/85 (rol exemplificativo- "e de outros interesses difusos e coletivos");

- b) A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, para a defesa das pessoas portadoras de deficiência;

- c) A Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1.989, visando à responsabilidade pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários;

d) A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente;

e) A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que visa à responsabilidade e sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, bem como responsabilidade pelos atos atentatórios aos princípios da administração pública (moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e outros) ou lesivos ao patrimônio público;

f) Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que visa à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica.

1.6 Diferenças entre a proteção penal de interesses difusos e coletivos e individuais homogêneos e sua tutela pela lei civil

É da espécie de ato ilícito ou da omissão efetivada que a seara da tutela jurisdicional a ser prestada é decidida. Muito embora a origem do dano causado pela ação ou omissão do agente possa ser comum, não se pode confundir a proteção penal com a tutela civil dos interesses metaindividuais.

A responsabilidade civil, como se sabe, é independente da penal. As principais diferenças encontram-se na natureza do direito defendido, no provimento jurisdicional pleiteado e na pessoa de seu titular.

Em seara tradicional, já não há o que se falar em homogeneidade entre ambas as tutelas, também não havendo tal confusão em matéria de direitos de Segunda e Terceira Geração.

Citamos aqui, norma civil que expressamente diferencia as duas tutelas, qual seja, art. 935 do Código Civil de 2002 (a qual já era similarmente aceita no Código de 1916, em seu art. 1.525), *in verbis*: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Além disso, no sistema penal, o *jus puniendi* não se trata de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, mas sim, de interesse público em sentido estrito, porque é a expressão direta da soberania do Estado.

O Estado é único titular do interesse material que pode impor sanção pelo descumprimento da lei criminal que edita. Assim, talvez a mais importante característica do direito penal seja a de que as suas normas são, na maioria das vezes, estritas e plenamente determinadas.

Como sabemos, o crime é considerado o ilícito jurídico mais grave e a sua punição depende, dentre outros aspectos, de uma consciência social que admita a gravidade social da conduta descrita como típica. Sem o juízo social de reprovação de uma determinada conduta típica, dificilmente ocorrerá punição judicial, uma vez que os magistrados, como qualquer cidadão, refletem o pensamento médio da sociedade.

Ainda, a legitimação na responsabilidade penal e civil possui diferenças no sentido de que na responsabilidade civil, em se tratando de direito difuso, os titulares do direito não se identificam como autores da ação e, na ação penal o MP assume a figura do Estado, buscando a tutela do interesse deste, na satisfação do direito de punir.

O direito penal tutela o valor mais importante para a vida em sociedade: a liberdade individual. Decorre daí que os tipos penais devem estabelecer precisamente as condutas proibidas e incriminadas pela ordem jurídica, sem deixar qualquer margem de dúvida quanto

à proibição, o que não acontece em se tratando de direitos metaindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos).

Segundo Américo Luís Martins da Silva:

Enquanto a responsabilidade penal se preocupa mais em punir a pessoa do delinqüente, a responsabilidade civil reserva sua atenção para o dano causado; tem, pois, a finalidade de satisfazer a necessidade de ressarcimento dos prejuízos sofridos e do equilíbrio patrimonial e espiritual.¹¹

Atualmente, no que se refere à tutela penal de direitos (em relação aos direitos da coletividade), um tema amplamente discutido é o da criminalidade não convencional, qual seja, contra uma grande quantidade de vítimas, nem sempre identificáveis.

São exemplos dessa delinqüência os crimes contra o ambiente natural, que, em razão do bem jurídico protegido ter um caráter transindividual, exige tratamento diferenciado, com ações próprias e tipos penais mais abertos. Como exemplo, uma grande modificação no sistema penal, foi a consideração da pessoa jurídica como sujeito ativo de condutas criminosas contra o meio ambiente.

Quanto à responsabilidade civil, segundo o preceituado por Rodolfo de Camargo Mancuso, de maneira geral, tem-se admitido que em matéria de interesses difusos, deve ser objetiva ou do risco integral, as únicas que podem assegurar uma proteção eficaz a esses interesses. Isto porque, em matéria de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a ótica é deslocada antes para efetiva reparação do dano causado à sociedade ou à categoria, do que para a aferição da culpabilidade na conduta do agente (no que se têm mais um fator de diferenciação entre as tutelas, pois para a tutela penal é imprescindível a aferição da culpabilidade).

¹¹ *Apud* MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 25.

Sem prejuízo do acima alegado, o § 4º, do art. 103 do CDC, autoriza o transporte *in utilibus*, da coisa julgada penal para as ações individuais indenizatórias por danos pessoalmente sofridos, procedendo à ampliação do processo para incluir no pedido o dever de indenizar, obtendo-se, assim, um ponto de convergência entre ambas as responsabilidades.

Na verdade o que o CDC faz, no dispositivo acima citado, é aplicar aos interesses difusos e coletivos o critério adotado pelo artigo 63 do CPP quanto aos efeitos civis da sentença penal condenatória, ampliando o conceito de ofendido pelo crime e adequando-se às infrações penais que ofendem a coletividade.

Para finalizar, exemplos a título de visualização prática das diferenças entre as tutelas:

a) Um governante promove dano ao Erário, desviando, em proveito próprio, grande quantidade de verbas públicas. Nesse caso, o Ministério Público ingressará com ação civil pública visando à recomposição do dano, em defesa de todos aqueles que direta ou indiretamente foram atingidos com a improbidade (tutela de direito difuso-responsabilidade civil). Ao mesmo tempo, o Estado também, por meio do Ministério Público, mas em legitimação ordinária, promoverá a ação penal para a satisfação do seu direito de punir (responsabilidade penal), uma responsabilidade independe da outra, cabendo aos legitimados apurarem ambas para a tutela plena e efetiva dos direitos em questão;

b) a promoção de publicidade enganosa ou abusiva, conduta punida com detenção de três meses a um ano e multa (art. 67 da Lei 8.078/90), sem prejuízo da reparação pelos danos gerados individualmente, a determinados consumidores, ou coletivamente, em face de grupos, classes ou categorias de pessoas (art. 81 e seguintes da mencionada Lei); (Dano moral coletivo, pág. 27);

c) a causação de poluição, expondo a perigo a vida humana, animal ou vegetal, que enseja a aplicação da pena de reclusão de um a três anos e multa de cem a mil MVRs (art. 15

da Lei 6.938/81 e, paralelamente, a obrigação de reparar civilmente os danos patrimoniais e extrapatrimonial gerados às pessoas atingidas e também à coletividade.¹²

1.7 A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos

Através da tutela de forma coletiva de direitos individuais que tem uma origem comum, busca-se uma sentença genérica para reparar danos que foram sofridos individualmente.

O CDC foi um grande avanço nesse sentido, já que a LACP não permitia que os interesses individuais fossem ressarcidos sem o ajuizamento da ação individual comum.

Por meio da LACP, apenas os direitos indivisivelmente considerados eram defendidos.

Mas, diferentemente do que se pode achar, o CDC e a LACP não são instrumentos de defesa infraconstitucionais que se excluem, ao contrário, possuem uma interação que permite, inclusive, a defesa dos direitos individuais homogêneos que não forem oriundos de uma relação de consumo. Por. Ex. danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários.

¹² *Idem*, p. 27 (Dano moral coletivo)

1.8 Jurisprudência sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos via tutela coletiva:

Processo civil e direito do consumidor. Recurso especial. Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Pedidos genéricos presentes. Tutela coletiva. Cabimento.

- A ação coletiva exige que o pedido mediato seja formulado de forma genérica.

- O pedido de limitação dos juros a 12% ao ano, constante de contrato bancário padrão, e o pedido de adequação de contrato ao que estabelece o Código de Defesa do Consumidor são considerados genéricos.

- Tais pedidos permitem o acolhimento de uma tese geral, referente a determinados fatos, capaz de aproveitar a muitas demandas.

- A Associação de Defesa do Consumidor - ADCON tem legitimidade para pleitear o reconhecimento da abusividade de cláusulas inseridas em contrato de cartão de crédito que estipulem a cobrança de juros acima de 12% ao ano. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 681.872/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005 p. 287)

2. DOS PRINCÍPIOS NA TUTELA COLETIVA

2.1 Os princípios no ordenamento jurídico e a superação do positivismo

Princípios são normas que determinam uma ação a ser realizada dentro das possibilidades jurídicas reais e existentes. Consistem no norte do ordenamento jurídico, são o fundamento das demais normas, revelam os valores e sentimentos que o ordenamento quer preservar. Os princípios configuram o elemento integrado do sistema, afastam as antinomias e permitem a coesão e a uniformidade, inerentes a qualquer ordenamento que pretende revestir-se de efetividade.¹³ “(...) princípios são mandados de otimização, ou literalmente, como quer Alexy: ‘(...) os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes’”.¹⁴

Não há dúvidas de que os princípios são dotados de positividade, eis que aceitos constitucionalmente como normas a serem seguidas.

Na evolução do ordenamento jurídico, vê-se que os princípios não são mais tomados como simples valores, mas sim como normas, com gênese na Constituição Federal. Somando-se a isso, representam valores que estão contidos na ordem jurídica, servindo como estruturantes na formação das regras e de todo o sistema jurídico.

Deste entendimento compartilha o doutrinador Álvaro Luiz Valery Mirra¹⁵ :

¹³ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, p. 104-105

¹⁴ *Apud* THEODORO, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 2, abril-junho 1996, p. 50.

(...) se de uma interpretação de uma regra jurídica resultar contradição com os princípios, essa interpretação será incorreta e deverá ser afastada; se uma determinada regra admitir, do ponto de vista lógico, mais de uma interpretação, deverá prevalecer como válida aquela que melhor se compatibilizar com os princípios; e ainda, se nós estivermos adiante de ausência de uma regra específica para regular uma situação determinada (é o caso da lacuna), a regra que faltar deverá ser completada, deverá ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios.

Segundo Rui Portanova¹⁶ “os princípios (...) são enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”. O autor afirma, ainda:

(...) os princípios não têm cada qual sentido absolutamente autônomo e limites absolutamente rígidos (...). Os seus significados se interpenetram e não é fácil dizer onde termina um princípio e começa outro, inclusive, um poderá ser consequência do outro. O acesso à justiça é um princípio bem geral, pré-processual e até supraconstitucional (...)¹⁷.

Historicamente falando, a ascensão da importância e da aplicação dos princípios jurídicos, inclusive com o “status” de norma, deu-se com a superação do jusnaturalismo, e com a decadência do positivismo, dando espaço para uma nova interpretação constitucional, ainda inacabada e, para outro movimento, denominado de pós-positivismo.

O positivismo exacerbado baseia-se na confiança excessiva do conhecimento científico. Foi o positivismo filosófico que deu origem ao positivismo jurídico, no intuito de se criar normas exatas para direitos concretos, ou seja, uma ciência com fundamentos similares aos das ciências exatas. Aqui se vê sua inaplicabilidade junto ao dinâmico sistema jurídico.

O ordenamento se restringia às normas escritas, advindas do Estado, com imperatividade e força coercitiva. No Direito, não estava em discussão, situações que

¹⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14.

¹⁷ *Idem*, p. 109, grifo nosso.

tivessem valor axiológico subjetivo, como moral, legitimidade e justiça, amplamente demonstradas através de análise principiológica (que se baseia em caracteres de valoração).

O importante era o juízo de fato, a norma abstrata aplicada ao fato concreto, numa solução objetiva de subsunção. A única maneira de compreensão e aplicação do direito era a subsunção: premissa maior (norma) incidindo sobre premissa menor (fatos) e produzindo a aplicação da norma abstrata ao caso concreto determinado pela situação fática apresentada.

No entanto, esse sistema estático de valorização suprema das normas não acompanhou a dinâmica social na qual a interpretação dos fatos, para gerar a efetividade que se espera da prestação jurisdicional, deve ser analisada sob a ótica de todo o sistema jurídico: normas, princípios, costumes, etc., cada um com sua respectiva carga valorativa pertinente à situação que se quer resolver.

Há necessidade de se romper com o positivismo exagerado, em que somente a norma escrita e abstrata pode ter voz de comando para efetivar direitos, ou para buscar a garantia destes.

Em abono a necessidade de mudanças e paradoxalmente à valorização excessiva das normas, o pós-positivismo refere-se a uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, na qual está contida a conceituação das relações e ponderações que dizem respeito a valores, princípios e regras, numa realidade dinâmica que acompanha as situações fáticas da sociedade. Trata-se de uma nova forma de hermenêutica constitucional, que prima pela justiça e pela defesa dos direitos fundamentais coletivos, sem detrimento da segurança jurídica, utilizando-se de aspectos axiológicos, tendo como fundamento a dignidade humana.

Esta modificação fez com que houvesse a valorização dos princípios em nosso ordenamento, com sua aceitação expressa ou não, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e infraconstitucionais, reconhecendo-se, sua normatividade.

(...) O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética (...)¹⁸

Somente com as determinações pós-positivistas é que se verifica a efetividade da norma jurídica, aproximando-a da realidade e não apenas analisando os requisitos formais da norma para sua aplicação, ou no máximo, levando-se em consideração a sua eficácia. Os princípios resolvem, portanto, problemas que a letra da lei sozinha, não conseguia solucionar.

Em abono, a moderna doutrina brasileira adota o entendimento de que as normas se dividem em princípios e regras, aplicando-se para a utilização das normas-regras o critério denominado subsuntivo, e para as normas-princípios os critérios de ponderação.

Não há como conceber, atualmente, ante as inúmeras e novas situações sociais que surgem diariamente, uma norma jurídica advinda exclusivamente de referenciais legislativos, ignorando-se os valores sócios econômicos que exsurgem e que não se enquadram na regra de subsunção da situação hipotética determinada em lei, aliás, que muitas vezes nem ao menos tem previsão legal.

Inegavelmente, um sistema criado apenas com normas positivadas, com fonte legislativa autorizada, não tem como prever as situações cotidianas, deixando o ordenamento falho e lacunoso. É necessária a sistematização entre regras e princípios, os quais têm a função de integrar e balizar, com um campo de atuação muito mais extenso do que as normas positivadas.

Encontra-se, pois, superada a separação dos conceitos entre normas e princípios, havendo para os princípios um grau de abstração e de generalidade maiores que das regras

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Apud* CRUZ, Danilo N. Princípio da legalidade administrativa: uma visão pós-positivista. *Piauí jurídico*. Disponível em: <http://piauijuridico.blogspot.com/2008/06/principio-da-legalidade-administrativa.html>. Acesso em 11 de dezembro de 2007.

jurídicas de aplicabilidade direta, o que não lhe retira, no entanto, seu papel fundamental na sistematização do direito e da efetivação dos seus escopos. Admitem-se diversas fontes do ordenamento jurídico, ainda que não advenham diretamente de elaboração legislativa.

Walter Claudius Rothenburg:

Os princípios são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico. Por sua própria definição, eles reportar-se-iam a um conjunto concatenado, enquanto “mandamentos nucleares”, base ou fundamento, “traves mestras jurídico-constitucionais”.¹⁹

Assim sendo, a complexidade da realidade social-político-econômica, não aceita mais a simples subsunção da lei ao caso concreto, que é insuficiente na busca da pacificação social. Não há como julgar baseando-se na impessoalidade e em situações pré-concebidas. Deve haver, para a efetivação do direito ao caso concreto, a aplicação da lei após a realização de uma reflexão em sede do caso concreto, analisando a lei, os princípios, a doutrina, os costumes e, a jurisprudência.

2.2 Dos princípios e do pós-positivismo com ênfase para a tutela da coletividade

Passou-se de um sistema rígido de normas a um sistema constitucional de princípios e regras, inclusive aceitando-se valores suprapositivos, como a cláusula geral da dignidade humana, princípio com *status* de norma, com supremacia constitucional inquestionável.

Contemporaneamente, não há como se falar em efetividade do direito sem pensá-lo como um sistema, sem apegar-se à realidade prática, nos valores que nos cercam e não apenas

¹⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 51.

no aspecto formal e teórico das normas. “Questões complexas da sociedade, como racismo, as relações entre patrão e empregado e entre capital e trabalho, e a luta pela terra, vêm para dentro do Judiciário. Não tem como ficar neutro nisso. Cada um de nós tem na vida uma posição.”²⁰

O que se tutela e satisfaz é a realizabilidade do direito, não na sua existência normativa e abstrata do mundo meramente jurídico, mas sim a sua realizabilidade no mundo da realidade social e histórica, no plano da vida real. Em outras palavras, a satisfação só tem sentido na sua dimensão dinâmica, ou seja, no plano da realidade, da vida social.²¹

O sistema passa então a dar ênfase para os direitos sociais e coletivos, com idéias de justiça (que fazem parte da concretização do direito) e de efetivação dos direitos fundamentais, os quais ficam indissolúveis de conceitos como: democracia participativa, acesso à justiça e cidadania.

Em não se admitindo que os direitos metaindividuais existam e que devam ser protegidos por meio de uma tutela própria, nota-se uma infração inegável ao princípio da dignidade humana e uma desconsideração ao exercício do direito à cidadania, já que a garantia a direitos fundamentais estaria ameaçada

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios: a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

²⁰ PORTANOVA, Rui. Entrevista a Dulce Emerim. Disponível em: <<http://eumat.vilabol.uol.com.br/alternativo.htm>>. Acesso em 24 de novembro de 2007

²¹ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada: na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999, p. 143, Vol I.

O sistema a efetivar os direitos e a consolidar de forma adequada a prestação jurisdicional, obtendo-se uma “ordem jurídica justa”, deve ser equilibrado, com regras e princípios, pois, a existência das regras é muito importante para a segurança jurídica essencial ao sistema (com a previsibilidade e objetividade das condutas contidas nas normas abstratas e com regras processuais aptas a por fim de forma definitiva à lide, terminando com o litígio) e dos princípios para a concretização dos direitos e realização da justiça na solução da lide.

Assim, para que se tenha uma definição adequada ao litígio formado, deve-se haver uma aplicação sistemática das normas em relação à lide, levando-se em consideração os elementos fáticos do caso concreto, os princípios que devem ser utilizados e respeitados para que se obtenha a tutela adequada ao direito pretendido, e os fins a que se destina a prestação jurisdicional proposta.

Dando continuidade ao alegado, podemos falar de uma “nova interpretação constitucional”, com menos apego ao positivismo jurídico, uma procura maior com a efetividade da tutela pretendida, com os escopos finais do direito (sociais, políticos) e a aplicação, cada dia maior, dos princípios que regem o ordenamento, sobretudo quando a pretensão versar sobre direitos da coletividade, onde a dinamicidade é ainda maior, se comparada aos conflitos unicamente individuais.

Não se está com isso menosprezando a importância do positivismo, do formalismo, das regras escritas ou da valia das soluções subsuntivas. O que se critica e tem-se mudado, é o excesso de objetividade e de formalismo que somente vem para barrar a eficácia da prestação jurisdicional perante o cidadão, fazendo com que esse não acredite na eficiência do Poder Judiciário (atual e infelizmente esta é uma realidade comum em nosso país).

Incorporam-se aos conceitos já existentes, novas idéias, novas demandas, na defesa de novos direitos, para os quais os princípios possuem status de norma jurídica e não somente

dimensão de valoração unicamente axiológica, sem aplicação direta e imediata e sem eficácia jurídica.

O atual momento metodológico da teoria jurídica fundamental e, sobretudo, do direito constitucional acentua, sobremaneira, a importância dos princípios no ambiente dogmático. No dizer de Humberto Ávila, verifica-se, hoje, a euforia de um “Estado Principiológico”.²²

Ao contrário do afirmado quando do positivismo, os princípios vêm, na nova ordem jurídica constitucional, garantir a efetividade de muitas das normas contidas expressamente em nosso ordenamento, sendo aplicados concomitantemente com as mesmas, eis que muitas das normas foram criadas, tendo como base princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

“O papel e o peso dos princípios no plano do sistema constitucional são hoje fundamentais para a observância da ordem jurídica democrática, o que se intensifica quando está em jogo o respeito e a observância à Constituição como Lei Maior de um país”.²³

2.3 A problemática da eficácia das normas positivadas no âmbito do direito coletivo

Conforme se vê do já exposto, os interesses coletivos e os interesses difusos sempre existiram, como é óbvio. Não é novidade recente a existência de categorias de pessoas indetermináveis ou não, unidas por um ponto em comum. Nos últimos anos, no entanto, se acentuou a preocupação legal, doutrinária e jurisprudencial, em identificar e proteger tais interesses.

²² ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15.

²³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Da codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 68.

Com efeito, a renovação que se impôs nos clássicos sistemas jurídicos por conta da *insuficiência e inadequação* das estruturas da *suma divisio* para investir as formações sociais de poderes processuais, destaca a relevância de meios a efetivar a prestação jurisdicional, como é o caso dos princípios em análise, os quais objetivam mostrarem-se capazes de oportunizar uma maior efetivação da tutela coletiva na sociedade brasileira.

Neste ínterim, concordamos com o entendimento do mestre Norberto Bobbio, que nos conduz a reflexão:

Descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil (...).

Conforme dito anteriormente, todo o contexto social e político modificou-se substancialmente na passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo e continua a modificar-se no interior deste último, cada vez de forma mais expressiva e acelerada, estando a exigir uma nova forma de tutela judicial para os conflitos determinados pela mudança. De outro lado, o que foi enunciado neste capítulo é que os elementos conceituais que informam os instrumentos de tutela ainda estão estreitamente vinculados a concepções gestadas, desenvolvidas e aplicáveis à estrutura do Estado de cunho individualista, ou seja, o Estado Moderno.²⁴

Em busca de uma tutela efetiva para as necessidades da Sociedade Civil Contemporânea, é preciso encontrar formas imediatas de superação para os obstáculos impeditivos do real cumprimento da finalidade dos instrumentos denominados “Ações Constitucionais” na tutela do que se chamou até agora de “novos direitos”.²⁵

“Por tal motivo demonstra-se na atualidade uma tendência dos legisladores em tentar agilizar a Justiça, como resposta ao grande aumento do acesso à justiça.”²⁶

²⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Trad. de Carlos Nelson Coutinho.

²⁵ BRANDÃO, *op. cit.*, p. 208-209.

²⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 401.

Com este pensamento, não há como negar que a forma com que os operadores de direito se direcionam frente ao formalismo processual e ao positivismo rigoroso, influencia de forma incisiva a efetivação do direito, da justiça e do acesso à ordem jurídica, e proporciona uma verdadeira apreciação do direito litigado.

Horácio Wanderley Rodrigues citado por Paulo de Tarso Brandão: “muitos dos problemas trazidos pela doutrina, e aqui enumerados, podem ser resolvidos ou minimizados através da adoção de instrumentos processuais adequados, ou da interpretação finalística e sistemática dos já existentes”.²⁷

No que se diz com a eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita, há que se ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz. Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem a qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a razão de ser.²⁸

O acesso à justiça se encontra obstaculizado pela falta de instrumental positivo adequado e pelo despreparo dos operadores de direitos, acostumados a encontrar nas demandas, conflitos interindividuais de cunho essencialmente particulares.

A própria globalização faz com que as normas positivadas não sejam plenamente eficazes na decisão de direitos da coletividade, acentuando a problemática jurídica nesse sentido, com a internacionalização do Direito e do Estado, a relativização da soberania quanto às leis aplicáveis e a mundialização da economia.

²⁷ *Apud* BRANDÃO, *op.cit.*, p. 51

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 441-442.

Não há mais como aceitar a posição neutralizante, dogmática e impositiva do formalismo baseado estritamente em normas positivadas, muitas vezes ultrapassadas, em total dissonância com a realidade social, na defesa de direitos essencialmente dinâmicos e fluídos.

A visão do ordenamento jurídico deve, necessariamente, ser sistêmica. Não há como se fazer justiça, sem que haja consciência dos problemas sociais, econômicos e culturais. Assim, os direitos coletivos necessitam, pois, de reformulação processual e uma adaptação entre os instrumentos processuais e o direito material, aproximando-se o direito material do processual, o que, aliás, também tem se revelado muito importante no que se refere às ações interindividuais.

A dimensão política da tutela dos interesses difusos repercute, sem dúvida, no tratamento processual da matéria, que pressupõe a institucionalização de mecanismos adequados, capazes de permitir a reivindicação e a proteção integral desses direitos transindividuais, com acesso efetivo e participativo à justiça.²⁹

Nenhuma interpretação do sistema processual coletivo legitima-se sem a referibilidade a princípios próprios, inerentes à natureza diferenciada das pretensões meta-individuais”. E, complementa: “Extraír os princípios que informam e fundamentam a sistemática do processo coletivo, contudo, constitui tarefa logicamente antecedente a qualquer outra indagação em matéria de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não obstante, tal missão parece não ter ainda adquirido o devido destaque, ao menos em termos científico-doutrinários, talvez por decorrência de as ações coletivas serem fenômeno recente em nosso ordenamento jurídico, daí se aludindo à formação de uma ‘sistemática do processo coletivo’, a qual, segundo já se apregoa, deverá ser objeto de um novo enfoque por parte dos estudiosos do direito processual.”³⁰

O Sistema ideal de uma paz estável pode ser expresso com esta fórmula sintética: uma ordem democrática de Estados Democráticos. Não tenho necessidade de acrescentar que, como todas as fórmulas ideais, esta também pertence não à esfera do ser, mas à esfera do dever ser.³¹

²⁹ MIRRA, *op. cit.*, p. 115.

³⁰ VENTURINI, Elton. *A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 133.

³¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, trad. de Marco Aurélio Nogueira, p. 13.

3. DOS PRINCÍPIOS COMO MEIO DE DEFESA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS E DO ACESSO À JUSTIÇA

3.1 Princípio do acesso à justiça

O princípio do acesso à justiça deixa clara a importância da ordem jurídica justa para a concreção dos direitos relevantes. Trata-se do eixo sobre o qual gravita o trabalho aqui desenvolvido. Dá-se ao acesso à justiça (em ampla definição – como acesso ao Judiciário e à prestação jurisdicional adequada), caráter de essencialidade na tarefa de difusão dos direitos coletivos. Sem acesso à justiça, não há o que se falar em efetivação e concretização dos direitos metaindividuais.

O movimento em favor de um maior acesso à justiça ganhou ênfase na década de 1970. Nesse período, Mauro Cappelletti e Bryant Garth foram importantes divulgadores da necessidade do acesso à justiça, como meio de inclusão social dos indivíduos na defesa de seus direitos.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a expressão em análise “serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico (...). Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” Abaixo algumas palavras dos autores:

O acesso à justiça pode (...) ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.³²

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, trad. Ellen Gracie Northfleeth, p.12.

Não menos importante, foram as soluções apontadas pelos autores para os obstáculos que engessam o acesso à justiça em todo o mundo, descrevendo-as como “ondas renovatórias” aptas a resolver problemas como: a assistência judiciária, representação jurídica e enfoque de acesso à justiça.

As idéias lançadas por Mauro Cappelletti e Brian Garth há mais de trinta anos, conhecidas como as ondas renovatórias do direito processual civil propagadas no denominado Projeto Florença, animaram estudiosos de diversas partes do mundo a rever os conceitos desta ciência jurídica, para torná-la acessível aos mais carentes (a primeira onda), para coletivizar a tutela jurisdicional (a segunda onda) e para desemperrar o mecanismo processual, tornando-o mais ágil e justo (a terceira onda).

E ainda:

No centro destas idéias está a busca pelo acesso à Justiça, mas, como ensina Mauro Cappelletti, o acesso à Justiça não é apenas um ideal, mas sim um “movimento di pensiero e di ricerca”, que deve levar em consideração os aspectos culturais de cada sociedade, as reformas legislativas possíveis etc.³³

Ainda, a idéia de acesso à Justiça, segundo estudo escrito em 1988 por Kazuo Watanabe, demonstra que atualmente não mais se limita ao mero acesso aos tribunais:

não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à Justiça como instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Dados elementares do direito à ordem jurídica justa são: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) o direito ao acesso a uma Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma Justiça que tenha tais características.³⁴

³³ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Breve análise comparativa entre a tutela dos interesses difusos no direito argentino e no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 20 de março de 2008.

³⁴ WATANABE, *op. cit.*, p. 128-135.

O princípio do “acesso à justiça”, portanto, concebe a ação como algo muito além de um mero “direito abstrato”; a ação há de ser um “instrumento” voltado para a efetividade da tutela pleiteada. A exigência constitucional não se esgota na possibilidade de acesso formal ao órgão judiciário, mas exige o acesso a um resultado justo, a uma “ordem jurídica justa”.

Clemerson Merlin Clève:

Afirme-se: não basta haver judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa. O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional.³⁵

Busca-se, assim, assegurar ao demandante a eficácia prática do direito que possui, satisfazendo a parte interessada, sobretudo quando esta se trata da coletividade, como na tutela de interesses metaindividuais. Aqui se vê com mais nitidez, o que Kazuo Watanabe chama de “ordem jurídica justa”.

Assim, o princípio do acesso à justiça exerce, primordialmente, função social de garantia de direitos e função política de pacificação da sociedade, em seus litígios. Está intimamente ligado com a concretização da democracia, sendo um de seus pressupostos. Garante a operatividade e a efetividade dos direitos garantidos em lei.

No entanto, no ordenamento contemporâneo, em que pese todas as normas que garantem o acesso (em tese) à justiça, inegavelmente, o que se vê é a falta de acesso à justiça, excluindo os indivíduos de terem garantidos seus direitos, seja pela falta de dinheiro, seja pela exclusão social e étnica (que até a atualidade é inegável), seja pela lentidão do judiciário na apreciação das demandas.

³⁵ *Apud* BRANDÃO, 2006, p.222.

A realidade fática exclui as classes de nível financeiro menos abastado do direito à democracia participativa, havendo apenas uma “pseudo-democracia”, a qual não garante os direitos de grande parte da população, conseqüentemente, não garante o direito à defesa judicial desta faixa populacional, segregando-a juridicamente, e negando o acesso à justiça e a importantes direitos garantidos constitucionalmente.

Essa infelizmente é uma realidade conhecida, na qual o poder eletivo se encontra intimamente ligado com o poder financeiro, intelectual e sociológico exercido pelo indivíduo, e o equilíbrio que deveria ser judicial, não é conquistado, como nos explica Hannah Arendt em seu ensaio titulado “A Mentira na Política – considerações sob os Documentos do Pentágono”³⁶:

O hiato entre a lei escrita e sua aplicação efetiva, a ineficiência e a parcialidade do judiciário, a distância entre a justiça formal e a substantiva e a experiência diária dos pobres com os agentes dos sistemas judiciais e policiais, parecem indicar que não se vive sob o governo das leis, e sim, sob o governo dos homens, dos poderosos. O descompromisso com a verdade na esfera política faz parte do cotidiano brasileiro reforçando a concepção de que não se está sob o império das leis, mas submetido à vontade dos homens. Ora, a falsidade deliberada serve para desqualificar a República, ajudando a sua erosão.

O monopólio do Poder Judiciário é inerente à constituição do Estado Democrático de Direito, pois, ao proibir a autotutela, assume para si o poder-dever de prestar a jurisdição de forma satisfatória à eliminação dos conflitos existentes entre as partes.

Essa é a principal razão pela qual não há como imaginar a proibição da autotutela se o exercício do direito de ação estiver obstaculizado, isto é, sem a correspondente viabilização - a todos os jurisdicionados - da possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário, pois, ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo que não tê-los.

³⁶ ARENDT, Hannah. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

Dessa forma, o acesso à Justiça sob o prisma coletivo muito tem a ver com a cidadania e a efetivação da democracia dinâmica e participativa, servindo como uma forma de inclusão social daqueles que, muitas vezes, vêem seus direitos tolhidos e não têm acesso à justiça de forma individual.

Isto porque, conforme já descrito, seja pela complexidade dos ritos, seja pela deficiência técnica de uma das partes ou, ainda, pela superioridade sócio-econômica-política, o acesso à justiça, principalmente pelos mais necessitados, nem sempre é efetivado.

O acesso à justiça deve dar-se com a efetivação dos direitos da coletividade, demonstrando meios de suprir, ao menos em parte, a deficiência da ineficácia jurisdicional.

A concepção moderna sobre a problemática do acesso à Justiça é fundamental para o desenvolvimento das diretrizes do *direito processual coletivo*. A própria teoria geral do direito somente tem sentido de ser estudada nos dias atuais, a partir de uma concepção voltada para a efetivação dos direitos, especialmente dos coletivos. A idéia do acesso à Justiça deve ser entendida em dois sentidos: primeiro como um novo *método de pensamento* que, acima de tudo, se preocupa com as pessoas e com a própria sociedade, valendo-se da norma como fundamentação para a realização dos legítimos valores sociais; e segundo com um *moderno plano de reformas*, que objetiva estruturar a atividade jurisdicional, especialmente a coletiva, para o cumprimento do seu papel fundamental de pacificação social com justiça, além de criar canais alternativos de solução da conflituosidade social e desenvolver estudos e projetos para o aperfeiçoamento do instrumental processual técnico existente.³⁷

Inegável é a premissa de que o acesso à justiça é um tema que toca o mundo nos dias de hoje, todo o planeta vê-se obrigado a admitir a importância dos direitos sociais e coletivos, e para sua defesa, tal princípio se torna indispensável. Onde se verifica que a tutela de tais direitos, baseados em princípios preventivos, deve ser assegurada de forma efetiva e plena.

A tutela dos interesses metaindividuais é uma clara expressão do direito como sistema de inclusão, e somente a partir de tal compreensão do fenômeno jurídico torna-se possível a interpretação adequada dos aparatos

³⁷ ALMEIDA, 2007, *op. cit.*, p. 617

normativos que regulam esta especial forma de tutela, conjunto processual que aponta a necessidade de superação do paradigma normativista/individualista e exige uma postura de justiça distributiva e coletivista, mais apropriada nos desafios do século XXI.³⁸

A prestação jurisdicional, portanto, visa à pacificação dos conflitos, e no caso das ações coletivas, dos conflitos de massa, sejam eles de natureza patrimonial ou não. As controvérsias solucionadas pelas ações coletivas envolvem, hodiernamente, os assuntos e os entes de maior importância e influência para uma pacificação social. O objetivo da paz coletiva e a importância da função social da tutela coletiva para a efetivação da democracia justificam a imposição de comandos processuais específicos para as partes litigantes.

O sistema brasileiro de tutela coletiva compatibiliza o escopo pacificador do processo, salvaguardando-se os interesses individuais dos afetados em matéria de interesses metaindividuais, em respeito ao princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição para apreciar a lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5, inc. XXXV, da CF) e valorizando-se o aspecto material do princípio do contraditório e da ampla defesa, construindo formas de exercício desta garantia como meio mais célere de acesso à justiça (art. 5, LV), e evitando-se a multiplicação desnecessária de demandas.³⁹

Tal situação verifica-se, sobretudo, quando se fala dos “direitos de pequena monta”, assim entendidos aqueles em que os valores a serem restituídos não são de montante considerável, se defendidos de forma individual.

Nestes casos, proliferam-se as injustiças, eis que o acesso à justiça fica obstaculizado, pois os esforços técnicos e financeiros utilizados para a resolução da demanda e obtenção do direito infringido, tornam-se superiores aos valores a serem restituídos (às custas judiciais e à obtenção de trabalho técnico, sobrepõem-se aos valores que lesionaram o

³⁸ROCHA, Ibraim das Mercês. *Litisconsórcio, efeitos da sentença e coisa julgada na tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 231.

³⁹*Idem*, p. 237.

proponente). Por tal motivo, normalmente, tais lesões ficam à margem de discussão e ressarcimento.

No entanto, geralmente, o que tem pequena proporção individual torna-se grande em termos sociais e econômicos, levando-se em consideração a coletividade, servindo de verdadeira apologia a práticas ilegais, abusivas e imorais.

Kazuo Watanabe:

A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir a sua banalização que ocorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos.⁴⁰

O barateamento das custas refere-se ao previsto no art. 17, parágrafo 4, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (última versão-1997- incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo).

Em abono jurisprudência norte-americana sobre o processo *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, em que o valor é ínfimo mediante a grandiosidade da tutela jurisdicional e dos valores a serem utilizados para a defesa do direito discutido:

A Suprema Corte reconheceu que o ponto crítico nesse processo é que a pretensão individual do representante do grupo é de apenas U\$ 70,00. Nenhum advogado competente enfrentaria essa complexa ação antitruste para obter ao final um valor tão ínfimo. A realidade econômica impõe que a ação prossiga na forma coletiva, ou não possa prosseguir de jeito nenhum.⁴¹

⁴⁰ WATANABE, in GRNOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.p. 787.

⁴¹ *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156. 1974. In GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 30.

Não se pode negar que, não raras vezes, há exemplos práticos de cidadãos que, embora possuidores do direito teórico, não conseguem efetivar em juízo tal direito. No caso acima, a dificuldade no acesso à justiça é notória, sendo a ação coletiva a única forma de se evitar o acúmulo de injustiças. A tutela coletiva, aqui, trata-se de instrumento apto a corrigir tal realidade prática:

Com a cumulação das demandas, a situação tende a ser alterada, tendo em vista que o próprio valor patrimonial da causa, que individualmente seria ínfimo, passa a ser de grande relevância, chegando por vezes, a importâncias astronômicas, o que, *per se*, já pode ser suficiente para ensejar o interesse de bons profissionais para a causa, além de recursos necessários para a propositura e colheita de provas. As ações coletivas, se bem estruturadas, pode ser, portanto, um efetivo instrumento do acesso à Justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e com o desequilíbrio entre as partes.⁴²

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela dos interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear. A solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo Coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.⁴³

3.2 Princípio da proteção do Estado Democrático de Direito

Aqui, vê-se a ligação direta existente entre os direitos fundamentais, a tutela coletiva de direitos e a efetivação do acesso à justiça. Tais conceitos são indissolúveis, complementando-se.

⁴² MENDES, *op. cit.*, p. 31.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2007, p. 12.

O exercício dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente não pode ser pleno e exercitável, se não for acompanhado da tutela adequada e efetiva dos direitos a serem protegidos.

Uma categoria que necessariamente está ligada à transformação de Estado é a democracia, podendo-se dizer, inclusive, que ela é inerente ao Estado Contemporâneo, ou seja, sem democracia é impossível que o Estado possa efetivamente atingir a sua finalidade social, posto que é exatamente o processo democrático que dá oportunidade de a Sociedade Civil manifestar suas necessidades e indicar os rumos da Sociedade Política.⁴⁴

Em abono citações do mestre Norberto Bobbio, excelência no assunto: “Para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”.⁴⁵ “A democracia converteu-se nestes anos no denominador comum de todas as questões politicamente relevantes, teóricas e práticas”.⁴⁶ “Por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”.⁴⁷

No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão.⁴⁸

Seguindo as definições do saudoso mestre Norberto Bobbio, o princípio democrático é um princípio estruturante, em cuja base encontram-se os fundamentos para os demais

⁴⁴ BRANDÃO, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁵ BOBBIO, 2000, *op. cit.* p.19.

⁴⁶ *Idem*, p.09

⁴⁷ *Idem*, p. 22.

⁴⁸ *Idem*, p. 31.

princípios e regras constitucionais, servindo de alicerce para os princípios coletivos. É dinâmico, estando intimamente ligado com as modificações fáticas da realidade social.

É dentro do Estado Democrático de Direito, portanto, que se pode falar verdadeiramente da tutela dos interesses transindividuais e, conseqüentemente, em direito processual coletivo, como instrumento de transformação da realidade social colocado à disposição da ordem jurídica-constitucional democrática.⁴⁹

Trata-se de base a gerar as demais garantias constitucionais e os meios de defesa para efetivação dos direitos fundamentais, os quais, se encontram, normalmente, entre a gama de interesses a serem tutelados por meio do processo coletivo.

Para que se torne efetivamente democrático, o Estado deve primar pela reestruturação da sociedade, com vistas para a diminuição da pobreza, das injustiças e das desigualdades sociais. Deve abrir a porta para que a população venha participar de seus ditames, incluindo-a em seu contexto de reestruturação.

Estado Democrático, sem participação popular não existe. A eficácia social é elemento imprescindível na concretização da democracia substancial, com a participação do povo nas decisões do processo político do Estado e, nas divisas oriundas da produção de um novo direito, remodelado e eficaz.

Percebe-se a necessidade de renovar conceitos clássicos, bem como impor alterações no tocante ao plano processual, para possibilitar o acesso à justiça dos interesses transindividuais.

Vê-se que a propagação e proteção dos direitos da coletividade, deveria ser prioridade dentro do Estado Democrático de Direito, com vistas a resolver (e não criar, como vem acontecendo e resta declinado no presente trabalho) obstáculos por meio de uma

⁴⁹ ALMEIDA, 2003, *op. cit.*, p. 58.

jurisdição mais flexível, instrumental e efetiva. A conclusão a que se chega com isso, é que não há democracia sem acesso à justiça, mais especificamente, acesso à ordem jurídica justa.

É, portanto, no Estado Democrático de Direito que o Estado-Jurisdição assume novo papel. Comprometido constitucionalmente com a problemática social, o Judiciário passa a ser Poder transformador da realidade social. O instrumento fundamental para a efetivação dessa sua nova função é o direito processual coletivo.⁵⁰

Assim, ao menos em tese, o sistema processual coletivo propõe a democratização do acesso à justiça e das decisões judiciais, devendo esta democratização ser demonstrada em vários sentidos: no conteúdo da sentença; na dispersão e aproveitamento da sentença (eficácia *erga omnes* da sentença contida no processo coletivo em seus provimentos de procedência), na legitimidade ampliada para a proposição das ações coletivas; na economia processual com a coletivização das demandas; na flexibilização e na instrumentalidade das formas, com vistas à efetivação dos direitos coletivos, na busca pela eficaz proteção social e econômica dos tutelados.

Desta feita, os direitos metaindividuais e sua defesa por meio do processo coletivo devem ter como base o princípio do Estado Democrático de Direito e uma das suas diretrizes mais importantes: o princípio da dignidade da pessoa humana, delineado no art.1º, inciso III da Constituição Federal.

Atente-se, aqui, para a democracia participativa instaurada na Constituição vigente, a qual deve ser implementada com vistas à eficaz tutela de relevantes interesses metaindividuais, com o suporte da atuação conjunta do Estado, do cidadão, da coletividade e do Ministério Público, não somente no plano jurisdicional, mas igualmente junto às instâncias administrativas.

Segundo Gregório Assagra de Almeida o processo coletivo é o

⁵⁰ ALMEIDA, 2003, *op. cit.*, p. 59.

(...) instrumento essencial de proteção e de efetivação material do Estado Democrático de Direito e de transformação positiva da realidade social”: Nesse diapasão, observa-se que não existe efetivamente Estado Democrático de Direito sem instrumentos eficazes de tutela dos interesses e direitos coletivos. Somente haverá a transformação da realidade social com a real implantação do Estado Democrático de Direito, quando for possível a proteção e a efetivação dos direitos primaciais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, ao consumidor, etc. Para tanto, o direito processo coletivo é fundamental, até porque é por seu intermédio que poderá ocorrer a proteção objetiva desses direitos e garantias constitucionais fundamentais e a efetivação, no plano concreto, dos direitos coletivos violados com a transformação da realidade social.⁵¹

3.3 Princípio da dignidade humana e sua relação com o Estado Democrático de Direito

Não há como falar em Estado Democrático de Direito sem que se conheça, ao menos, os elementos básicos sobre a importância da dignidade humana, que é considerada como um dos principais direitos que o ser humano possui, pois o direito a vida, subteme não somente ao direito de não ser morto (penalmente protegido), e sim ao direito a uma vida digna e saudável, situação teoricamente inegável em todos os ordenamentos jurídicos do planeta. Elementarmente, não há como se ter democracia, se não há indivíduos.

A pessoa humana, em seu conceito, possui dignidade, ou seja, é possuidora de direitos subjetivos e fundamentais, realidade que foi concretizada e aceita de forma pacífica, tendo surgido com o Cristianismo, com a teoria patrística (desenvolvida pelos escolásticos).

Para Kant tal fato é pacífico e, justamente pelo homem ser um fim em si mesmo, tem valor absoluto, dignidade inegável. Em passagem muito citada pelos doutrinadores, Kant contrapõe a dignidade ao preço, indicando que, quando alguma coisa pode ser substituída por algo equivalente, tem um preço, mas quando a coisa se acha acima de todo preço – e por isso

⁵¹ *Idem*, p. 144.

não admite equivalência – tem dignidade. O ser humano, obviamente, se sobrepõe a qualquer valor pecuniário, e uma vida digna, por tal motivo, é direito inegável.

No âmbito jurídico, a dignidade humana engloba um conjunto aberto de direitos existenciais, inatos ou inerentes à pessoa, essenciais para que alguém possa se desenvolver plenamente no plano individual e comunitário.

Importante salientar, que o conjunto dos direitos da personalidade, por derivar da condição humana, pertence aos homens em igual proporção. Em sendo assim, independente da condição financeira, nenhum indivíduo possui mais direito à dignidade do que outro.

O fator biológico (ser humano) iguala todas as pessoas e impõe um dever de solidariedade recíproca. Emerge, disso tudo, a consideração da pessoa humana como um conceito dotado de universalidade. Inviável, portanto, qualquer distinção de direitos entre os nacionais e estrangeiros, salvo quanto àqueles vinculados ao exercício da cidadania.

O princípio da dignidade da pessoa humana aparece no pórtico de nossa Constituição, em seu art. 1º, III, como fundamento da República, onde se vê sua íntima ligação com o princípio do Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana é, ainda, fundamento da República Federativa do Brasil, sendo paradigma avaliativo de cada ação. A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza.

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, que repousa na dignidade humana⁵², ou seja, a dignidade da pessoa serve de referencial para a efetiva aplicação e proteção dos direitos fundamentais.

Poucos princípios constitucionais apresentam a riqueza significativa do Princípio da Dignidade, a tal ponto de constituir uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e

⁵² MIRANDA apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.81.

comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é acima de tudo a Constituição da pessoa humana por excelência.

Entende-se atualmente que a dignidade da pessoa humana tem dois grandes fundamentos: consiste em norma fundamental, voltada a garantir as faculdades jurídicas necessárias à existência digna do ser humano; e deve ser entendida, também, enquanto linha diretiva para o futuro da sociedade. Nesse sentido, novamente Scarlet consegue transparecer a intenção do legislador ao inserir a idéia de Dignidade Humana na Lei Fundamental:

Com o reconhecimento expresso da dignidade humana, no título dos princípios fundamentais, como sendo um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III da CF), o constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua e não o meio da atividade estatal.

Em abono ao declinado, o Tribunal Constitucional Espanhol, afirma a primazia da dignidade da pessoa humana em seu art. 10.1 da Constituição Federal Espanhola, alegando que a dignidade há de permanecer inalterável, qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo o mínimo que todo estatuto jurídico deve garantir ao cidadão.

Ressalte-se, que a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente. Foi ao longo do século XX, a partir da Segunda Guerra mundial, que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, especialmente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU, em 1948.

Neste sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimas caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa

humana. Assim, a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor.

A idéia de dignidade humana está indissociavelmente vinculada às idéias de liberdade e de igualdade, constituindo o eixo axiológico em torno do qual deve ser construída a hermenêutica concretizadora da Lei Fundamental. Mas além de orientar o trabalho do intérprete e de integrar o ordenamento constitucional, o princípio da dignidade humana serve, ao mesmo tempo, como fundamento legitimador desse mesmo ordenamento e como limite ao exercício do poder.

Os direitos humanos são oponíveis ao próprio Estado, porquanto este somente se legitima em função do respeito aos direitos inalienáveis do homem, anteriores a toda e qualquer normatividade.

Por sua vez, Benda⁵³ aduz que

(...) a consagração, no art. 1.1. da Lei Fundamental tedesca, da dignidade humana como parâmetro valorativo, evoca, inicialmente, o condão de impedir a degradação do homem, em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal. Mas não é só. Igualmente, esgrime a afirmativa, de aceitação geral, de competir ao Estado a procura em propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima.

Segundo Rosângela Mara Sartori Borges⁵⁴, em artigo para a revista *Argumenta*, do Programa de Mestrado da Fundinopi:

Embora o conceito de dignidade humana seja de difícil formulação, pode-se concluir que está em permanente processo de construção e desenvolvimento, não restando dúvidas de que é algo real, irrenunciável e inalienável. É elemento que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacado, é qualidade da própria condição humana, devendo ser reconhecida, protegida e respeitada.

⁵³ BENDA, Ernesto et alii. *Manual de derecho constitucional*, Madri: Marcial Pons, 1996. , p. 124.

⁵⁴ BORGES, Rosângela Maria Sartori. Os direitos humanos e o transsexualismo. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 2, 2002, p. 263.

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana representa a pessoa humana em seu valor absoluto e há de prevalecer sempre, sobre qualquer outro princípio ou norma positiva.

O ser humano não pode ser tratado como uma “coisa”, pois possui valor acima de qualquer objeto, não sendo possível ser tratado como tal pelo Estado ou por terceiros. A dignidade garante os direitos fundamentais que compõem a vida humana.

Isto significa que o homem, enquanto pessoa, em si mesmo, possui um valor incondicionado, não suscetível de ser utilizado como meio, e por isso mesmo, instaurador de deveres e valores. Constitui a pessoa humana um valor fonte, de onde derivam todos os demais valores.

Larenz⁵⁵, instado a pronunciar-se sobre o personalismo ético da pessoa no Direito Privado, reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

Sarlet⁵⁶ elucida que “todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana.”

Portanto, a dignidade humana independe da existência de um direito, e não existe somente aonde o Direito a reconhece. Como inerente a condição de “humano”, independe de circunstâncias concretas. No entanto, é do Direito o papel de proteger e promover a dignidade humana, valorizando-a como princípio formador do Estado. Sua efetiva realização depende do grau de reconhecimento e proteção conferidos pelo ordenamento jurídico, sobretudo o jurídico constitucional e o Direito Internacional, já que o conceito possui bases universais.

A dignidade de todas as pessoas, até mesmo daquelas que cometem ações indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.

⁵⁵ LARENZ, K. *Derecho civil: parte general*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 46.

⁵⁶ SARLET, 2001, *op. cit.*, p. 301

Onde não houver respeito pela vida, pela integridade física e moral do ser humano, onde não houver condições mínimas que assegurem uma existência digna, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Necessário se faz um equilíbrio entre a liberdade e a autoridade, com vistas a respeitar a dignidade humana, tendo como consequência o reconhecimento de que na vida social, o “homem” não se confunde com o “Estado”, possuindo direitos específicos. O homem deve ser fim em si mesmo, com dignidade própria, individual.

Com efeito, a proteção jurídica aos indivíduos e grupos sociais tem-se alargado na busca da garantia de uma tutela apta a alcançar o amplo leque dos interesses e direitos que lhes dizem respeito. Estes interesses e direitos, não se confinando em um rol preestabelecido, são revelados historicamente, valorizados e assimilados como fundamentais, passando a refletir e a compor as diversas órbitas de projeção da dignidade humana.⁵⁷

A nova realidade está relacionada com a criação do pensamento e de uma alma coletiva, a qual, para ser efetivada, clama por renovações do direito material e processual, sempre levando em consideração o princípio base que orienta as normas constitucionais e todo o Estado Democrático de Direito: a dignidade humana.

3.4 Princípio da universalidade da jurisdição

Tal princípio também possui gênese indivorciável do princípio do acesso à justiça, determinando que tal acesso deva ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, diminuindo a exclusão dos indivíduos aos direitos que lhe são garantidos, eis que proporciona

⁵⁷ MEDEIROS NETO, *op. cit.*, p. 119.

a submissão de novas causas ao judiciário, as quais, pelo processo individual, sequer tinham como chegar ao judiciário.

A tutela coletiva, como efetivo exercício de interesses e direitos da sociedade, é instrumento inegavelmente mais eficaz de universalização da jurisdição, tornando-a mais plena e executável.

A forma difusa de acesso à justiça, causada pelo aumento das possibilidades de inclusão dos indivíduos a demandas que garantam a defesa de seus direitos, ainda que lentamente, é uma maneira de readequação do sistema judiciário às necessidades sociais.

Os mecanismos proporcionados pelo acesso dos indivíduos, cada vez mais, a um processo menos burocratizado e mais efetivo, são meios de garantia de políticas públicas, eis que proporcionam as partes menos favorecidas (financeiramente, tecnicamente, intelectualmente) uma chance de lutar por direitos que até então eram impossíveis de serem defendidos, ante aos obstáculos intransponíveis que encontravam.

Teoricamente a universalidade da jurisdição na tutela coletiva se destinaria a garantir, de forma mais efetiva do que no processo individual, o princípio contido no art. 5º inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual determina que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será privada da tutela jurisdicional adequada.

Tal norma é a base da fundamentação do princípio do acesso à justiça, e faz com que sejam incluídas na apreciação do Poder Judiciário, demandas que, apesar de garantidas constitucionalmente, não vêm sendo efetivamente apreciadas.

Vê-se, o caráter restritivo do princípio no processo individual, o qual se limita à utilização das técnicas processuais no sentido de que todos os conflitos tenham resposta do judiciário quando, e somente quando forem colocados em contato com o Poder Judiciário, o que diminui consideravelmente as chances de garantia efetiva dos direitos infringidos.

Com a tutela coletiva, a universalidade da jurisdição diz respeito não somente aos meios processuais adequados e utilizados com o fito de dirimir lides, mas sim, com o objetivo de garantia dos direitos materiais envolvidos, proporcionando, com a união de diversos procedimentos, regras e leis, uma defesa mais forte de direitos até então desrespeitados. Indivíduos esquecidos pela comunidade jurídica, podem coletivamente ingressar junto ao Judiciário pela defesa de seus direitos. Uma verdadeira inclusão jurídica dos cidadãos, efetivo exercício da cidadania, por meio do Poder Judiciário. Não se trata de milagre, mas sim de força organizativa.

A máxima “a união faz a força”, nesse caso, é muito importante na solução dos problemas que são causados pela máquina burocrática do processo, tanto quando da sua proposição (pela dificuldade financeira, técnica e intelectual das partes em iniciar um processo), como quando de sua continuidade.

Constitui-se em uma forma de acesso à justiça aos menos abastados, conjugando a defesa dos direitos de maneira a tornarem possíveis também as pequenas causas judiciais e de pequeno valor financeiro (consideradas individualmente) ligadas a direitos metaindividuais.

De acordo com Mirra ⁵⁸ “Neste contexto, como se pode perceber, as ações coletivas passam a ser verdadeiros instrumentos de participação popular na proteção dos direitos e interesses difusos, a ser implementada por intermédio do Poder Judiciário”. Aqui, o contexto é que faz a diferença.

⁵⁸ MIRRA, *op. cit.*, p. 115.

3.5 Princípio da participação pelo processo e no processo

A participação pelas partes no e pelo processo coletivo ratifica a alegação de que os princípios da tutela coletiva de direitos são ligados entre si, sendo interdependentes na garantia do direito envolvido.

Trata-se de alteração proporcionada pelo Anteprojeto que significa um grande avanço na busca pela efetivação dos direitos, constituindo verdadeira modificação no conceito de “partes”.

Isso porque as partes legitimadas não somente serão titulares do direito perquirido, como também poderão lutar efetiva e diretamente por ele, através da busca de direitos que embora sejam seus (em parcela de titularidade), pertencem ao coletivo, à sociedade.

No processo individual (direito processual civil tradicional), a participação no processo se dá pelo acesso ao contraditório, respeitando-se a isonomia entre as partes, na qual, ambas tem direitos iguais de manifestação e comprovação dos direitos alegados.

No processo coletivo, essa participação se dá não só dentro do processo, mas também “pelo processo”, porque o próprio processo já é uma forma de garantir o direito pleiteado. Sua força é muito maior quando as partes estão unidas, e os direitos a serem garantidos se tornam social e politicamente exercitáveis pela coletividade.

Aliás, uma consideração deve ser feita com o fito de distinguir a participação no processo, pelo contraditório, entre o processo individual e o processo coletivo: enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor, por não ser exercida

individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado “representante adequado”.⁵⁹

Tal participação serve como meio de combater, ou ao menos, tentar combater, a “pobreza organizativa”, como assim a chama Almeida⁶⁰, a qual se refere à dificuldade existente entre os indivíduos de menor poder econômico de se rebelarem, na defesa de seus direitos contra a superioridade dos interesses econômicos, sociais e políticos, nem sempre consentâneos com a realidade da sociedade.

A segregação jurídica de parcela da população que acaba por não defender seus direitos, através do processo coletivo, pode modificar essa realidade, utilizando a tutela jurisdicional para manifestação em defesa de garantias constitucionais, até então desrespeitadas.

3.6 Princípio da tutela coletiva adequada

Tutela adequada pode ser compreendida como aquela que está em consonância com as necessidades do direito material, objeto da demanda. Deve o processualista estar sempre sensível à realidade material, ser capaz de compreender os anseios da sociedade e as peculiaridades de cada situação carente de tutela.

Segundo Nery Júnior⁶¹, "a pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais."

⁵⁹ GRINOVER, 2007, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁰ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 79.

⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa. *Código de Processo Civil Comentado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1992. p. 621.

A concluir a distinção entre os tipos de direitos insertos no art. 81 do CDC, destaque-se a lição de Nery Junior⁶²:

Interessante notar o engano em que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo, por exemplo, que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo etc. Na verdade, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo da tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual.

Para que se efetive o acesso à justiça, e que a demanda seja adequadamente movimentada pelo sistema jurisdicional, não se pode negar, conforme já amplamente descrito, que os direitos metaindividuais necessitam de uma revisitada em seus instrumentos de defesa. Os mecanismos aptos a proporcionarem a verdade (ao menos formal) no processo individual, não possuem a mesma aptidão quando se trata de direitos coletivos, eis que, os mesmos, devido a sua conflituosidade, necessitam de normas mais flexíveis para poderem ser alcançados.

Em abono ao alegado, na busca do mais amplo significado de acesso à justiça, os estudiosos do direito processual vêm apontando a necessidade de uma reformulação e adaptação dos instrumentos processuais para que se tornem uma busca no processo interindividual.

O princípio da inafastabilidade garante a tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito substancial.⁶³

⁶² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 159-160.

⁶³ MARINONI, *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 204.

A reinterpretação da garantia constitucional da inafastabilidade conduz a uma profunda alteração paradigmática, traduzida na efetividade a tutela preventiva e repressiva de quaisquer danos provocados a direitos individuais e meta-individuais, através de todos os instrumentos adequados, suscitando a plena operacionalidade das ações individuais e coletivas.⁶⁴

Ainda, conforme os preceitos do art. 83, c/c com o art. 84 do CDC e, demais preceitos legais pertinentes à matéria, inexistem limites às modalidades de ações utilizáveis ou de pedidos formuláveis, desde que adequados para a efetiva e plena tutela da situação pretendida. Ressalve-se que a adequação deverá ser avaliada com relevância para a possibilidade jurídica do pedido.

O citado preceito legal (art. 83 do Código de Defesa do Consumidor) expressamente normatiza que para a defesa dos interesses ou direitos por ele tutelados, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela, prevalecendo o critério da relevância social dos interesses. Para tal fim, poderão ser propostas ações de conhecimento de qualquer tipo (declaratórias, condenatórias e constitutivas), de execução, cautelares e mandamentais, desde que adequadas para uma tutela plena da situação pretendida.

De acordo com tal dispositivo, uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e a maior efetividade do processo. Cuidou de tornar mais explícito, ainda, o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código de Defesa do Consumidor.

Isto faz com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada.

O artigo possui uma extensão e profundidade de modo a proporcionar que a tutela dos direitos seja pronta, eficaz e adequada, deixando estreme de dúvidas que o nosso sistema

⁶⁴ VENTURI, *op. cit.*, p. 136

processual, para a tutela de interesses difusos e coletivos (conforme art. 90 do CDC), é dotado de uma tutela efetiva e completa, pelo menos em tese.

Tal preceito é complementado pelo art. 84 (que confere mais poderes para o juiz, no sentido de proporcionar ao processo maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto) e se amolda perfeitamente aos conceitos de ativismo judicial, outro princípio importante na defesa efetiva dos direitos coletivos e contido no Anteprojeto de Código Coletivo.

Isso porque, na busca pela tutela adequada ao direito material apresentado no litígio, deverá haver mecanismos diversos, com as peculiaridades necessárias ao atendimento do direito, objeto da demanda. Em caso de direitos supra-individuais, tais mecanismos devem saciar a possibilidade de defesa dos interesses em jogo determinando o direito material a ser aplicado a todos os envolvidos e a eles estendendo tal direito (citamos aqui, como exemplo a efetivar tal objetivo, a coisa julgada *erga omnes*), a ponto de satisfazer a necessidade da coletividade pela justiça, ao menos no processo a ser julgado. Assim, proporciona-se a denominada “pacificação social”.

Luiz Guilherme Marinoni⁶⁵ declina:

(...) o direito processual não pode se contentar com um único procedimento e uma única forma de tutela" e que "da predisposição de procedimentos idôneos a fornecer formas de tutelas jurisdicionais adequadas às necessidades dos casos concretos depende a existência, ou o modo da existência, do próprio direito substancial.

O mesmo autor afirma, ainda, que:

Não basta, porém, afirmar a constitucionalização do direito de ação para que esse seja efetivamente assegurado. Uma evolução adequada do sistema de distribuição de justiça equivaleria à pré-disposição de procedimentos

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT, 2004.

adequados à tutela dos novos direitos. A inércia do legislador – ao menos para desenhar procedimentos adequados à tutela as novas situações carentes de tutela – conduz a uma interessante e generosa posição doutrinária: a do direito à adequada tutela jurisdicional.⁶⁶

Assim, inegável se faz o uso de diferentes instrumentos processuais na garantia de efetivação de direitos diferenciados. Os mecanismos e procedimentos devem se adequar à natureza e à necessidade do direito material buscado, pois somente assim a efetividade do direito será efetuada. Quebra-se, com isso, a regra de um procedimento ordinário único, e se parabeniza nesse sentido, a distribuição da prova no Anteprojeto de Código Coletivo que muito vem a ajudar na procura da efetivação dos direitos materiais em conflito.

Nesse sentido, podemos destacar as várias medidas de urgência e tipos de tutelas, podendo ser classificadas em medidas de urgência processual e material. Visam garantir a efetividade do direito material a ser conseguido e que a tutela jurisdicional processual garanta um acesso à ordem jurídica justa, com a concreção dos direitos perseguidos pelas partes, de modo a realizar a pacificação social.

Percebe-se a preocupação do legislador em fornecer meios para assegurar a prestação mais justa e adequada da tutela jurisdicional, seja no tocante à sua especificidade, atendendo ao princípio da máxima coincidência possível entre o objeto que poderia ser obtido pelo autor com o cumprimento voluntário da obrigação e o que lhe é entregue através do acesso às vias judiciais, seja quanto à celeridade - permitindo-se transpor quando possível o fator tempo, maior problema em nosso sistema processual devido à grande quantidade de processos e de meios recursais, que inclusive permitem a procrastinação. Assim, aumenta-se a capacidade de se verem cumpridos os escopos da atividade jurisdicional, tornando-a plena e efetiva.

⁶⁶ MARINONI, 1999, *op. cit.*, p. 203-204.

3.7 Princípio da boa fé e cooperação das partes e seus procuradores

Tal princípio é causa de inúmeras discussões no âmbito jurídico. Em um ambiente nacional de proliferação da corrupção, dos desmandos, dos abusos de poder, do uso desmedido de medidas provisórias em prol de alguns, do descrédito e da utilização do Poder Judiciário para beneficiar causas particulares, é difícil falar-se em boa-fé processual.

O Estado do “não direito”, como citado anteriormente, não se trata de ambiente favorável a atos de boa-fé e cooperação dentro dos processos, seja pelas partes (legitimados e terceiros interessados), seja por seus procuradores.

Se tal situação é corriqueira no processo individual, com muito mais propriedade o é no processo coletivo, em que a demanda traz em si, gama muito maior de influência e relevância política, social e econômica, do e no processo.

O descrito se comprova com simples análise dos processos individuais, no qual se vê grande número de atos, ações e recursos protelatórios, bem como uma diminuta aplicação do princípio da litigância de má-fé e do enriquecimento ilícito para a penalização dos atos incompatíveis com a celeridade e a integridade processual, além de uma irrisória quantidade de multas e sanções, aplicadas para os atos de má-fé no decorrer do processo.

A pouca confiabilidade da sociedade no caráter, na ética e na integridade dos procuradores (e muitas vezes até mesmo dos aplicadores do direito, como juízes, procuradores, promotores, oficiais de justiça, etc.) também demonstra a falta de preocupação com o zelo processual e a boa-fé no processo.

Aplicam-se, aparentemente, critérios axiológicos como o de Maquiavel: “os fins justificam os meios”, e os fins, geralmente, não se tratam da pacificação social e cumprimento dos escopos do processo (como deveria), mas sim, da busca pelo lucro quando da resolução do litígio.

Infelizmente esse é o quadro que encontramos atualmente, o que não significa que não houve avanço quando da expressa citação do referido princípio no Anteprojeto. Ao contrário, a citação entre os princípios do art. 2 do Anteprojeto demonstra a necessidade e o interesse na busca por um processo mais íntegro e honesto, com o fito da verdade real, quando de sua finalização. Ou seja, na busca pela verdadeira justiça.

Tal fato se torna, ainda mais relevante, se o advogado possuir grande função social e se o exercício da advocacia for indispensável à administração da justiça.

Não menos importante, nesta seara, é a consciência repassada para os profissionais quando de sua formação. Para isso, as universidades possuem um papel fundamental, podendo atuar como meio de formação de profissionais, não só com alto nível técnico, como também moral e pessoal, evitando a mercantilização do direito.

Para que se veja a importância do princípio mencionado, basta que, citemos os princípios norteadores da atividade advocatícia, que são:

- pessoalidade;
- confiabilidade;
- sigilo profissional;
- não mercantilização;
- exclusividade;
- relação com o cliente⁶⁷

Aplicados tais princípios éticos, a boa-fé e a colaboração estarão sendo, ao menos, respeitados.

Vejamos a interpretação dos princípios citados:

Pessoalidade: a pessoalidade é expediente necessário para que se faça a relação entre o profissional e o cliente. Apenas o contato pessoal pode formar uma relação de confiança e

⁶⁷ FIGUEIREDO, Laurady. *Ética profissional*. São Paulo: Barros, Fisher & Associados, 2005, p. 44.

bilateralidade entre as partes, cada uma respeitando seus direitos e cumprindo seus deveres, como por exemplo, na prestação dos serviços contratados e no pagamento dos honorários advocatícios devidos.

Confiabilidade: conforme citado no princípio acima, a confiança se dá com a relação pessoal entre o advogado e o cliente, não sendo possível, portanto, se não tiver o contato entre os mesmos (a internet, por exemplo, não proporciona, tal confiabilidade). Além disso, se houver quebra de confiança por uma das partes, a solução mais correta é a quebra do contrato firmado, com a renúncia do advogado como dever ético.

Sigilo profissional: é inerente à profissão de advogado, bem com de outros profissionais liberais, como psicólogos, médicos, entre outros. O dever de sigilo se estende por todo o processo, inclusive quando do seu término. Os fatos que originaram a lide e a procura pelo profissional devem permanecer em sigilo e jamais serem revelados a terceiros. As situações em que a quebra de sigilo são autorizadas, sem as sanções disciplinares respectivas (como censura), estão dispostas no art. 25 do Código de Ética do advogado. Citemos como exemplo: grave ameaça ao direito à vida e à honra ou nas situações que houver quebra de confiança ou afronta do cliente, como forma de defesa própria.

Não-mercantilização: As atividades realizadas entre advogado e cliente devem ser caracterizadas como prestação de serviços, em momento algum, como atividade mercantil. A busca pela solução dos litígios (ao menos em tese) deve ter o fito de elucidar a lide, com o escopo maior de pacificação social, e não somente os valores pecuniários que a lide pode trazer ao profissional. Desta feita, os atos meramente mercantis, não podem ser aceitos na atividade advocatícia.

Exclusividade: preceitua que a advocacia deve ser realizada em caráter exclusivo, não sendo compatível com a realização de outra atividade comercial. Não é possível, portanto, uma advocacia em sociedade com outra área comercial que não seja a própria advocacia ou

qualquer profissão não advocatícia. As sociedades somente são admitidas entre os advogados, para o exercício efetivo da advocacia.

Relação do advogado com o cliente: Tal relação concretiza-se com a outorga do mandato. Tal mandato deve ser apenas para atuar em um dos pólos da lide (sob pena de realização do crime de patrocínio simultâneo), salvo se houver processo em consensualidade das partes, como por exemplo, no caso de separação ou divórcio consensual. O patrocínio sem procuração deverá ser devidamente regularizado no prazo de 15 dias, prorrogados por igual período conforme determina o Estatuto da OAB. Deverá haver motivo relevante ou urgente para a efetivação da defesa, *a priori*, sem mandato. Por fim, nunca é demais salientar que tal relação deve basear-se na confiança e na boa-fé recíproca, com o respeito aos direitos e aos deveres de ambos os envolvidos.

Assim, o exercício da cidadania manifesta-se também na procura e obtenção dos direitos garantidos constitucional e infraconstitucionalmente, de forma a valorizar a boa-fé, e os princípios morais.

3.8 Princípio da cooperação dos órgãos públicos na produção da prova

Por se tratar de direitos coletivos, os órgãos públicos possuem muita importância quando da defesa dos direitos coletivos e difusos, podendo auxiliar sobremaneira os órgãos judiciais na prevenção da violação de tais direitos.

O Brasil possui várias agências e entidades públicas que podem incorporar em si, competência administrativa na implementação e defesa dos direitos difusos e coletivos.

No entanto, é inegável que tais entidades não realizam o trabalho que poderiam realizar, inclusive de ofício, com competência concorrente, já que, pouco se vê da

implementação dos direitos coletivos junto ao trabalho da Administração Pública – direta ou indireta – ou mesmo nas políticas públicas direcionadas à proteção desses direitos. Verifica-se uma verdadeira inoperância administrativa nesse sentido.

Paradoxalmente ao auxílio ao Judiciário, o que se nota é que os órgãos públicos, normalmente, vêm burocratizar o processo, pois é nítida a demora quando da solicitação de documentos e certidões, e mais, se não acionados pelo Poder Judiciário, ainda que tenham competência para tanto, os órgãos administrativos e executivos permanecem inertes na produção de elementos aptos a facilitar a defesa dos direitos coletivos.

Apesar de tudo, a gestão da coisa pública está sendo incentivada para que se torne mais próxima e efetiva, atenda aos anseios da coletividade e garanta os direitos que lhe são atribuídos. Nesse sentido, as ações coletivas aproximam o Poder Executivo do Judiciário, transformando ambos em concretizadores de políticas públicas em benefício dos menos abastados e em órgãos atuantes na efetivação dos direitos democráticos do cidadão.

Requer-se, assim, uma nova visão da Separação do Poderes, tida como uma conquista do Estado Moderno, na medida em que não mais restrinja os direitos às partes no processo, e de que os atos decisórios tratem também de decisões políticas e sociais de grande relevância, pois interferem diretamente na sociedade, com uma consciência coletiva na luta pelos direitos.

Como minha Pátria, o país no qual tenho a honra de proferir essa palestra (Brasil) viveu tempos de ditadura. Nós, brasileiros e alemães, sabemos, portanto, que na História sempre foi mais difícil subordinar o Poder ao Direito do que o Direito ao Poder. Se criamos agora Estados Democráticos de Direito, temos um elevado bem a preservar. Isso deve ser tarefa de todos os juristas responsáveis, não importa em que Poder de Estado ou em que função eles atuem. Nesse sentido, o conceito de “harmonia dos Poderes” no art. 2 da Constituição Brasileira contém uma missão de alcance histórico.⁶⁸

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, *apud* VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 122.

Muda-se, a delimitação das funções judiciais e extrajudiciais (órgãos executivos), admitindo uma dinâmica das relações sociais na procura da concretização do Estado Democrático de Direito em sua concepção mais ampla.

Nesse sentido, importante inclusão é feita no Anteprojeto, com a permissão da Defensoria Pública na defesa dos direitos coletivos, podendo ser autora das ações coletivas.

Tal situação vem abarcar a defesa dos mais pobres, podendo, com isso, aproximar a defesa coletiva da população carente, aumentando a possibilidade de acesso à justiça e valorizando, a todo tempo, o princípio da ampla defesa.

A Defensoria Pública deixa de ser órgão de defesa exclusivamente das ações individuais, para defender direitos coletivos, aproximando politicamente a população que raramente é representada, dos direitos sociais que possui, atuando como verdadeiro órgão de reclamação de direitos do povo, com uma representação efetiva desse junto aos órgãos administrativos, executivos e judiciários.

3.8.1 Jurisprudência

Aresto da 1 Seção do STJ no MS 5.187-DF (rel. Min Humberto Gomes de Barros.j. 24.9.1997, DJU 29.6.1998 , sobre as ações coletivas: “(...) De outro lado a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em a permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia.”

ACÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS EM CADERNETAS DE POUPANÇA. PLANOS BRESSER, VERÃO, COLLOR I E COLLOR II. I - ILEGITIMIDADE ATIVA. Em linha de princípio a atuação da Defensoria Pública, nas ações coletivas de consumo em que prepondera o interesse coletivo, não se restringe à tutela dos interesses das pessoas necessitadas, mormente quando

a prévia, ou mesmo posterior seleção por classe econômico-social, vier a inviabilizar esta via processual e a efetividade da jurisdição, ocasionando paradoxal prejuízo exatamente a esta parcela da sociedade a que este Órgão do Estado visa assistir. (...)PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. APELO DO RÉU PROVIDO, EM PARTE.

(Apelação Cível Nº 70023232820, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 06/05/2008)

Nessa esteira, cumpre trazer à colação o seguinte precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO.I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciais no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido.

(REsp 555111 / RJ, Terceira Turma, Ministro CASTRO FILHO, julgado em 05/09/2006)

3.9 Princípio da economia processual

Tal princípio, já muito falado quando do processo civil clássico, aparece com muito mais ênfase na tutela coletiva.

Preconiza que a prestação jurisdicional seja prestada com o máximo de efetividade, utilizando, para isso, a mínima quantidade possível de atos processuais.

A economia processual, assim, rechaça o formalismo excessivo. Rechaça, ainda, todo e qualquer ato que venha engessar o processo, exigindo com isso, a propositura de novas ações ou atos processuais desnecessários no decorrer do processo.

Ao nosso ver, tem íntima ligação com o princípio da proporcionalidade e com as regras do bom senso que devem ser aplicadas a todo ato processual.

Não há dúvidas de que tal princípio, corretamente aplicado, se trata de expediente muito importante na concretização do acesso à justiça e na obtenção do direito material buscado.

O Direito Processual é um direito eminentemente instrumental e, como tal, serve para a realização do direito material. Consequentemente o processo, como um todo, bem como os respectivos atos e procedimentos devem estar inspirados na economia processual. Esse princípio, por sua vez, precisa ser entendido de modo mais amplo, sob o ponto de vista subjetivo, como orientação geral para o legislador e para o aplicador do Direito Processual, e, objetivamente, como sede para a escolha das opções mais céleres e menos dispendiosas para a solução das lides.⁶⁹

A aplicação dos institutos da conexão e da litispendência são exemplos claros de economia processual. No processo civil tradicional, no entanto, a rigidez de tais institutos impede a aplicação plena do princípio. Isto não ocorre na tutela coletiva.

⁶⁹ MENDES, *op. cit.*, p. 33.

Tendo em vista a modificação e interpretação extensiva dos conceitos de pedir e causa de pedir, bem como o fato de a diferença dos legitimados ativos não impedir a união dos processos, é nítida a facilitação e a maior aplicação dos institutos declinados no processo coletivo, o que gera uma enorme economia processual e maior efetividade da tutela processual.

Diminui-se assim, os gastos e a necessidade de várias ações para a defesa de um direito; o acesso à justiça, resta então, respeitado e aplicado.

Cita-se, em apoio à economia processual na tutela coletiva, a maior aplicabilidade (e com maior força) da coisa julgada em âmbito nacional e a possibilidade de controle difuso da constitucionalidade por via de ação coletiva.

Tais situações encontram, em si, a resposta para sua inclusão junto ao princípio da economia processual, eis que, visivelmente, ampliam a eficácia dos atos processuais a todos os titulares do direito material, sem a necessidade da fragmentação dos atos processuais e atomização dos litígios.

Antonio Gidi ⁷⁰ ao falar dos objetivos das *class actions* norte-americanas, assim dispõe: “O objetivo mais imediato das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva”.

Assim, em situação análoga, também no nosso sistema processual coletivo, evita-se a proposição de repetitivos processos com a proposição de uma única ação coletiva, a qual propicia a resolução de conflitos de muitas pessoas com um único processo. A economia processual é, pois, manifesta.

⁷⁰ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

3.9.1 Jurisprudência

Aresto 1 da Seção do STJ no MS 5.187-DF, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros e publicado no DJU de 26 de junho de 1998:

As ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual. O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do mundo moderno. Através dela, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário resolve controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças judiciais individuais. Isto faz o Judiciário mais ágil. De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em a permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia.⁷¹

3.10 Princípio do ativismo judicial

Atualmente, é inegável que o número de atribuições delegadas ao Estado e as suas instituições, estão, a cada dia, mais amplas.

Entre as atividades constantes àquelas exercidas pela Administração Pública, podemos citar: preparação e andamento à política econômica, efetivação de normas referentes à educação, previdência social, lazer, transporte.

Por tal motivo, o controle da legalidade é muito importante junto ao ordenamento jurídico, pois o Estado, não raras vezes, viola direitos considerados fundamentais e que deveriam sobrepor-se pelos caracteres axiológicos de nosso ordenamento jurídico.

⁷¹ *Apud* VENTURI, 2007, p. 103.

Desta feita, com a extensão da atividade realizada pelo Estado, inclusive, tendo-se em vista a discricionariedade permitida aos governantes, é essencial um Judiciário ativo para a adequada fiscalização dos atos administrativos.

Sobre o assunto, o então ministro do STF José Celso de Mello Filho, em entrevista para o *Conjur*, expressou o seguinte entendimento:

O ativismo judicial é um fenômeno mais recente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. E porque é um fenômeno mais recente, ele ainda sofre algumas resistências culturais, ou, até mesmo, ideológicas. Tenho a impressão, no entanto, de que, com a nova composição da Corte, delineia-se orientação tendente a sugerir, no plano da nossa experiência jurisprudencial, uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, que, embora impondo ao Estado a execução de políticas públicas, vêm a ser frustradas pela absoluta inércia – profundamente lesiva aos direitos dos cidadãos – manifestada pelos órgãos competentes do Poder Público.⁷²

O Poder Judiciário deve, pois, não apenas realizar a tarefa de aplicação da lei ao caso concreto, como simples aplicador da lei. Na nova sociedade, o papel do Judiciário deve ser muito mais dinâmico, deve promover políticas públicas, e efetivar medidas que visem a restringir a liberdade e os excessos do Estado para com os direitos de cada indivíduo, muitos dos quais, garantidos constitucionalmente.

Isto não quer dizer que não deva respeitar a imparcialidade e o princípio da inércia do Judiciário. O “novo Juiz” deve agir de forma a efetivar cada vez mais o acesso à justiça e a celeridade no processo, no entanto, respeitando as normas sistematicamente impostas.

O que se quer é um judiciário atuante, e não arbitrário, como bem nos fala Medeiros: “Defendendo o ativismo judicial e colocando o juiz como autêntico canal de comunicação

⁷² MELLO FILHO, José Celso de. Entrevistador: Marcio Chaer. Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico em 15 de março de 2006 consultada no site da Associação Brasileira dos Municípios - ABM. Disponível em: <http://201.33.18.116/~abm/?pg=desc-dica&id=2>. Acesso em 11 de novembro de 2007.

entre a sociedade e o mundo jurídico, a quem cabe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos”.⁷³

Em sendo assim, o gerenciamento realizado pelo Juiz, das normas modificadoras do processo, com o fito de descobrir a verdade real e pacificar os conflitos, determina a eficácia dos procedimentos e atos processuais.

O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da Justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário, para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos "novos direitos" e que também tem que entender - para cumprir sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade ética e social - que novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de Calamandrei, sistematizando as providências cautelares.⁷⁴

No processo coletivo, o Judiciário não se limita a decidir litígios privados, devendo servir de força atuante na luta contra os abusos econômicos, sociais, e políticos, que são realizados diariamente na sociedade.

Nenhum juiz moderno pode confundir independência com indiferença, ou, em outras palavras, todo juiz deve ser ativo e ter a preocupação de produzir bons resultados com a sua atividade, mas não resultados meramente burocráticos, voltados apenas para resolver o processo, sem resolver satisfatoriamente a lide, como quando ocorre a extinção sem julgamento do mérito ou, em alguns casos, com a improcedência por falta de provas, simplesmente porque o ônus da prova assim determinou.

⁷³ MEDEIROS, Luiz Cezar. *O formalismo processual e a instrumentalidade*: Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 2. ed. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006, p. 130.

⁷⁴ MACIEL, Alexandre Pena. *Efetividade processual e os novos direitos*. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/1999/efetividade.html>. Acesso em 05 de dezembro de 2007.

Na visão da doutrina moderna, o juiz precisa participar ativamente do processo, especialmente na fase probatória, limitando-se a julgar improcedente a demanda por falta de provas somente em último caso, quando ele mesmo estiver convicto de que não há provas das alegações existentes, esgotando as provas que razoavelmente estão ao seu alcance ou das partes. Isso não significa, em absoluto, perda da imparcialidade.

Nesse sentido, ensina Gregório Assagra de Almeida:

Além desses poderes instrutórios amplos para a busca do máximo grau de certeza sobre os fatos alegados, o juiz ainda é portador de outros poderes para garantir a máxima efetividade do processo coletivo. Poderá o julgador conceder liminar, com ou sem justificação prévia (art. 12 da lei nº 7.347/85). Poderá também conceder a antecipação dos efeitos da tutela (art. 84, § 3º, da Lei n. 8.078/90), bem como utilizar-se das medidas de apoio previstas no art. 84, § 5º, da Lei n. 8.078/90, para assegurar o resultado prático equivalente.⁷⁵

Para que realize tais atividades, no entanto, a dinamicidade do Judiciário dependerá das suas reais condições para um enfrentamento dos abusos sócio-econômico e social em par de igualdade para com o Poder Executivo, mais especificamente com a Administração Pública. A coletividade, assim, também deve ser tutelada, com a garantia da fiscalização das atividades de seus gestores, servindo o Poder Judiciário como instituição apta a coibir os abusos e as ameaças de lesões realizadas pelo Executivo aos cidadãos.

Para manter o equilíbrio de forças, necessário aos controles recíprocos entre os poderes do Estado e ao controle do poderes sociais e econômicos.⁷⁶

Com efeito, num país como o Brasil, cuja principal campanha governamental no campo social esta assentada no combate à miséria absoluta (programa *Fome Zero* do Governo Federal), a inidoneidade dos canais de acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário contra

⁷⁵ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 577.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 49-55.

quaisquer lesões ou ameaças perpetradas – algumas vezes por particulares, inúmeras vezes pelo Poder Público – constitui presunção quase-absoluta.⁷⁷

Dessa forma, é possível, através de tal princípio, ao menos em tese (já que infelizmente se vê pouquíssimos casos na prática), corrigir atos irregulares (e até mesmo ilegais) praticados pelos agentes administrativos, em defesa dos objetivos do direito, como por exemplo, a pacificação social e uma justiça mais igualitária.

Isso porque, acaso não desejasse o Constituinte uma justiça eficiente e ágil, teria se omitido em lhe conceder os meios processuais e legislativos para tal, adequados exatamente para a imediata correção das violações a direitos.

Assim, as ações relacionadas com a coletividade contam com um Judiciário mais atuante e efetivo, exercido à luz de uma visão global do conflito em tela, em atenção ao anseios de justiça social do Estado Democrático de Direito.

3.10.1 Jurisprudência

Parte da decisão em apelação:

Assim sendo, reafirmo uma vez mais que nas ações coletivas há de restar mitigado o princípio dispositivo previsto no artigo 262 do CPC, sobrelevando-se o impulso oficial em razão do interesse público que se mostra evidente e prevalente.

(Apelação Cível Nº 70023232820, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 06/05/2008)

⁷⁷ VENTURI, *op. cit.*, p. 103.

DESAPROPRIAÇÃO. APRECIÇÃO DO LAUDO PERICIAL. DEFICIÊNCIA NA VALORAÇÃO DA PROVA. MATÉRIA PREJUDICIAL AO EXAME DO RECURSO ESPECIAL A TEOR DA SÚMULA N.º 07/STJ. ART. 130, DO CPC. APRECIÇÃO DA PROVA.

1. Ausência de valoração da prova impeditiva da análise pelo STJ do malferimento dos dispositivos legais invocados. Prejudicial ao exame do recurso especial.

2. O art. 130, do CPC, é aplicável a todas as instâncias por isso que ao STJ é lícito, antes da análise à violação da lei, determinar a baixa dos autos à instância de origem para que valore a prova produzida, prejudicial à análise do meritum causae porquanto à Corte está interdita a análise do contexto fático-probatório.

3. "(...) O Código de Processo Civil, atento aos reclamos da modernidade quanto ao ativismo judicial, dispôs no seu art. 130, "cabendo ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias" Dessume-se, do dispositivo citado, que esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do statu quo ante à violação, carreando notável prestígio para o monopólio da jurisdição que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento. E, para isso, é preciso aproximar a decisão da realidade da qual o juiz, evidentemente, não participou, e a ela é conduzido através da atividade probatória.(...)"(Luiz Fux, in "Curso de Direito Processual Civil" Forense, 2001).

4. Não obstante, em respeito à função uniformizadora desta E. Corte, acompanho o posicionamento das Turmas de Direito Público, ressalvado o meu entendimento no sentido da possibilidade da determinação ex officio do retorno dos autos à instância de origem para que valore a prova produzida.

5. Os critérios para fixação do quantum indenizatório estão adstritos às instâncias ordinárias, ante a necessária análise do conjunto fático-probatório (Súmula 07/STJ), insindicável por esta Corte. Precedentes das Turmas de Direito Público.

6. Recurso especial não conhecido, com ressalva do relator.

(REsp 540.179/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.12.2003, DJ 14.06.2004 p. 170).

3.11 Princípio da instrumentalidade das formas

A atual preocupação do processo trata da instrumentalidade ligada aos expedientes da flexibilização, da tutela adequada, da ordem jurídica justa e da efetividade do processo.

O direito coletivo renova, assim, toda a concepção de processo, tendo este como meio de realização de justiça e transformação social. Rompe-se, com isso, o modelo

tradicional/individualista do processo civil, passa-se a ter uma maior preocupação com a efetivação da democracia e dos direitos sociais como um todo.

O princípio informativo da instrumentalidade acompanha a luta do processo em atender não mais a preocupação individualistas, mas a interesses coletivos e difusos de uma sociedade de massa. O processo busca forma de proteger não só o homem, mas também o ambiente em que ele vive.⁷⁸

E ainda: “A instrumentalidade, informando todo o processo afasta-se do conteúdo individualista de uma sociedade liberal e, com seus escopos e efetividade, centra-se em ressaltar o valor social.”⁷⁹

O processo não é mera técnica, mas instrumento para a realização da justiça. Seguindo essa linha de raciocínio, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira defende o processo como “instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais ou seja, direito constitucional aplicado”, não olvidando a estreita conexão que existe entre a jurisdição e processo para a proteção dos direitos e garantias constitucionais - cujo reflexo denota-se no conteúdo da decisão proferida pelo órgão judicial.⁸⁰

No processo moderno, tem-se que a efetivação dos direitos (principalmente os coletivos com caráter de imprescindíveis) está embasada em critérios constitucionais e mostra-se muito consentânea com o movimento de acesso à justiça, tendo a instrumentalidade como forma de realização dos escopos da jurisdição.

Nasce aí a fase instrumentalista do direito processual. Procura-se um processo voltado à realidade concreta, desenvolvido segundo as necessidades da situação específica carente de tutela. Quer-se um processo que, em primeiro lugar, não altere (ou negue) a essência do direito material deduzido e, em segundo, que esteja em perfeita sintonia com a situação específica, de

⁷⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.49.

⁷⁹ *Idem.*, p.52.

⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 87, Ano XXIX, setembro de 2002. T. I 2002, p. 38

modo a mostrar-se perfeitamente adequado para atender às particularidades e características do conflito específico e do direito que venha a ser reconhecido como existente. O processo volta seus olhos às partes, à situação específica do conflito deduzido, e, por via reflexa, às próprias carências do jurisdicionado e do Estado, refletindo as possibilidades e limites destes. Sob esse prisma, pensa-se em conceber tutelas diferenciadas, próprias para cada espécie de pretensão de direito deduzida no processo.⁸¹

O direito precisa tornar-se realizável, precisa ser liberto de interpretações não generalizáveis e casuísticas. Para haver a promoção do uso efetivo e democraticamente generalizável do direito, é fundamental a conciliação, na medida do possível, da justiça com a segurança jurídica. Justiça, neste caso, em sua dimensão social, com o sentido específico de justiça social seria, pois, a satisfação das condições mínimas (materiais e culturais) capazes de proporcionar uma efetiva igualdade de oportunidades e de condições de vida digna para todos.

Segundo Osvaldo Ferreira de Mello: “que o processo que não leve a uma decisão capaz de assegurar os valores da justiça e utilidade social no seu desiderato, será politicamente ilegítimo, em que pese sua validade formal. Essa é a posição inarredável da Política do Direito.”⁸²

Assim, para que através do processo se alcance a ordem jurídica justa de que tanto falamos, necessita-se de uma reforma não só legislativa, mas de pensamento e postura dos aplicadores do direito com relação ao processo (advogados, promotores de justiça, estudantes e doutrinadores e, principalmente magistrados) para que este, realmente vise a efetivação dos direitos e a resolução dos conflitos que são o objetivo de sua existência.

“O processamento e o julgamento de demandas coletivas impõem a revisitação de vários institutos processuais, para adequá-los aos princípios, às finalidades e às características da proteção judicial metaindividual.”⁸³

⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 31

⁸² MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ — Univali, 1998, p. 44.

⁸³ MENDES, *op. cit.*, p. 258.

Isto porque o aumento da dinamicidade dentro da atividade jurisdicional pelo juiz propicia uma maior eficiência ao processo, na medida em que as técnicas que são utilizadas devem estar de acordo com as finalidades do processo e da lide, e não contra os mesmos. A passividade do juiz no processo somente vem salientar o inadequado exercício dos poderes deste para com o processo coletivo. Tal inadequação deve ser evitada, ou seja, o juiz deve utilizar a instrumentalidade do processo com o fito de realização da justiça.

Todos os aspectos aqui mencionados devem, ainda, estar em consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

É importante deixar claro aqui, que o que se condena é o formalismo excessivo que atravanca a efetivação da justiça através do processo. No entanto, as formas são necessárias, visto que, se o processo não possuísse procedimentos a serem seguidos e maneiras de se regular a atuação das partes na atividade jurisdicional, a segurança jurídica estaria seriamente abalada.

Além do que, as formas são necessárias para que se respeite a tutela adequada, a máxima prioridade da tutela coletiva, e principalmente para a efetividade do processo coletivo.

Desta forma, as transformações sociais fizeram a sociedade perceber que o sistema processual clássico e tradicional, baseado no individualismo, era por demais insuficiente para dirimir a problemática do fenômeno da ascensão das massas, que trouxe consigo gravames de ordem jurídica, posto que o ordenamento não estava apto a resolver tais litígios com os seus tradicionais instrumentos processuais. Concluiu-se, finalmente, que os interesses de cunho coletivo devem sempre se sobrepor aos interesses de caráter individual.

Outrossim, ao transpor os obstáculos para um acesso mais efetivo à Justiça por parte dos novos sujeitos individuais, coletivos e transindividuais, é forçosa a exigência de uma

gama de alterações profundas e inovações radicais que transcendam as esferas tradicionais de jurisdição.

Tais implicações vão desde as modalidades de gerar a produção de "novos" direitos até a sua apreciação jurisdicional por tribunais descentralizados, democráticos e com maior participação comunitária. Destaca-se, dessa forma, no interior do Direito positivo estatal, a utilização não só de um Judiciário redefinido, mas a relevância de outras instâncias reguladoras dos conflitos que envolvem "novos" direitos, não visam somente a resolução de conflitos interindividuais, mas também metaindividuais.

“A necessidade de construção de uma teoria geral para os instrumentos destinados à tutela dos denominados ‘novos’ direitos está estreitamente ligada aos temas da efetividade dos direitos e do acesso à justiça, que são temas, igualmente, co-relacionados entre si”.⁸⁴

E ainda quando menciona lição de Konrad Hesse sobre a efetividade dos direitos assegurados pela norma jurídica: “A lição acima é de grande importância na medida em que reforça a idéia de que a efetividade do Direito somente se dará se as normas jurídicas atenderem às necessidades sociais. Nesse sentido, sobreleva a função política da atividade judicial (...)”.⁸⁵

Tem-se, desta feita, que para que o efetivo acesso à justiça seja de fato e na prática viabilizado, deve antes, ser efetivado o acesso à ordem jurídica justa. Tal situação somente poderá ser realizada mediante um Judiciário célere, dinâmico, atento às modificações fáticas e sociais, e aos reais anseios da coletividade. As mudanças devem ser processuais e práticas, de modo a tornar eficaz a defesa da tutela pretendida. O processo deve ser instrumento para a realização dos direitos e não somente (e unicamente) para a sua busca.

Deveras, o processo instrumental deve estar sempre disposto a receber novas influências da realidade social e dos novos perfis do direito material,

⁸⁴ BRANDÃO, *op. cit.*, p.215.

⁸⁵ *Idem*, p.216

mudando sua feição conforme esses novos influxos. Essa permeabilidade do processo a tais informações externas é o que lhe permite manter-se moderno e hábil a lidar com as necessidades sociais.⁸⁶

Essa “operacionalização do sistema” foi o que Capelletti denominou de “um novo enfoque do acesso à justiça”, tida como a terceira onda renovatória na busca pelas soluções dos obstáculos existentes para a concretização de um acesso à justiça mais igualitário.

3.11.1 Jurisprudência

Ação popular. Extinção sem julgamento de mérito por desistência. Ausência de pressupostos. Na processualística moderna, o princípio da instrumentalidade das formas, mais que afastar o excessivo apego à burocracia, impõe observância ao conteúdo ético das normas processuais, interpretadas da maneira que melhor atendam ao interesse público. Ainda que formalmente perfeito o pedido de desistência, deve-se sobrelevar a petição superveniente em que o autor, por meio de novo procurador constituído, manifesta interesse no prosseguimento do feito e revela que o advogado anterior agiu com excesso de mandato. A ação popular, como instrumento de fiscalização da moralidade administrativa, não deve ser extinta ao fundamento de desistência se há interesse no prosseguimento do feito, manifestado tanto pelo autor como pelo Ministério Público. Nas hipóteses em que o autor da ação popular desistir da demanda ou der motivo à absolvição da instância, o fato será divulgado por meio de edital afixado na sede do juízo e publicado três vezes no jornal oficial do Distrito Federal, ou da Capital do Estado ou Território em que seja ajuizada a ação, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação (artigos 9º e 7º, II, da Lei nº 4.717/65). ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Apelação Cível 2000.006715-6.Relator: Pedro Manoel Abreu, Data da Decisão: 29/11/2005.

⁸⁶ ARENHART, *op. cit.*, p. 39.

"A concepção moderna do processo, como instrumento de realização de justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la" (REsp. n. 15713, Min. Sálvio de Figueiredo).

3.12 Princípio da flexibilização da técnica processual

Tal princípio é corolário do princípio da instrumentalidade das formas, primando pela realização dos escopos do direito, encontrando-se expressamente disposto no art. 48 do Anteprojeto.⁸⁷

A flexibilização da técnica processual na tutela coletiva pode, ainda, ser vista em diversas normas do Anteprojeto.

Desde a dinâmica das provas até a forma de procedimento nos institutos da conexão e continência e da forma em que é aceita, a coisa julgada todos os expedientes demonstram um processo civil muito menos rígido e mais de acordo com a busca da verdade e da resolução dos conflitos.

O modelo procedimental das ações coletivas exposto no Anteprojeto do Código Brasileiros de Processos Coletivos relativiza a rigidez e a formalidade do processo civil individual e tradicional.

A flexibilização traz respostas a diversos problemas existentes para a efetividade do processo. Desde a falta de celeridade, de legitimidade, das custas processuais, do pedido e das provas, todos possuem um quadro procedimental menos tecnicista do que o contido no atual Código de Processo Civil.

87 Art. 48 - Princípios de interpretação – Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

É de se destacar quando falamos do princípio da flexibilização da técnica processual, no novo papel assumido pelo Juiz (ligação com o princípio do ativismo judicial), o qual deixa de ser um ente passivo na ação para tornar-se atuante no processo, aumentando seu grau de discricionariedade e assumindo uma maior responsabilidade afirmativa e social para com a solução da demanda.

A interpretação aberta e flexível em relação aos direitos e interesses massificados é uma imposição constitucional (art. 5, parágrafo 2 da CF), pois a tutela jurídica dos direitos coletivos está inserida na CF/88, dentro da teoria dos direitos fundamentais.⁸⁸

O Novo Código de Processo Coletivo se aproxima muito mais da efetividade da tutela jurisdicional, quando flexibiliza os procedimentos no curso da demanda.

O formalismo exagerado perde lugar para a praticidade, levando-se em consideração a realidade fática sócio-econômica e política, a qual não pode ser desconsiderada em nenhum momento, quanto mais na produção de leis.

Não há dúvida de que o direito processual tradicional/individualista engessa a atitude das partes no decorrer do processo, fazendo com que as mesmas fiquem condicionadas ao estabelecido, e que, muitas vezes, provas importantes sejam inutilizadas, ou ao menos, não utilizadas de maneira a proporcionar seu máximo aproveitamento para a solução do processo.

Pensando especificamente na modernização, um aspecto extremamente relevante e apreensível do texto do anteprojeto é a adoção de uma visão mais flexível para o processo coletivo. Essa flexibilidade ou maleabilidade no emprego dos conceitos e dos institutos processuais é necessária, e até mesmo imprescindível, quando se pensa na solução de conflitos de natureza coletiva em juízo.

⁸⁸ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 108.

Assim, o rigorismo formal que leva a injustiça deve ser evitado. O direito processual deve ser um instrumento e não um fim. Em abono opinião do Min. Garcia Vieira: “o direito não deve ser sacrificado em nome do formalismo”.⁸⁹

O formalismo processual, quando observado e aplicado no âmbito de sua real finalidade, ordena, organiza, sistematiza e principalmente disciplina o poder do juiz, funcionando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder jurisdicional do Estado. O mesmo sucede com relação às partes no sentido de possibilitar o controle de eventuais excessos de uma em prejuízo da outra, o que representa um efetivo fator de resguardo à garantia da igualdade entre os litigantes. No entanto, o formalismo desvirtuado de sua finalidade instrumental implica o resultado inexitoso do processo – não se alcança a almejada justiça e muito menos a pacificação.⁹⁰

E ainda:

A forma deve ser, contemporaneamente, uma maneira de validar o processo com caráter notoriamente público (no sentido de coletividade), adequando os procedimentos jurisdicionais à realidade social, determinada pela situação fática em discussão, no que está em pleno acordo com o ativismo judicial.⁹¹

Apesar de haver uma evolução no processo civil com a adoção de algumas normas e princípios que mitigam a formalidade, como por ex. o princípio da instrumentalidade das formas; do livre convencimento do juiz; do poder geral de cautela; do reconhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição de matérias consideradas de ordem pública; da faculdade delegada ao juiz de atribuir aos fatos qualificação diversa da alegada pelas partes; e da possibilidade de as partes inovarem no objetivo do processo, tendo em vista o aparecimento de situações, fatos e direitos supervenientes; ainda, no processo individual, a formalidade em muitas situações é excessiva, o que atrasa o bom andamento do processo.

⁸⁹ STJ-REsp. n. 4.163-RJ. 1 Turma. Rel. Min. Garcia Vieira. J. 24.11.1990 .

⁹⁰ MEDEIROS, *op. cit.*, p. 127.

⁹¹ *Idem*, p. 127.

Tais princípios, no entanto, são de suma importância e não podem ser retirados do ordenamento jurídico. Isso porque a abstenção de tais valores terminaria por causar uma desordem enorme no processo, inviabilizando-o.

Os extremos devem ser evitados. A forma é necessária, no entanto, não pode ter o condão de impedir a realização do direito material e da justiça, não pode ser considerada mais importante que princípios basilares e formadores do direito, como, por exemplo: o acesso à justiça, contraditório e, ampla defesa. Deve haver sopesamento quando da aplicação do formalismo.

No Anteprojeto, a situação do devido processo legal é remodelada com vista a uma efetividade e praticidade maiores no processo. Revela-se um acertado apego às bases do ordenamento, fundamentando a modificação no interesse verdadeiro da busca pelos escopos e funções do direito.

No nível gramatical também o formalismo pode ser reduzido, diminuindo-se o tecnicismo e tornando a linguagem forense mais acessível à sociedade, além de tornar os processos mais claros e objetivos, com uma linguagem mais próxima da conhecida pelos indivíduos que não sejam juristas, aplicadores, operadores ou estudiosos do direito.

3.13 Princípio da dinâmica do ônus da prova

A dinâmica do ônus da prova possui papel de extrema relevância na busca pela verdade e pela justiça, através do processo, sendo tal princípio objeto do art. 10 do Anteprojeto.⁹²

⁹² **Art. 10.** Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Segundo tal teoria, a prova deve ser realizada por quem tem mais condições de realizá-la, o que permite uma melhor elaboração, e uma dinâmica das provas dentro do processo. Há uma modificação na determinação do ônus da prova, constante do art. 330 do CPC, segundo o disposto no Anteprojeto, a distribuição do ônus da prova é determinada por quem se encontra em melhores condições de produzir a prova, independentemente de ser parte autora ou ré, ou do fato ser constitutivo, modificativo ou extintivo de direito.

A determinação rígida do ônus da prova, contida no artigo 333 do Código de Processo Civil, que determina o *modus operandi* de sua produção no processo tradicional, muitas vezes, acaba por inutilizar provas que seriam importantes na solução do litígio, deixando de se transmitir direitos aos seus verdadeiros donos.

Isso, se aliado ao formalismo excessivo, significa verdadeiro entrave à prestação da tutela jurisdicional.

Com tal situação verificada, o que se vê é apenas um acesso ao Poder Judiciário, mas não a uma “ordem jurídica justa”. E, como vimos no decorrer de todo o trabalho, apenas o acesso ao judiciário não traduz a necessidade fática e prática das partes litigantes, ao contrário, representa verdadeira frustração na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

A dificuldade na comprovação dos atos executórios de tais atos delituosos configura uma realidade que faz aumentar a descrença no Poder Judiciário e, conseqüentemente, faz parecer inócuo o acesso à justiça para a defesa dos direitos.

Par. 1º. Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

Par. 2º. O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

Par. 3º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 4º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 4º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Por isso, se aplicada a teoria das cargas probatórias dinâmicas, cai por terra a afirmação constante em nosso ordenamento de que “quem afirma o ato tem a obrigação de provar os fatos constitutivos do seu direito”, o que também, ao nosso ver, deve ser visto com muita cautela, tendo em vista princípios como o das provas ilícitas e do devido processo legal (os quais também são responsáveis pela busca da verdade no processo).

É o princípio da carga probatória dinâmica, baseado no fato de que, tendo as partes o dever de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato para a melhor solução da causa, cada uma delas está obrigada a concorrer com os elementos de prova a seu alcance. Ambas as partes têm deveres de colaboração com o órgão jurisdicional, com a busca da verdade e a vigência absoluta e incondicionada do princípio do dispositivo.

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo probatório; b) ignorável é a posição da parte no processo; e, c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc.

Surge tal teoria para modificar os conceitos rígidos que fazem parte da forma tradicional de aplicação das provas. Trata-se de inovação muito importante no aspecto processual, eis que muitas vezes a elucidação de determinado litígio pode se dar pela forma com que as provas são produzidas. Tal teoria está sendo inserida no Brasil, oriunda da Argentina e Alemanha.

O assunto é de importância inquestionável, já que a prova é expediente de suma importância na decisão do processo. É através dela que se dá a solução da lide. Todos os fatos alegados pelas partes, quando da constituição e instrução da demanda, devem ser provados. É por meio da constituição da prova que a prestação jurisdicional é efetivada na maioria das vezes, salvo raras exceções de caráter exclusivamente processual. Por tal motivo, a distribuição do encargo probatório é primordial no processo.

Quanto à distribuição da carga da prova, devemos ter em mente que ela, em verdade, no momento em que é trazida aos autos, deixa de ser pertencente ao autor ou ao réu: ela será do processo, e seu destinatário é o juiz, serve para que a prestação jurisdicional seja realizada de forma a encontrar a verdade dos fatos e a solucionar a lide, pacificando o litígio. No Processo Civil, ao contrário tanto o autor quanto o réu têm a obrigação de contribuir com a causa em busca da verdade, trazendo aos autos todos os meios de prova possíveis e convenientes com a lide.

Sendo assim, as provas, para serem aplicadas no processo, não levariam em consideração apenas a tradicional divisão contida no art. 333 do CPC, mas sim, os seguintes elementos: a) o caso em sua concretude e, b) a natureza do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo, principalmente quando parte detiver melhor técnica na produção da prova determinada.

A dinâmica relatada, quando da produção da prova, se dá devido à mobilidade das provas no que se refere aos casos concretos, levando em conta as particularidades de cada situação e as especificidades das alegações realizadas pelas partes, buscando sempre uma solução justa para o litígio.

Os que acreditam nessa teoria como forma benéfica de inovação quanto à forma de aplicação das provas têm como argumento, além dos alegados acima, o artigo 130 do CPC (“caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo”), sendo que lhe é facultado (ao juiz), diante disso, a determinação também de “quem” irá realizar a prova requerida. Tal fato não consta explícito na norma, no entanto, dela é possível se abstrair que se o magistrado pode determinar qual é a prova, também poderá determinar quem deve produzi-la.

Também citamos como argumento, além do livre convencimento fundamentado do juiz, a invocação das regras sobre a exibição de documentos, CPC, arts. 355-362, em especial a do artigo 358, III: “O juiz não admitirá a recusa se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes”, ou seja, o juiz poderá definir “quem” deverá apresentar o documento probatório necessário a comprovação dos fatos alegados na lide.

Assim sendo, livre do formalismo exagerado e do rigor pré-estabelecido com que a distribuição da prova é tratada no diploma tradicional, o processo civil moderno estabelece para o juiz critérios norteadores para a manipulação da produção da prova, mais especificamente, do ônus da prova.

Tais critérios, no entanto, deverão ser motivados. Não poderá o juiz sem motivo algum alterar o ônus da prova, para tal terá que ter fundamentos concretos de que a parte possui melhor condições de apresentar a prova requerida.

Fará o magistrado com que o ônus da prova oscile entre autor e réu, ora em função da prova em si que se pretende obter, ora em função da relação desequilibrada entre as partes (no caso por ex. do contrato de trabalho, ou então no caso do direito do consumidor quando não estiverem presentes as condições para a inversão do ônus da prova).

Até mesmo no CDC, para que haja a inversão do ônus da prova, existem requisitos e não é somente necessário que haja uma relação consumerista, como querem fazer crer muitos doutrinadores e aplicadores da lei.

Exemplo usual desta situação é encontrado em demandas cujo objeto versa sobre questões técnicas, sobre os quais somente uma das partes têm conhecimento. Em sendo o réu a parte mais conhecedora destas técnicas, ou, ainda, sendo ele, por sua profissão, por exemplo, o possuidor de certos documentos que devem ser analisados pelo juiz, cabe a inversão do ônus da prova *de determinados fatos, gize-se, e não necessariamente de absolutamente todos os fatos alegados pelo autor.*

No que se refere à teoria mencionada, cita-se, ainda, a distinção entre os institutos das Cargas Probatórias Dinâmicas e Cargas Probatórias Compartilhadas que, embora tratadas como sinônimos por muitos autores, têm significados distintos. Senão vejamos:

O instituto das Cargas Probatórias Dinâmicas é a transferência da posição da parte litigante – autor ou réu –, em relação ao ônus da prova. Vale a citação de Miguel Kfouri Neto: “as regras que determinam tais posições, nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar – e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico”.⁹³

Em relação às Cargas Probatórias Compartilhadas (que é especificamente a forma trazida pelo Anteprojeto de Código de Processo Coletivo), essas tratam da atribuição do ônus da prova à parte que tem melhores condições de fazê-lo, como, por exemplo, os conhecimentos técnicos dos médicos em demandas de responsabilidade na área da saúde, conforme já citado. Nota-se que o autor produz a sua prova para contribuir com a instrução da demanda; porém, o réu, no caso, médico, acaba sendo intimado para agregar elementos àquela mesma prova, “de forma a resultar em julgamento justo e compatível com a realidade.”

Antonio Janyr Dall’Agnol Jr,⁹⁴ refere com exatidão tanto o propósito da teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas quanto das Cargas Probatórias Compartilhadas, apontando Jorge W. Peyrano como o jurista argentino que mais desenvolveu o assunto.

Tanto a teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas quanto a das Cargas Probatórias Compartilhadas não se confundem com a inversão do ônus da prova, tendo em vista que este não é repassado por inteiro ao réu, mas fica o demandado incumbido de complementar a prova apresentada pelo autor.

⁹³ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 137

⁹⁴ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 280, fev. 2001, p. 11.

Tal fato não quer dizer, de forma alguma, que a parte que alega não tem obrigação de provar seu direito. As partes não se encontram eximidas de produzir as provas de suas alegações, no entanto, com relação a determinadas provas, pode o juiz definir que a parte adversa possui melhores condições de efetivação, ou então, da superioridade técnica da parte. Desse modo, tal prova, conforme já mencionado, será produzida pela parte determinada pelo magistrado, independente da posição que esta ocupar na demanda.

Assim, não foi plenamente afastada a regra do art. 333 do Código de Processo Civil atual, uma vez que, por exemplo, o autor não se desincumbe de provar os fatos constitutivos do direito que alega possuir, apenas isso acontece, se provar que o réu possui maior facilidade na produção de determinada prova.

Além do que, a determinação do Anteprojeto diz respeito ao ônus de produção da prova e não determina sua obrigatoriedade, respeitando, todo o tempo, o direito da parte em não produzir prova contra si mesmo. Nem poderia ser diferente, pois o dever de produzir prova contra si mesmo não pode ser exigido pelo ordenamento, sobre nenhum argumento.

Não obstante, o art. 2 do Anteprojeto de Código Processual Coletivo continua com a exigência da prova da verossimilhança ou hipossuficiência para a inversão do ônus da prova, quando se tratar de ações coletivas.

No art. 3, destacam-se os princípios orientadores do processo civil tradicional, devendo os mesmos serem respeitados na produção da prova, ou na inversão do ônus. Em especial, a ampla defesa e o contraditório não podem, em hipótese alguma, serem ignorados quando da inversão do ônus da prova, porque, se assim agir, irá de encontro aos fundamentos de igualdade do direito brasileiro, o que não pode ser aceito.

Importante ressaltar, ainda, a utilização do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos como mecanismo capaz de assegurar a efetividade do processo, principalmente em se tratando de prova pericial.

Havendo o pagamento da prova com o dinheiro contido no Fundo, aumenta a celeridade processual, bem como as chances de a prestação jurisdicional ser mais eficiente.

O aumento da celeridade processual faz com que os cidadãos tenham maior confiança na tutela coletiva, diminuindo com isso, o número de demandas judiciais e proporcionando um maior e mais eficaz excesso à justiça, bem como uma melhor prestação jurisdicional e atos processuais mais efetivos.

3.13.1 Jurisprudência

"APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ANÚNCIO INVERÍDICO OFENSIVO À HONRA DA AUTORA VEICULADO NO SITE DA REQUERIDA. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR E DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ATENÇÃO AO CRITÉRIO PUNITIVO-PEDAGÓGICO AO OFENSOR E COMPENSATÓRIO À VÍTIMA. INAPLICABILIDADE AO CASO PELO JUÍZO A QUO DO INSTITUTO NORTE-AMERICANO DO PUNITIVE-DAMAGES. 1 - Incontroverso o fato de que o anúncio registrado no site "Almas Gêmeas" pertencente à requerida, foi efetuado por terceiro alheio ao processo. 2 - Atuando a ré como provedora de acesso à Internet e não sendo possível a identificação do real responsável pelo conteúdo ofensivo do anúncio, é seu o dever de indenizar pelos danos à personalidade da autora. *Aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova, ou seja, incumbe a quem tem mais condições a prova de fato pertinente ao caso.* 3 - Não só como provedora de acesso em sentido amplo atuou a ré na relação em análise, como atuou também como prestadora de serviços, mesmo que gratuitamente. Evidencia-se a desmaterialização e despersonalização das relações havidas pelo uso da Internet, não sendo mais possível identificar o objeto e muito menos os sujeitos de tais relações. Assim, sendo a ré empresa que possui site na Internet de relacionamentos deve, a fim de evitar a incomensurável dimensão dos danos oriundos do mau uso de seus serviços, adotar medidas de segurança que diminuam tais riscos. 4- Valor da Indenização que atendeu o caráter punitivo-pedagógico ao ofensor e compensatório à vítima pelo dano sofrido. Ademais, para o arbitramento do dano moral deve-se levar em conta as condições econômicas da vítima e do ofensor. Inaplicabilidade do instituto norte-americano do punitive damages. Aplicação ao caso dos critérios para aferição do quantum a indenizar em consonância com o instituto da responsabilidade civil do direito brasileiro. NEGADO PROVIMENTO AOS APELOS, COM EXPLICITAÇÃO."

Apelação Cível Nº 70013361043, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 21/12/2006.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. IMPUGNAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. ALUSÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA. Mantém-se o decreto judicial que acolhe a impugnação à gratuidade judiciária, quando o impugnado deixa de comprovar com suficiência sua impossibilidade em atender os ônus do processo e os elementos colacionados aos autos evidenciam a potencia financeira dos litigantes. A garantia constitucional que assegura o benefício da assistência jurídica integral e gratuita exige, além da simples "afirmação" da pobreza", também a "comprovação" da hipossuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV), o que enseja a discricionariedade judicial em sua avaliação. *Cabe ao requerente, assim, como parte mais habilitada, cumprir a demonstração, em respeito à "teoria da distribuição dinâmica da prova", fornecendo todos os elementos de convicção que persuadam sobre alegada hipossuficiência.* APELO DESPROVIDO.

Apelação Cível Nº 70010284180, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 16/03/2005.

3.14 Princípio da representatividade adequada

Quando se está defendendo direitos transindividuais, também as partes que postulam *per si* na defesa de seu direito violado representam a coletividade, defendendo em Juízo seus interesses e direitos. Por tal motivo, a legitimidade ativa para a proposição de ações coletivas é de suma importância e deve ser tratada como norma importante no destino processual coletivo.

Muito embora os critérios possam variar para a representatividade adequada, não é discutível que esta esteja intimamente ligada (indissociada) à legitimidade ativa para a proposição das ações coletivas.

No Brasil, privilegiou-se com LACP, a participação judicial semi-direta, com a legitimidade conferida ao mesmo tempo para entes públicos e privados; os quais podem atuar em conjunto ou separadamente, havendo caráter de legitimidade concorrente e autônoma.

O processo coletivo, assim como o determina o Anteprojeto de Código Coletivo, modifica tal situação ao legitimar a pessoa física para a propositura da ação coletiva em defesa dos direitos transindividuais. Tal atribuição, sem dúvida alguma é um passo enorme na facilitação do acesso à justiça e na diminuição da segregação social por camadas, ao menos em se falando na seara jurídica.

Com o fato de o Ministério Público ser o principal propositor de demandas coletivas, através da LACP, a população ficou inerte, esperando que os membros do Ministério Público atuassem no sentido da defesa da coletividade. Assim, a população não participa do processo, assiste-o, apesar de maior interessada nos direitos discutidos.

É indiscutível que o Ministério Público deve continuar na defesa do processo coletivo, no entanto, é saudável a idéia de a legitimidade se difundir, se alardear sob pena de frustração na obtenção de um direito por falta de legitimidade na propositura de uma ação para defendê-lo.

O MP não recebeu da Constituição a tarefa de substituir a ação da cidadania, e sim, a de ajudá-la a caminhar. Tutela, curatela e o pátrio poder, este último ainda quando exercido por um pai de família, somente servem a incapazes, enquanto o são e na estreita medida de suas necessidades. O que, obviamente, não é o caso de quem há muito se elevou da condição de súdito a de cidadão. Que o MP auxilie, ampare, concorra. Porém, substituir não.

Assim, a independência do cidadão referente à titularidade das ações coletivas, no que se refere ao Estado, representa um enorme avanço processual na defesa de seus direitos e na busca pela finalidade da atividade jurisdicional.

O indivíduo deixa a condição de “engessado” processualmente, para dinamizar o pólo ativo da demanda, lutando por um direito que apesar de ser coletivo, e também por isso, lhe pertence, conforme se vê no art. 19 do Anteprojeto, que dispõe sobre a legitimidade mencionada.⁹⁵

Importante salientar aqui, que, via de regra, os países mundiais defendem a possibilidade de tutela, pelo cidadão, dos interesses coletivos, em especial dos direitos relativos ao meio ambiente e ao consumidor. Apenas poucos países até a presente data, possuem limitação existente da legitimação ativa dos interesses coletivos a alguns entes por lei legitimados (União, Estado, Municípios, Ministério Público e principalmente Associações, no caso dos países europeus como França e Alemanha). Citamos como exemplo do declinado (países que aceitam a legitimidade ativa do cidadão em prol de direitos comuns a todos): a Argentina, os Estados Unidos e o Uruguai.

Sob este prisma, a democracia participativa e a concretização da cidadania, formam contornos que se amoldam e se favorecem com o regime proposto pelo Anteprojeto. A legitimação do indivíduo à ação coletiva trata-se, portanto, de expediente antes de tudo democrático, inovador e, garantidor do princípio de acesso à justiça.

⁹⁵ Art. 19. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado; (...)

Par. 1º. Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

Par. 2º. No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

Par. 3º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par. 4º. Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 5º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

A legitimidade na defesa dos direitos coletivos, pela parte que possui uma parcela de titulariedade pode fazer com que a população volte a se organizar-se na luta pelos direitos sociais, exercendo de fato a cidadania que possuem como direito.

Tal situação, vista tanto pelo prisma individual como pelo prisma coletivo, somente vem abonar a dimensão metaindividual dos direitos fundamentais, é uma forma não revolucionária e sem rupturas de os indivíduos menos abastados da sociedade lutarem por seus anseios, com um bom acompanhamento técnico (bons advogados) e com a possibilidade real de uma demanda equilibrada.

Do prisma coletivo, tal situação pode coibir abusos e intervenções não devidas, tanto administrativas como judiciais ou mesmo financeiras, sendo, ainda, uma maneira de acabar com a segregação jurídica e de efetivar o acesso à justiça.

Do prisma individual, o acesso à justiça também resta respeitado, mas no sentido de proporcionar a defesa de direitos individuais por meio da tutela coletiva, os quais, de outra maneira, restariam totalmente desrespeitados, seja pela não possibilidade de acesso aos meios de defesa, seja pela inviabilidade financeira, seja pelo desconhecimento dos meios técnicos para a concretização dos direitos que são objeto dos litígios ora discutidos.

Ao nosso ver, no entanto, os requisitos exigidos para a configuração da representatividade adequada, por não se tratarem de objetivos, podem causar obstáculos na concretização das finalidades visualizadas com a criação do princípio ora mencionado, o qual é tido como norma emancipadora na defesa dos direitos da coletividade.

Os magistrados são pessoas, e como humanos, falíveis, podendo haver interpretações equivocadas dos critérios exigidos para a aceitação da legitimidade na proposição da ação.

Também pode haver decisões apegadas ao formalismo excessivo, as quais vão de encontro a todo o sistema do Anteprojeto, proporcionando um verdadeiro retrocesso na esfera dos direitos coletivos, o qual prima pela flexibilização e pela instrumentalidade das formas.

Nas situações acima mencionadas, portanto, haveria um atravancamento na efetividade do processo coletivo, o que tornaria a disposição contida no princípio em tela, norma impertinente em prol do comum.

3.15 Princípio da intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social

O Ministério Público, até o presente momento, tem sido o principal legitimado a defender os interesses coletivos. Tendo para isso, legitimidade constitucional na defesa dos interesses difusos e coletivos.

Submete-se às regras do art. 3º CPC, isto é, interesse processual, possibilidade jurídica do pedido, e a que interessa mais de perto a esse estudo, a legitimidade de agir.

Como não pode haver defesa de interesse alheio por quem não seja titular sem a prévia autorização legal, os entes alcançados pelo CDC e pela LACP, são até o presente momento, os únicos responsáveis pela defesa dos interesses da coletividade, através da substituição processual dos interessados, e sob o preenchimento dos requisitos legais.

Nota-se a função de cunho essencialmente social desempenhada pelo Ministério Público. O *Parquet*, na Constituição Federal, é o membro principal na defesa contra os abusos e ilegalidades realizados em desfavor da coletividade. O que pode ser comprovado ao se verificar que nas poucas ações civis públicas, adentradas em nosso país, quase a sua totalidade têm como propositor o Ministério Público.

Fala-se em poucas ações civis públicas, não como uma forma de criticar a atuação do *Parquet*, mas tendo em vista os obstáculos criados para a proposição das mesmas. Embora haja a necessidade de defesa dos direitos coletivos, as interpretações e o excesso de

formalismo, muitas vezes, se contrapõem à proposição e à continuidade das ações civis públicas, barrando a efetividade da tutela jurisdicional. Isso sem falar nas vezes em que tais ações vão de encontro aos administradores públicos e a outros interesses de grandes empresas ou corporações, o que dificulta, ao máximo, a defesa dos interesses da coletividade.

Tais situações declinadas têm levado a graves perpetuações de injustiça, e mais, têm levado à inércia dos interessados (a sociedade como um todo) na reivindicação dos seus direitos.

Ao mesmo tempo em que realmente, diz respeito ao direito individual, o qual somente visa à defesa de interesses de uma única pessoa, demonstra a necessidade de defesa do mesmo direito por um grupo de pessoas atingidas e /ou lesionadas pelo mesmo tipo de agressão, ao mesmo direito garantido e não respeitado. Faz-se nascer, nessa homogeneidade, a relevância e extensão social que determina sua inclusão junto aos direitos coletivos.

Em razão de seu impacto social - "impacto de massa" - os direitos individuais homogêneos assumem dimensão coletiva e recebem tutela processual diferenciada. Ou seja: seu caráter individual é superado e só voltará assumir relevância na fase de liquidação da condenação genérica.⁹⁶

A atuação do Ministério Público corresponde à legitimação extraordinária, age em nome próprio por causa da específica legitimação que a ordem jurídica lhe conferiu, mas os interesses cuja proteção persegue por meio da ação civil pública pertencem a terceiros (sejam estes determinados, determináveis e indetermináveis) e serão sempre de terceiros. Também, poderá ser superveniente quando houver desistência infundada ou abandono da ação por associação (art. 5º. §3º).

Ainda, quanto à titularidade do Ministério Público, a qual é inconteste quando se trata de direitos difusos e coletivos, quando o direito for individual homogêneo, estes devem

⁹⁶ VENTURI, 2000, *op. cit.* p. 132.

se revestir de indisponibilidade e relevância social, metaindividual, para que a o Ministério Público possa assumir a titularidade da ação.

A relevância social é auferida conforme a natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas), dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos) ou conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular etc). Já a compatibilidade com a função institucional encontra amparo quando o direito ou interesse se relaciona com a ordem jurídica, com o regime democrático, com interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme disposto no artigo 127 da Magna Carta. Mesmo que o interesse tenha caráter disponível será possível a de tutela pelo MP, se houver adequação com tais finalidades.

A constitucionalidade da defesa dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público está no art. 127 da Constituição, na medida em que menciona a defesa dos interesses sociais, e no art. 129, IX, na parte em que autoriza o Ministério Público a exercer outras funções compatíveis com sua finalidade.

O acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV da Constituição, também legitima a atuação do Ministério Público, já que existem lesões individuais que possuem relevância social e só admitem a tutela adequada por meio da ação coletiva.

Concordamos com a posição que afirma não merecer prestígio a idéia de que só em se tratando de direitos individuais homogêneos indisponíveis é que haveria legitimidade do Ministério Público, já que não se pode confundir patrimonialidade com disponibilidade.

A partir do momento em que a lesão a direitos individuais homogêneos adquire dimensão social, supera-se a disponibilidade do direito numa óptica individualizada. Isso em razão de um interesse maior da sociedade em ver essa lesão a direitos tutelada coletiva e genericamente. É como se houvesse uma suspensão da disponibilidade do direito durante a

ação coletiva, voltando essa característica no momento da habilitação para a satisfação de um direito específico, a partir de uma condenação genérica.

Almeida⁹⁷ entende que sempre haverá interesse social na defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, afirmando que

(...) sempre que houver a afirmação de direito pertinente aos interesses ou direitos individuais homogêneos, o Ministério Público poderá atuar, com o ajuizamento *da* respectiva *ação coletiva*. O que ele defende não é o interesse de cada vítima ou de seus sucessores, mas o interesse globalmente considerado que, no caso, é o interesse social, justificado para evitar a proliferação de demandas individuais, a dispersão das vítimas titulares dos direitos e o desequilíbrio jurídico decorrente *da* possibilidade de decisões jurisdicionais contraditórias sobre o mesmo assunto.

A defesa pelo Ministério Público, dessa forma, trata-se de expediente muito importante para o amplo acesso à justiça, e só o fato de que a prestação jurisdicional se torna muito mais célere, otimizada e efetiva, já caracterizaria o interesse social exigido para que possa tutelar a ação coletiva.

Se o direito estiver classificado como individual homogêneo pelo CDC e se enquadrando entre os direitos que podem (ou devem) ser defendidos por meio da tutela coletiva, presume-se que sejam relevantes. Portanto, o valor social a justificar a legitimidade do Ministério Público para a proposição de ações na defesa dos direitos individuais homogêneos está implícito na própria determinação infraconstitucional que o define.

Observa-se, claramente, que este preceito (art. 83 do CDC) não exclui o uso da ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos, seja nos casos expressos, seja em outros não previstos expressamente, como é o caso dos interesses ligados às relações do trabalho em que a defesa dos interesses individuais homogêneos só pode ser exercida por

⁹⁷ ALMEIDA, 2003, *op. cit.*, p. 495.

meio da ação civil pública, sendo impossível a sua defesa por meio das ações civis coletivas, próprias para as relações de consumo.

Válido lembrar que o próprio artigo 1º da Lei 7.347/85, prevendo que a ação civil pública não prejudica o uso da ação popular, sempre seguiu o princípio de que o importante no campo da tutela de interesses meta-individuais é a efetiva proteção do bem jurídico de relevância e interesse social, e quaisquer interesses individuais homogêneos possuem estes caracteres.

Se é verdade que *"a igualdade perante a lei coexiste com uma grande desigualdade perante os tribunais"*, as ações coletivas e a legitimação do Ministério Público servem exatamente para amenizar essa desigualdade e possibilitar uma adequada tutela dos direitos.

Tais disposições são extremamente favoráveis para a efetividade dos direitos coletivos, em apoio ao princípio da economia processual, do acesso à justiça e do Estado Democrático de Direito.

Inegável, também, que o aparelhamento do Ministério Público para a proposição de tais ações é sobremaneira maior do que o dos indivíduos em si, os quais, na maior parte das vezes, não possuem condições financeiras ou técnicas, nem eficiência de informação, não sabem que podem propor as ações cabíveis na defesa de direitos relevantes não só para si, mas para toda a coletividade.

Além do que, conforme já citado, em muitas ocasiões, se defendido unitariamente, apesar da relevância que possuem, os valores econômicos da defesa de tais direitos não autorizariam a tutela unitária dos mesmos, por exceder, em muito, o valor econômico do direito a ser tutelado.

O Ministério Público, além de tudo, é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; tem como função principal a defesa da ordem jurídica, do regime

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e por isso, possui garantias funcionais que auxiliam, de maneira intensiva, a defesa dos interesses em jogo.

Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição.

Assim, não há inconstitucionalidade na defesa pelo Ministério Público de direitos individuais homogêneos, principalmente pelo fato de defender-se em uma só ação o direito de dezenas, centenas, ou até milhares de cidadãos, ao invés de esperar-se a vida unitária, a qual, não se sabe ao certo, se iria materializar-se.

Oportuno destacar a posição do ministro Luiz Fux que, em recente provimento jurisdicional emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, relatou que,

(...) com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve alargamento do campo de atuação do *parquet* que, em seu artigo 129, III, prevê, como uma das funções institucionais do Ministério Público, a legitimidade para promover o inquérito civil e a Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.⁹⁸

⁹⁸ RESP 506511 / MG — Julgado em 25/11/2003.

Nessa linha, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo editou a Súmula nº 7, que, sob nosso prisma, de forma adequada, encerra: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: (a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; (b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; (c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”

Concordamos aqui, com a declinação do Promotor Gregório Assagra de Almeida, quando afirma que exigir “relevante interesse social” para que o Ministério Público possa atuar como fiscal da lei quando não for o autor da ação coletiva é contrariar a redação do art. 127 da CF/88, a qual somente fala em “interesse social”.⁹⁹

Afinal, a atuação jurisdicional coletiva, por si só, possui aspecto de relevante valor social, sendo inerente ao conteúdo dos direitos da coletividade, o interesse social justificador da intervenção do Ministério Público, o qual julgamos de total pertinência na defesa de tais direitos.

Tendo em vista, portanto, o caráter relevante dos interesses que são colocados em juízo, as interpretações lógico-extensivas que admitem a proposição de ações coletivas visando a tutela de interesses individuais homogêneos, tendo como legitimado ativo o Ministério Público, devem ser aceitas pelo ordenamento jurídico.

⁹⁹ ALMEIDA, 2007, *op. cit.*, p.121.

3.15.1 Jurisprudência

PROCESSUAL CIVIL. AUMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. I. Pacífica na jurisprudência desta Corte a orientação de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação pública em defesa dos interesses coletivos, visando a coibir aumento abusivo de mensalidade escolar (art. 81,II, do CDC). II. Precedente da Corte Especial: EREsp n 65.836/MG, Relator Ministro Paulo Costa Leite, DJ de 22.11.1999. III. Recurso conhecido e provido. 4 Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Súmula n 643 do STF: “O Ministério Público tem legitimidade para promover Ação Civil Pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares.”

1.TACivSP - MINISTÉRIO PÚBLICO - Ação civil pública - Interposição visando a proteção jurídica do universo de contribuintes municipais sujeitos à tributação ilegal - Legitimidade ad causam - Caracterização de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos de origem comum - Inteligência dos arts. 129, III, da CF, 21 da Lei 7.347/85 e 81 da Lei 8.078/90. TAXA - Coleta de lixo - Valor do tributo calculado em função da divisão da totalidade das despesas efetivamente apuradas na execução dos serviços, pelo somatório da quantidade de imóveis edificadas no Município - Admissibilidade da cobrança, pois caracterizado serviço uti singuli, atendendo os requisitos de especificidade e divisibilidade previstos nos arts. 145, II, da CF e 77 do CTN. (RT 763/238)

1.TACivSP - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Ministério Público - Impugnação da cobrança de tarifas por serviços de água e esgoto - Legitimidade ad causam - Ação que serve para a defesa dos interesses metaindividuais, sejam eles coletivos difusos ou individuais homogêneos e que reclamem a defesa simultânea desses - Possibilidade de o Parquet defender o interesse comum da coletividade de munícipes que se sujeitam à cobrança de taxas municipais. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Desistência - Inocorrência - Parecer da Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso - Inexistência de desistência da ação por parte do Ministério Público, em razão da impossibilidade de o autor desistir, depois de decorrido o prazo de resposta e da ausência de hierarquia funcional dos membros do órgão ministerial. SERVIÇO PÚBLICO - Água e esgoto - Prestação de serviços que se dá sob o regime do Código de Defesa do Consumidor - Cobrança de tarifas com o intuito de financiar obra pública, sem a prestação efetiva dos serviços - Ilegalidade - Regime tarifário que se caracteriza pela adesão voluntária e a comutatividade das prestações. SERVIÇO PÚBLICO - Água e esgoto - Ilegalidade de lei complementar que não dispõe sobre os termos de

concessão do serviço - Omissão que fere gravemente os direitos do contribuinte, como consumidor. (RT 802/237)

STF - MINISTÉRIO PÚBLICO - Legitimidade ad causam - Ação civil pública - Arrendamento mercantil - Leasing - Demanda interposta pelo Parquet visando amparar direitos individuais homogêneos de consumidores - Admissibilidade - Irrelevância quanto à espécie de contrato firmado se configurada relação de consumo. (RT 828/164)

AGRAVO INTERNO. SEGUROS. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. Defesa de interesses individuais homogêneos, via ação coletiva. Legitimidade do Ministério Público, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Caracterização do direito pleiteado como individual homogêneo. (...) Agravo interno improvido. (Agravo Interno nº 70012763470, 5ª Câmara Cível do TJ/RS, Rel. DES. PEDRO LUIZ RODRIGUES BOSSLE, j. 15/09/2005)

3.16 Princípio da não taxatividade da ação coletiva

Por tal princípio qualquer direito coletivo poderá ser defendido por meio de ação coletiva. Modificou-se, aqui, as regras de taxatividade tão conhecidas para que se pudesse propor ações coletivas, como por exemplo, na Ação Civil Pública e no Mandado de Segurança Coletivo. Inegavelmente, tais ações “escolhiam” o direito tutelado.

Novamente se vê o respeito para com o acesso à justiça, como princípio a modificar a segregação dos que não têm condições de propor ações judiciais em defesa de seus direitos. Proporciona-se uma maior gama de defesas, inclusive e principalmente, relacionadas aos direitos de pequena monta pecuniária, os quais não poderiam ser defendidos individualmente, tendo em vista a inviabilidade das ações individuais para a defesa dos mesmos.

Nítida se faz, ainda, a ligação com o princípio do Estado Democrático de Direito, uma vez que, o exercício da cidadania plena inclui a defesa dos direitos de cada um, e a

utilização do Poder Judiciário na efetivação dos direitos normatizados, em especial, dos direitos fundamentais.

A incompreensão dos conceitos de direitos coletivos (individuais homogêneos, coletivos e difusos), não raras vezes, nega proteção judicial a direitos que “não se enquadram” entre as pretensões admitidas pelas principais e rígidas formas atuais de defesa coletiva no Brasil: a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Inegavelmente tal situação contribui para a inefetividade do sistema de defesa coletiva do país.

Existem aqueles que simplesmente não admitem a tutela coletiva quando o direito material perquirido se tratar de direito patrimonial disponível, o que é engano, pois tais pretensões, ainda que não sejam de caráter consumerista, podem se revestir de caráter não só coletivo, mas de relevância social e política para toda a coletividade.

Além do que, a Constituição Federal garante a toda pretensão a tutela jurisdicional adequada, ou, ao menos, a tutela jurisdicional com a apreciação do direito lesionado ou com ameaça de lesão. A atipicidade dos direitos a serem tutelados, portanto, tem gênese constitucional (art. 5, XXXV), sendo a disposição contida no Anteprojeto, corolário de tal normativa.

Desta feita, ainda que os conceitos metaindividuais não sejam pacíficos, tal conceitualismo não pode restringir o emprego das ações coletivas para a defesa dos direitos coletivos lesionados.

Em sendo assim, a garantia constitucional da inafastabilidade, é instrumento apto para imunizar qualquer restrição ou obstrução do acesso à justiça, os quais agiriam através da taxatividade dos direitos a serem tutelados pelas normas coletivas.

Não há o que se confundir, aqui, os juízos especializados e a prioridade dos processos coletivos, com a natureza dos processos em que a defesa coletiva é permitida.

A criação dos juízos especializados tem como objetivo a estruturação e a preparação para o julgamento da matéria coletiva, com suas especificidades, e não a inclusão ou não de determinadas matérias (taxatividade) junto ao processo coletivo.

Os resultados práticos da não taxatividade das ações coletivas, traduz-se em princípio de grande poder para a popularidade das ações coletivas, dando acesso jurídico para grupos de pessoas que anteriormente não tinham acesso à justiça, ou que não são representados devidamente nos poderes políticos do Estado.

Tal princípio possui, por fim, conexão com os princípios da representatividade adequada e da máxima efetividade do processo coletivo, eis que, ambos realçam a importância da defesa coletiva para a garantia dos direitos do indivíduo.

A junção de tais princípios faz com que a defesa dos interesses e dos direitos coletivos, seja muito mais eficaz, aumentando a gama de litígios coletivos, em detrimento, do aumento dos dissídios individuais, diminuindo o afogamento do judiciário e, proporcionando decisões mais justas e equânimes.

Sustenta-se presentemente – reitera-se – que para a efetividade da tutela jurisdicional coletiva brasileira interessa menos descobrir de que tipo de direito se trata (se difuso, coletivo ou individual homogêneo) do que analisar, concretamente, a admissibilidade do processamento da pretensão deduzida pela via coletiva. Ou seja, o que importa efetivamente, é a verificação da conjugação entre a presunção de legitimação (*ex lege*) da entidade autora e a verificação do interesse em se obter, concentrada e indivisivelmente, resposta jurisdicional a pretensões processuais transindividuais (...), para fins de viabilização da tutela coletiva.¹⁰⁰

E ainda:

Assim, no intuito de eliminação da confusão terminológica na qual por vezes ainda se incorre, melhor seria reunirem-se sob a expressão “ação coletiva” todas as demandas à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais

¹⁰⁰ VENTURI, 2000, *op. cit.*, p. 93.

homogêneos, eis que assim se destacaria o essencial traço distintivo entre as ações de índole individual e meta-individual.¹⁰¹

3.17 Princípio da ampla divulgação da demanda e dos atos processuais

A publicidade faz parte da essência do processo. A notoriedade é necessária na realização dos atos e procedimentos jurisdicionais, devendo haver a publicidade no processo e do processo.

Tal situação, tendo em vista a relevância dos direitos buscados, com muito mais propriedade, deve ser levada em consideração na defesa dos direitos coletivos, os quais devem ser amplamente divulgados, para que os legitimados possam ter conhecimento da situação em que se encontram, efetivando a tutela coletiva.

Funciona como expediente apto à fiscalização, proporcionando maior segurança no controle dos atos judiciais, contra abusos e arbitrariedades.

Aliás, no Brasil, via de regra, o processo é público, ficando restringida a publicidade apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, conforme o que determina a Constituição Federal, ou nos casos de segredo de justiça, estabelecidos em lei. Informa-se, aqui, que também são de ordem constitucional os preceitos que limitam a publicidade, a qual, não é (como nada no direito) absoluta.

Mitidiero afirma que: “a publicidade é uma das características do devido processo legal brasileiro (arts. 5º, LIV, LX e 93, IX, CRFB), constituindo um dos pilares constitucionais de nosso formalismo processual”.¹⁰²

¹⁰¹ *Idem*, p. 94.

¹⁰² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. Tomo II, (arts. 154 a 269).

Tal princípio, de extrema importância para a concretização do devido processo legal, em nível constitucional, encontra-se nos artigos abaixo citados:

a) no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal;

b) no art. 5º, inc. LX, da CF, verbis: “...LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”;

c) no art. 37, caput, da CF;

d) no art. 93, inc. IX, da Carta Federal.

No direito processual civil (tradicional/individualista), o princípio da publicidade encontra previsão nos artigos 155 e 444, do diploma processual vigente.¹⁰³

Ainda, o artigo 94 do Código do Consumidor (lei 8078/90), estabelece que, os órgãos encarregados da defesa do consumidor (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) devem promover a publicidade complementar, embora na prática, sabe-se que isso não vem ocorrendo.

Na verdade, a maior parte dos legitimados a pleitear judicialmente os direitos coletivos desconhecem os meios e a forma de fazê-lo, por tal motivo, há uma maior necessidade de divulgação dos atos, sob pena de tornar letra morta as previsões contidas nos instrumentos aptos a resolver o processo coletivo.

Deve-se, assim, através da publicidade dos atos, espalhar-se o conhecimento sobre estes instrumentos que garantem a tutela coletiva, e isto se fará de formas diferentes para cada direito coletivo infringindo, conforme a tutela adequada à defesa de cada um.

¹⁰³ Art. 155 - Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

Art. 444. A audiência será pública; nos casos de que trata o artigo 155, realizar-se-á a portas fechadas.

Vê-se, em nosso entendimento, a necessidade de disseminação do conhecimento sobre os direitos coletivos e os instrumentos para efetivá-los, auxiliando os legitimados nas possíveis ações coletivas a serem propostas em defesa de seus direitos, de modo a possibilitar a efetiva aplicação dos instrumentos disponíveis para concretização de tais direitos.

Assim, nas ações coletivas, através da publicidade dos atos, as partes e interessados podem informar-se sobre os atos dos processos e, desta forma, tomarem as devidas providências para garantir seus direitos e para que os atos que realizarem, realmente surtam os efeitos devidos.

Se não fosse o princípio da publicidade, muitos dos atos necessários à defesa de direitos, não teriam sido praticados pelas partes interessadas, porque não saberiam da necessidade de realização de tais atos (como por exemplo: a testemunha que não é devidamente intimada para a audiência de instrução, com quase toda certeza, não compareceria nesta e, desta feita, a verdade do processo estaria prejudicada; as partes não teriam como recorrer a uma sentença, se não estivessem intimadas, cientes de seu conteúdo).

Importante destacar, ainda, que o princípio da publicidade dos atos trata-se de sustentáculo inegável do Estado Democrático de Direito e da efetivação da instrumentalidade substancial das formas.

Atualmente, nota-se uma interação dos meios aptos a produzir a publicidade dos atos, inclusive os meios eletrônicos, que propiciam uma globalização e conhecimento célere e amplamente difundido dos atos relacionados com o processo.

Devemos admitir que, ainda, que haja a insegurança dos atos realizados dessa forma, tal situação é um avanço jurídico, na medida em que facilita o acesso ao processo pelas partes.

3.17.1 Jurisprudência

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR. CAUTELAR INOMINADA PRETENDENDO IMPEDIR A DIVULGAÇÃO DE AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ENTIDADE DE DEFESA DO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL DE AMPLA DIVULGAÇÃO. CONCESSIONÁRIAS DE AUTOMÓVEIS. COBRANÇA DE ÁGIO NO FRETE. Artigo 87 do CDC: em tais ações coletivas existe a prerrogativa de isenção do pagamento das custas, justamente procurando facilitar o acesso à justiça e a defesa dos direitos dos consumidores. Recurso conhecido. Artigo 94 do CDC: Proposta a ação, será dada ampla divulgação pelos meios de comunicação social e por parte dos órgãos de defesa do consumidor. Nestas condições, não há como perdurar a decisão que, em sede de pedido liminar, determinou a abstenção de divulgação, pelo site, da associação legitimada a tal. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70010559482, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 30/03/2005)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDOS FORMULADOS EM FACE DOS INVASORES E ADQUIRENTES DE LOTES DA ÁREA EM QUESTÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. Tendo todos os pedidos constantes da inicial da ação sido efetuados em face do ente público, este é o legitimado passivo, em que pese o autor também tivesse por réus os ocupantes da área de preservação. Nada impede sua intimação, a requerimento do Ministério Público, quando poderão vir a defender eventuais interesses pelos meios próprios e cabíveis, atendendo-se o princípio da publicidade das ações coletivas. AGRAVO DESPROVIDO.

(Agravo de Instrumento Nº 70022287049, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 28/02/2008)

3.18 Princípio da indisponibilidade temperada da ação coletiva

O princípio afirma que a indisponibilidade da ação coletiva não é absoluta. Pode ser disponível se no curso da referida ação, surgirem fatos comprometedores de seu êxito, restando a questão superada, ou insuficiente, ou inadequada ou erroneamente intentada, de modo a fundamentar a não continuidade da ação coletiva em trâmite.

O exame de conveniência (em prosseguir ou não com a ação coletiva) em nada viola o dever de agir, no entanto pressupõe, através de análise axiológica e normativa, o interesse público na continuidade da ação, a qual deverá possuir uma justa causa para que tenha continuidade.

Assim, desde que se convença de que não há ou nunca houve a lesão apontada, poderá o Ministério Público desistir da ação civil pública sem quebra de dever de agir que está presente nas hipóteses contrárias, quando identificada a existência da lesão. Tal desistência/abandono, no entanto, deverá ser obrigatoriamente fundamentada, a ponto de justificar tal decisão pela instituição do Ministério Público. É o que dispõe o art. 9º, da Lei 7.347/85.

Entendemos tal princípio como a maneira correta para o tratamento da desistência da ação coletiva proposta, porque, apesar da relevância do tema a justificar a obrigatoriedade de sua continuidade, esta não teria cabimento nos casos em que, nitidamente, o direito pleiteado ou o objetivo da demanda não seriam alcançados, o que acarretaria desperdício da máquina judiciária em prol de ação sem utilidade para a sociedade e para a realização dos escopos do ordenamento jurídico que a rege.

A desistência/abandono da ação, no entanto, não significa renúncia ao direito lesado, ou supostamente lesado, objeto, pois, da ação coletiva proposta (art. 169, V do CPC). Se assim fosse haveria disponibilidade do direito material, o que é vedado ao Ministério Público, que tem legitimidade extraordinária na propositura da ação, e não pode, por este motivo, dispor de direito do qual não possui titularidade (art. 6, CPC).

3.19 Princípio da continuidade da ação coletiva

Complementa o descrito quando mencionado o princípio da indisponibilidade temperada da ação coletiva, determinando que; tendo em vista a relevância dos direitos defendidos, a litigiosidade contida e a essencialidade para com a concretização da transformação social através do processo; a ação coletiva não comporta a simples desistência e/ou abandono infundados pela partes, a ponto de extinguir o processo, como acontece no processo individual (a desistência deve ser motivada e, a ação deve não mais interessar à coletividade).

Não acontece no processo coletivo, assim, a extinção sem julgamento do mérito, normatizada pelo artigo 267, I e II do CPC, por intermédio da contumácia bilateral ou unilateral.

A perempção também não pode ser aceita no que se refere à prestação jurisdicional coletiva, pois a titularidade da ação permite que a mesma seja reproposta, já que não há como impedir ao cidadão o acesso à justiça e a defesa de seus direitos, ao menos que já se tenha julgado o mérito da ação e esta tenha sido julgada improcedente (com ressalva a improcedência por falta/insuficiência de provas).

Vê-se o respeito à ordem jurídica justa e a defesa dos direitos fundamentais intimamente ligados à tutela jurisdicional coletiva, com a continuidade da ação em benefício dos demais tutelados, eis que, os direitos em conflito visam a satisfação da ordem jurídica e não somente do requerente.

Assim, em havendo a desistência por um dos legitimados, quando da propositura da ação (do legitimado que a propôs), deve a mesma ser continuada sobre o controle de outro legitimado ativo, não havendo com a desistência ou abandono, a extinção da ação sem julgamento do mérito.

Julgamos tal princípio de extrema importância para o julgamento e a eficácia das ações ora mencionadas, uma vez que, os interesses por ela tutelados dizem respeito não somente ao legitimado que propôs a ação, mas a toda a coletividade, e esta, merece a resolução da lide com a decisão judicial a respeito do direito discutido.

3.20 Princípio da obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença

A execução da sentença, referente à processo coletivo, deverá ser obrigatoriamente executada. Desta feita, quando o autor da ação coletiva (os membros ou a pessoa física legitimada – representante adequada) quedar-se inerte por mais de sessenta dias, a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória, o Ministério Público tem o dever de promover a execução dessa sentença, em atendimento ao princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, conforme art. 15 da LACP. Aos demais co-legitimados, essa execução é facultativa.

Pelo Anteprojeto, essa obrigatoriedade persiste.

Aqui, novamente, se vê a supremacia do interesse coletivo sobre o particular. Mesmo que a parte não opte por exercer a faculdade da execução forçada de seu direito reconhecido pela sentença, o Ministério Público deverá promover tal execução, em benefício de toda a coletividade (a qual, no caso, representa subsidiariamente).

Tal situação revela também uma preocupação com os princípios do acesso à justiça, e, principalmente, da economia processual, tendo-se em vista que de nada adiantaria a resolução de procedência de um processo coletivo, evitando-se várias demandas individuais repetitivas, se o resultado prático de tal ação não é efetivado. Justifica-se, assim, a obrigatoriedade exigida em lei.

3.21 Princípio da extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem*

A coisa julgada, em nosso ordenamento jurídico, possui proteção constitucional e infraconstitucional.

A Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". É uma mensagem de carga indicativa no sentido de que a lei, em sua expressão maior, não há, ao entrar no mundo jurídico, de produzir eficácia, em nenhuma hipótese, que leve a causar qualquer diminuição aos limites da sentença transitada em julgado.

Pode ser material quando há julgamento do mérito, e que ocasiona a coisa julgada relativa a todo e qualquer processo referente ao mesmo pedido e às mesmas partes e, formal, quando não há julgamento de mérito, ocasionando a coisa julgada "endoprocessual", ou seja, apenas daquele processo.

Cumprindo esclarecer, para fins argumentativos, em nosso trabalho, que, na sistemática do Código de Processo Civil, existem os chamados efeitos naturais, reflexos e anexos da sentença, que nada mais são que a ressonância de uma decisão com trânsito em julgado no âmbito das partes e de terceiros.

Como efeito natural de sentença, encontra-se a impossibilidade de as pessoas estranhas ao processo não reconhecerem a autoridade da decisão.

A sentença, como ato coercitivo e imperativo, ditado por um órgão do Estado, reivindica, naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado para um caso determinado.

As partes, como sujeitos da relação a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem a sua eficácia, mas não há motivo que exima os terceiros de sofrê-la

igualmente. Uma vez que o Juiz é o órgão ao qual o Estado atribui o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam.

Certamente, muitos terceiros permanecem indiferentes em face à sentença que decidiu somente a relação que em concreto foi submetida ao exame do Juiz: *mas todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença*, efeitos que, efetivamente, é para todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo, porque para todos contém-se na decisão, a atuação da vontade da lei no caso concreto.

Os efeitos reflexos seriam aqueles que recairiam sobre terceiros que, de alguma forma, seriam atingidos pela eficácia da sentença. Logo, figurariam como interessados de fato ou juridicamente. Estes últimos se distribuem em três categorias: a dos com interesse igual ao das partes; a dos com interesse diverso do das partes, mas dependente da relação jurídica do processo; a dos interesses no resultado favorável de uma das partes, sem terem, todavia, pretensão sobre o objeto material do conflito submetido, pelo autor, ao juiz.

Há, ainda, o efeito anexo, que se difere do reflexo, porquanto é previsto na lei ao contrário daquele, sendo, ainda, insuscetível de inoccorrência. Exemplo disso é a hipótese prevista no art. 466, do Código de Processo Civil Brasileiro.

Salienta-se por fim que, conforme a disciplina do CPC, a coisa julgada tem como efeitos a imutabilidade (excepcionando-se as hipóteses de ação rescisória) e a indiscutibilidade do teor da parte dispositiva da sentença, operando-se tais efeitos, via de regra, apenas entre as partes litigantes (com a ressalva da parte final do art. 472).

Esta é a lição básica assinalada pelo modelo tradicional do diploma processual civil. A princípio, segundo os ditames do direito individual, a coisa julgada somente possui efeitos entre as partes da demanda, segundo o que determina o art. 472 do CPC.

Em se tratando de direitos difusos ou coletivos, existem diferenças no que se refere a coisa julgada, sendo que a coisa julgada, para os interesses difusos, se opera *erga omnes*, ou seja, em relação à sociedade como um todo, porque impossível determinar os sujeitos diretamente interessados. Quanto aos interesses coletivos, a coisa julgada se opera *ultra partes*, porque, além das partes formais (autor e réu), atinge a todos os sujeitos da lide, que são determinados, enquanto integrantes de um grupo, classe ou categoria de pessoas com interesses em comum e por isso determináveis.

A coisa julgada, tendo em vista as modificações ocorridas no direito tradicional, teve que ser modificada para se adequar aos perfis das ações coletivas, pois tais situações envolvem mais de um legitimado, devendo por tal motivo possuir eficácia além das partes do processo, mais abrangente, de forma a amparar todos aqueles que possuem o direito pleiteado.

Os efeitos da coisa julgada, então, estenderam-se de forma a amparar todas as pessoas ligadas aos aspectos fáticos e jurídicos da pretensão colocada em litígio, somente desta forma, estaria havendo o efetivo acesso à justiça por parte dos indivíduos que necessitam da prestação jurisdicional a ser prestada.

Até o advento da Lei Federal nº 4.717/65, não havia previsão, no ordenamento positivo brasileiro, de eficácia *erga omnes* de sentença, predominando a repercussão *inter pars* da *res judicata*.

Com o surgimento da tutela coletiva, no âmbito das leis extravagantes, a consagração do efeito *erga omnes* se faz, consagrando-se pela primeira vez, com a lei da ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 18) e tendo sido ligado sempre às ações coletivas, vez que, após àquele instrumento normativo, seguiu-se a lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art. 16), a lei que versa sobre a responsabilidade por danos causados por investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89, que, no art. 3º, determinou a aplicação da Lei nº 7.347/85, no que couber), a lei que dispõe sobre a tutela de pessoas portadoras de deficiência

(Lei nº 7.853/89, art. 4º) chegando-se finalmente, ao Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90, art. 103).

Assim, com o aparecimento das ações de cunho coletivo, como a ação popular e a ação civil pública, antes do advento do CDC, além de se prever o efeito *erga omnes* das decisões em feitos dessa natureza, devido ao fato de o bem jurídico tutelado não poder receber tratamento de divisibilidade por afetar toda uma coletividade, excepcionou-se a improcedência da pretensão por deficiência de provas; hipótese em que não se opera o mencionado efeito, além de facultar-se aos legitimados renovar a ação. Trata-se, na realidade, da condicionante *secundum eventus litis*, ou seja, de acordo com o deslinde da controvérsia, somente para a hipótese de insuficiência de provas.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, criou uma outra categoria de direitos e interesses de dimensão coletiva, que são dos direitos e interesses individuais homogêneos, os quais, diferentemente dos difusos e coletivos, comportam divisão e podem ser exercidos, outrossim, individualmente por seus respectivos titulares.

Vejamos as disposições referentes a coisa julgada, ditadas pelo CDC.

Primeiramente, o CDC elenca, no inciso I do art. 103, a eficácia *erga omnes*, estendida a todos os titulares de direitos difusos, ou seja, àqueles que não possuem definição quanto aos seus titulares (CDC, art. 81, I). Tal eficácia, contudo, deixará de ser válida para todos na medida em que for julgada a ação improcedente por insuficiência de provas. É de bom alvitre ressaltar-se que a expressão “todos” compreende apenas aqueles legitimados do art. 82 do CDC, sendo para eles destinada tal norma.

Em seguida, o Código do Consumidor, no inciso II do artigo acima citado, nomeia como sendo *ultra partes* o efeito estendido para aqueles titulares de direitos chamados pela doutrina de “coletivos”, cujo titular é encontrado na expressão de um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas (CDC, art. 81, II). Na verdade, esta eficácia *ultra partes* deve

ser entendida como uma espécie de eficácia *erga omnes*, abrangendo, contudo, um agrupamento determinado, onde a coisa julgada encontra o seu limite, valendo para este caso, também, a regra da não-extensão da imutabilidade por julgamento improcedente fundado em insuficiência de prova.

Por último, o legislador, no inciso III do mencionado artigo do diploma legal já exaustivamente citado, atribui efeito *erga omnes* (retornando agora com o *nomen iuris* primeiramente utilizado) e, apenas em caso de procedência do pedido, para as hipóteses de defesa de interesses individuais homogêneos, constituindo-se seus titulares por pessoas cujos interesses possuam origem comum (CDC, art. 81, III).

Vê-se que, para garantir a tutela coletiva dessa nova espécie de direitos e interesses, bem como reforçar a proteção aos direitos e interesses difusos e coletivos, o legislador não só preservou a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, aliando-a ao resultado favorável da controvérsia, ou seja, *secundum eventus litis in utilibus*, nos casos de procedência, como alargou a possibilidade de propositura de ação individual, quando da improcedência da pretensão coletiva.

Grinover, em sua análise aos incisos I e II do artigo 103 do CDC, distinguiu resumidamente as três situações aplicáveis aos interesses difusos e coletivos:

a) o pedido formulado na ação coletiva é acolhido: “a sentença prevalece em definitivo, perante todos os membros da coletividade, que podem valer-se da coisa julgada em benefício de suas pretensões individuais”. Quer isto dizer que a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, no caso de interesses difusos, e perante todos os membros da categoria ou classe ligados pela relação jurídica base, na hipótese de interesses coletivos.

b) o pedido rejeitado, pelo mérito: os efeitos produzem-se *erga omnes* em relação a todos os entes e pessoas legitimados pelo art. 82, de sorte que fica impedido o ajuizamento de nova ação coletiva, pelo mesmo fundamento. Mas não fica preclusa a via às ações individuais,

com autêntico fundamento, por iniciativa dos titulares de interesses e direitos pertencentes individualmente aos integrantes da coletividade.

c) o pedido é rejeitado por insuficiência de prova: a sentença não se reveste da autoridade da coisa julgada material e qualquer legitimado (inclusive aquele que havia intentado a primeira demanda) poderá renovar ação, com idêntico fundamento.

A coisa julgada para os interesses difusos se opera *erga omnes* (em relação a sociedade como um todo, porque impossível determinar os sujeitos diretamente interessados), enquanto que em relação aos interesses coletivos a coisa julgada se opera *ultra partes*, porque além das partes formais (autor e réu) atinge a todos os sujeitos da lide, que são determinados, enquanto integrantes de grupo, classe ou categorias de pessoas com interesses diferenciados e por isso determináveis.

A coisa julgada *ultra partes* se dá de acordo com a previsão legal *secundum eventum litis*, isto é, depende do resultado do julgamento. Se o julgamento for pela procedência, a coisa julgada *ultra partes* ocorre impedindo a repropositura de ação coletiva sobre a mesma lide, muito embora, diante do conteúdo favorável da decisão, não se possa imaginar a possibilidade de repropositura de ação coletiva, pois não mais haverá interesse de agir.

No caso de improcedência da ação, entretanto, a lei distingue duas situações: a) se a improcedência se deu com fundamento nas provas apresentadas, a coisa julgada também ocorre, impedindo que qualquer ente coletivo ajuíze outra ação com o mesmo objeto; b) se, todavia, a improcedência se deu por falta de provas, aí não se opera a coisa julgada, podendo ser proposta outra ação com fundamento em novas provas, ainda que tenha o mesmo objeto (mesmo pedido, mesma causa de pedir).

A coisa julgada *erga omnes* se opera *secundum eventum litis* nas mesmas condições antes examinadas, porque em caso de improcedência da ação por falta de provas, qualquer

ente coletivo poderá propor outra ação para a proteção do mesmo interesse difuso (mesmo pedido, mesma causa de pedir).

Sem prejuízo, nos termos do disposto no § 1º do art. 103 do CDC, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses individuais dos integrantes da coletividade, os quais poderão promover ações pessoais de natureza individual, após a rejeição da demanda coletiva (ver sobre litispendência abaixo declinado). Tal fato se aplica para todos que se encontrarem em situação idêntica, não sendo plausível a aplicação da restrição de território, contida na Lei 9.494/97.

Ou seja, se o dano é de âmbito nacional, por exemplo, uma publicidade enganosa, um contrato bancário de adesão, um remédio falso produzido em todo o Brasil, a indivisibilidade dos interesses difusos ou coletivos "stricto sensu", que emerge das situações *fáticas, reais, concretas, materiais*, necessariamente fará com que eventual sentença de procedência *abranja exatamente a mesma extensão do objeto litigioso examinado pelo Poder Judiciário*.

De fato, como algo indivisível poderia ser dividido por uma regra que diz que a sentença se restringirá "à competência territorial do órgão prolator"? Pois, se a coisa julgada das supras referidas sentenças se limitasse à competência territorial do órgão prolator e tal competência se restringe a um Estado da Federação, obviamente estaria sendo dividido, por regra de processo (ficção, criação jurídica), o que é indivisível no mundo da realidade, da matéria.

A Lei nº 9.494/97, portanto, sem dúvida, fere os princípios básicos do diploma processual civil e da coisa julgada, pois intenta criar uma limitação à ampla, rápida e eficaz defesa dos consumidores vulneráveis, haja vista que busca fazer com que várias ações com o mesmo objeto e interesses lesados sejam propostas em juízos diversos, quando apenas uma seria necessária.

Assim, desconsiderar a sentença "erga omnes" de uma ação coletiva de consumo, não a estendendo para todos os lugares e para todos aqueles que tenham sido lesados pela mesma circunstância fática (interesse difuso) ou relação jurídica base (interesse coletivo "stricto sensu") é, sem dúvida, não efetivar a defesa do indivíduo e não permitir que os cidadãos exerçam os direitos que efetivamente possuem, com a eficácia que lhes é garantida, inclusive, constitucionalmente.

Deverá ser observado, ainda, quanto aos efeitos da coisa julgada *erga omnes e ultra partes*, o disposto no art. 104 do CDC, o qual estabelece que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, porém, os efeitos da coisa julgada *erga omnes e ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação.

Faz-se tão somente uma ressalva no que concerne aos direitos individuais homogêneos: quem interviu na qualidade de litisconsorte necessário na demanda coletiva está impedido de promover a citada ação individual (art. 103, § 2º, CDC).

Em sendo assim, procedente uma pretensão coletiva que verse sobre direitos e interesses individuais homogêneos, cada um dos titulares poderá habilitar-se para promover a execução do julgado, concernente ao que lhe couber individualmente. Na hipótese de improcedência, veda-se a renovação da ação nos aspectos coletivos, mas não se impede a propositura de uma nova, pelo titular do direito, para buscar o ressarcimento pelos danos individuais, se o autor não figurou como litisconsorte no processo coletivo.

Desta feita, nas ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes e ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação.

O que se verifica é ser possível a concomitância de ações coletivas e ações individuais, que versem sobre interesses e direitos difusos e coletivos, sem que isso venha caracterizar litispendência, no entanto, o autor da ação individual terá de optar por prosseguir com a sua pretensão, sujeitando-se à decisão a ser prolatada, seja lá qual for, ou pedir, em trinta dias, a contar da ciência da demanda coletiva, a suspensão do processo individual. Se escolher a primeira hipótese, estará excluído dos efeitos da decisão coletiva, ainda que favorável. Se eleger a segunda hipótese, aguardará o deslinde da controvérsia coletiva e, se procedente, beneficiar-se-á com a decisão; se improcedente, prosseguirá com a sua ação individual.

Com base no comando normativo do art. 104 do CDC, um autor de ação individual, cuja sentença tenha sido desfavorável no mérito, mas que ainda não tenha transitado em julgado, poderá ter estendidos os efeitos de uma decisão favorável, que verse sobre o mesmo objeto, lavrada em sede de ação coletiva, se pedir o sobrestamento do processo individual no prazo estipulado pelo artigo em epígrafe.

Em apoio o mestre Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

A extensão dos efeitos foi regulada, em parte, *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do julgamento. No caso do pedido ser julgado procedente, haverá sempre a ampliação subjetiva da eficácia. Mas, do contrário, quando a pretensão for negada, o tratamento será diverso, conforme esteja em jogo interesses essencialmente coletivos (interesses difusos ou coletivos em sentido estrito) ou individuais homogêneos. Em relação aos primeiros o pedido julgado improcedente não será vinculativo, para todos os interessados e legitimados, apenas se o resultado desfavorável decorrer da falta ou insuficiência de provas.

Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, contudo, não há qualquer reserva. Assim, o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos erga omnes, o que deve ser criticado, pois viola o princípio da isonomia (...).¹⁰⁵

No Anteprojeto, a disciplina que dispõe sobre a coisa julgada encontra-se no art. 12, para todos os direitos, sendo eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a coisa

julgada será sempre *erga omnes* e atingirá a todos, indistintamente, só não haverá tal resultado se a sentença for de improcedência pela insuficiência de provas (em que a demanda poderá ser proposta).

A distinção contida no Código de Defesa do Consumidor, já citada, inexiste nas normas do Anteprojeto.

Por fim, no Anteprojeto, embora a previsão seja bastante próxima à contida no CDC e, atualmente, vigente em nosso ordenamento jurídico, a coisa julgada *secundum eventum litis* é atenuada nas hipóteses em que a demanda tiver sido proposta por sindicato, na condição de substituição processual de categoria, quando se tratar de direitos individuais homogêneos, hipótese em que o resultado da demanda se estenderá a todos os interessados.

3.21.1 Jurisprudência

Primeiro, porque a nova redação dada ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, pela Medida Provisória nº 1.570-5, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97, não poderia restringi-la aos limites da competência territorial do órgão julgador, por ser flagrantemente inconstitucional, por ofensa aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da isonomia, pois fulmina o principal objetivo de uma decisão coletiva, isto é, a eficácia *erga omnes* irrestrita. Segundo, porque não constitui critério determinante da extensão da eficácia da decisão na ação civil pública a competência territorial do juízo, mas a amplitude e a indivisibilidade do dano que se pretende evitar. Terceiro, porque a alteração do art. 16 da Lei nº 7.347/85, ainda que constitucional fosse, restou inócua, tendo em vista que a Lei nº 9.494/97 não alterou o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor – CDC que dispõe sobre os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* das sentenças e aplica-se, face ao art. 117 do CDC a todas as ações civis públicas e não somente àquelas que versem sobre relação de consumo, como deflui das razões aduzidas pelo autor.”(Exmo. Sr. Juiz Federal Edmilson da SilvaPimenta da 3ª Vara da Secção Judiciária Federal de Sergipe, em processo movido pelo Estado de Sergipe contra uma instituição financeira de âmbito nacional em sede de tutela antecipada. No caso concreto, proibia-se o idoso de ter acesso ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, e se questionou o âmbito dos efeitos de uma possível tutela final procedente para o Estado de Sergipe em ação civil pública envolvendo direito coletivo *stricto sensu*, cujo raciocínio também

serve para os direitos *diffusos*. A decisão reconheceu a legitimidade nacional dos entes federados afastando uma interpretação restritiva falsamente imposta pelo artigo 16 da Lei da ACP - Processo nº 2004.85.00.4624-1 - Classe 5023 - 3ª Vara, Ação Civil Pública. Partes: Autor(a): ESTADO DE SERGIPE; Ré(u) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL –CEF.

Publicada

no site <http://www.jfse.gov.br/decisoes/administrativas/decadm2004/decadmedm2004850046241.htm>.

3.22 Reparação dos danos materiais e morais

No que diz respeito aos danos materiais e morais, a tutela coletiva também delineou nova feição, deixando de apresentar um dano com aspecto individual para que surgisse, de acordo com critérios axiológicos da coletividade, o dano essencialmente coletivo.

A responsabilidade civil, que, anteriormente, somente se destinava à proteção dos direitos privados, passou também a proteger interesses de cunho próprio da coletividade, consagrando a dinâmica conhecida da teoria da responsabilidade civil, a qual, conhecidamente, se molda em conformidade com a realidade dos direitos protegidos.

A responsabilidade do dano coletivo deve estar focada nos danos produzidos contra um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, e, portanto, não pode ser aplicada a aquela o mesmo tipo de procedimento para a exigência de provas, legitimidade de agir e coisa julgada, principalmente quanto à extensão desta.

O dano coletivo, tendo em vista a sua amplitude, assume uma conotação muito relevante para a sociedade como um todo, sendo seu ressarcimento uma forma de luta contra abusos e injustiças efetivados em desfavor da coletividade.

A violação de um direito coletivo, caracterizado pela indivisibilidade e indeterminabilidade de seus titulares, acarreta ao causador do dano o dever de repará-lo

integral e coletivamente, o que conduz à própria transfiguração da natureza da reparação envolvida.

Os danos individuais materiais, via de regra, não se presumem, devem ser comprovados para que sejam ressarcidos, o que o difere dos danos referentes aos direitos coletivos, ou seja, dos danos que atingirem a coletividade, os quais se presumem, não necessitando de prova de seu exato contorno e profundidade. A presunção no caso de danos coletivos é *jure et jure*.

Ainda, quando se trata de danos coletivos, em especial em defesa do consumidor e do meio ambiente, a tutela ressarcitória não é suficiente para a composição dos danos produzidos, pois em grande parte das vezes, não se pode voltar ao *status quo ante*.

Por tal motivo, necessária foi a criação de instrumentos que viessem garantir a eficácia prática da indenização julgada procedente por ação coletiva. Juntaram-se, assim, instrumentos de origem condenatória e mandamentais, para que tal situação (reparação efetiva do dano) pudesse se verificar na realidade fática.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a recente alteração do CPC, e as modificações ocorridas com a vigência da Lei 10.444/02, as mudanças em tal instituto vêm sendo debatidas exaustivamente, sendo objeto de inúmeras celeumas doutrinárias. Têm-se produzido, a seu respeito, várias teorias sobre a pertinência da tutela específica, transpostas pelos arts. 461 e 461-A, ambos do CPC originados pelo artigo 84 do CDC, sobretudo na sociedade de massa, da qual faz surgir uma nova forma de proteção jurisdicional e uma nova técnica de tutela, principalmente no que se refere a aspectos fundamentais, tais como: a efetividade, a celeridade e a dinamicidade do processo, como meio indispensável à efetiva prestação jurisdicional e ao acesso à ordem jurídica justa.

Valeu-se o legislador da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo *latu sensu* para conferir maior efetividade possível à tutela dos

direitos em questão, constituindo-se de maneira a dar efetividade à decisão judicial, forçando, por meio legais e enérgicos, o seu cumprimento.

Os fatos alegados se justificam pela imposição ao Estado do dever de garantia da utilidade prática dos seus provimentos judiciais, efetivando a tutela do direito ameaçado ou lesionado, de maneira célere e sem dilações indevidas.

Visa estreitar os caminhos da celeridade e da satisfatividade da prestação requerida, mediante mecanismos de coerção e sub-rogação que possuem o fito de satisfazer a obrigação inadimplida sem a necessidade de haver a conversão desta em pecúnia, com as tradicionais e conhecidas perdas e danos, sobretudo em sistemas (como é o caso do direitos ambientais) em que o ilícito, muitas vezes, não pode mais voltar ao “status quo ante”, causando prejuízos irreparáveis, o que torna de suma importância a adoção de uma técnica de tutela diferenciada, visando transformar em regra geral a concessão do direito, tal como ele seria se não houvesse o inadimplemento, como forma preventiva da concretização dos danos, demonstrando com isso, sua efetividade.

A importância do tema situa-se no fato de que a adoção da tutela específica foi criada com o fito de suprir, em parte, a deficiência da eficácia jurisdicional nas sentenças coletivas, a proporção que busca dar ao cidadão aquilo e somente aquilo que lhe é devido, tirando o direito do plano genérico-abstrato da norma e inserindo-o especificadamente no caso concreto, garantindo-lhe a mesma coisa que seria obtida pelo adimplemento voluntário, enfatizando o cunho da substitutividade processual em função do cumprimento da obrigação *in natura*.

Assim, assegura a prestação judicial em sua integralidade e não apenas parte dela, a qual seria prestada em caso de conversão pecuniária de perdas e danos, que não trata-se de satisfação de direito, mas apenas de compensação pecuniária pelo não alcance deste.

A atuação da sanção constante dos mecanismos coercitivos ou sub-rogatórios da tutela específica, levados a efeito pelo Poder Judiciário com o fito de assegurar ao demandante a eficácia prática do direito que possui satisfaz a parte interessada. Isto possibilita a indivíduo a satisfação integral da obrigação inadimplida pela equiparação dos efeitos gerados pela procedência do pedido aos que adviriam da satisfação da obrigação pela parte obrigada. Conforme o que dispõe o art. 461 do CPC.

Se tais mecanismos específicos mostram-se relevantes como meios de contribuir para a efetividade do modelo processual liberal individualista, com muito mais propriedade, devem mostrar-se aptos para auxiliar na proteção dos direitos metaindividuais, cuja importância se evidencia, pois as demandas coletivas requerem mais privilégios do que as individuais, ante a relevância do tema, conforme já mencionado.

Assim, a reparação em pecúnia serve, muitas vezes, como caráter de sanção para que o infrator não venha a repetir o dano (como por exemplo, no princípio do poluidor-pagador na tutela do meio ambiente), devendo haver, para a preservação do “status quo ante” ou ao menos para que se diminua os danos posteriores à coletividade, a conjugação dos instrumentos citados.

No que diz respeito ao dano moral na seara dos direitos metaindividuais, a reparação do dano está intrinsecamente ligada à proteção dos direitos fundamentais, da dignidade humana, e dos valores que têm como titular a coletividade. A agressão inaceitável a tais bens de natureza extrapatrimoniais, configura o dano moral coletivo.

Sobre o dano moral coletivo, citamos aqui:

Ressalte-se, então, que, na seara dos interesses transindividuais, a reparação relaciona-se diretamente com a tutela e preservação de bens e valores fundamentais, de natureza essencialmente não patrimonialm titularizados pela coletividade, e que foram violados de maneira intolerável, não se exigindo, pois, nenhuma vinculação com elementos de foro subjetivo

(aflição, consternação, constrangimento, indignação, humilhação, abalo espiritual, etc.), referidos ao conjunto de pessoas atingidas.¹⁰⁶

Concordamos com o autor, quando o mesmo afirma citando André de Carvalho Ramos, que o entendimento jurisprudencial quando à aceitação do dano moral em relação a pessoas jurídicas constitui

(...) o primeiro passo para que se aceite a reparabilidade do dano moral em face de uma coletividade”, acrescentando o mesmo autor, ainda, que “o ponto chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade das pessoas físicas.”¹⁰⁷

Apesar de ser inegável que existem efeitos negativos de uma conduta infratora aos valores da coletividade, tais como: direito ao meio ambiente sadio, a não discriminação racial, sexual e por idade, principalmente no ambiente de trabalho, respeito às diferenças sociais e religiosas, conservação do patrimônio público, entre outros; causando repulsa, indignação, constrangimento, perda de paz psíquica, não são tais sentimentos subjetivos, os requisitos fundamentais para que o dano moral coletivo se concretize. Tais sentimentos aparecem mais como consequência do ato infrator do que propriamente como pressuposto para a caracterização do mesmo.

O dano moral, aqui, deve lesionar e afetar à coletividade, de forma a causar danos a valores e bens coletivos fundamentais.

A própria responsabilidade civil quando das indenizações individuais já superou a conceituação dos danos morais a partir do sentimento de dor ou sofrimento, conforme se pode ver na concretização dos direitos à reparabilidade dos danos morais oriundos de atos que infringem a moral e o direito ao nome, quando da tutela do dano moral individual.

¹⁰⁶ MEDEIROS NETO, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁷ *Apud* MEDEIROS NETO, p. 125.

Ainda, constitucionalmente o dano moral coletivo é perfeitamente admissível, eis que a reparação integral é de fundamento constitucional conforme o disposto no artigo 5º, incisos V e X da CF/88.

Não obstante, o art.1º, incisos I a V da Lei nº 7.347/85 que disciplina a ação civil pública, estabelece que esta regerà as ações de responsabilidade por danos patrimoniais e morais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico e turístico, isto é, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, demonstrando que também infraconstitucionalmente o dano moral coletivo é amparado pelo nosso ordenamento.

Tal disposição encontra amparo também no CDC, quando este especifica os direitos básicos do consumidor, e, ainda, quando disciplina a reparação integral (material e moral) por meio da responsabilidade objetiva, pela infração aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, (art. 6, VI e VII respectivamente).

Com efeito, importante citar aqui, a Lei 8.884/94, conhecida como a Lei Antitruste, a qual modificou, por força do disposto em seu art. 88, o caput e acrescentou o inciso V do art. 1 da LACP, inserindo expressamente o direito à reparação aos danos morais das matérias citadas nos incisos do artigo citado.¹⁰⁸

A título de ilustração, citamos Xisto Tiago de Medeiros Neto in Dano moral coletivo, que classifica as principais hipóteses de incidência do dano moral coletivo atualmente como sendo¹⁰⁹

- veiculação de publicidade enganosa prejudicial aos consumidores;
- comercialização fraudulenta de gêneros alimentícios, pondo em risco à saúde da população;
- sonegação de medicamentos essenciais, com vistas a forçar o aumento do seu preço;

¹⁰⁸ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (...).

¹⁰⁹ MEDEIROS NETO. *Idem*, p. 149.

- fabricação defeituosa de produtos e sua comercialização, ensejando lesões aos consumidores;
- monopolização ou manipulação abusiva de informações, atividades ou serviços, com efeitos prejudiciais aos interesses da coletividade;
- destruição ou depredação de bem ambiental, comprometendo o equilíbrio do sistema e gerando conseqüências nefastas ao bem-estar, à saúde ou a qualidade de vida da comunidade;
- divulgação de informações ofensivas à honra, à imagem, ou à consideração social de certas comunidades ou categoria de pessoas;
- discriminação em relação ao gênero, à idade, à opção sexual, à nacionalidade, às pessoas portadoras de deficiência e de enfermidades, ou aos integrantes de determinada classe social, religião, etnia ou raça;
- dilapidação e utilização indevida do patrimônio e verbas públicas, além da prática de atos de improbidade administrativa que, pela expressão verificada, causem repercussão negativa à coletividade;
- deterioração do patrimônio cultural da comunidade;
- deficiências ou irregularidades injustificáveis na prestação de serviços públicos (p.ex. transporte coletivo, limpeza urbana e comunicações), resultando transtornos à coletividade ou ameaça à sua segurança ou saúde;
- exploração do trabalho de crianças e adolescentes, em violação ao princípio constitucional da dignidade humana e da proteção integral;
- submissão de grupo de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida;

- manutenção de meio ambiente de trabalho inadequado e descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde, gerando riscos ou danos à integridade psicofísica dos trabalhadores;
- prática de discriminação, assédio (moral ou sexual) e ameaça aos trabalhadores, e a sua submissão a situações humilhantes e vexatórias;
- uso de fraude, coação ou dolo para burlar ou sonegar direitos trabalhistas;
- criação de obstáculos e ardis para o exercício da liberdade associativa e sindical com ameaça e intimação aos trabalhadores”.

Cabe mencionar, por fim, que a quantificação do dano, seja para a sentença que determinará o *quantum* a ser pago, ou no que diz respeito à liquidação dos valores, que em alguns casos deverá ser feita individualmente (danos aos direitos individuais homogêneos, por exemplo), sempre levará em consideração a relevância dos direitos discutidos e dos reflexos destes para a coletividade; a situação econômica do ofensor; a obtenção, ou não, de proveito obtido com o ato danoso, bem como a quantificação do proveito obtido; o grau de culpa, dolo ou reiteração do ato infrator (se existirem, e sempre a caráter de quantificação e não de caracterização do dano); bem como, o caráter pedagógico e punitivo da sanção, o qual deve ter força para evitar a perpetuação de atos infratores e danosos à coletividade, semelhantes ao ato julgado.

3.22.1 Jurisprudência

Maus-tratos contra animais. Dano de difícil reparação ante a natureza da lesão – ADIn 02.001632-8 – Sessão Plenária-TJRN- Juíza FRANCIMAR DIAS

Loteamento irregular. Não apresentação de projeto junto a órgão municipal. Configuração de ilícito civil. Dano ao ambiente. Ferimento aos direitos dos adquirentes dos lotes. Prejuízo ambiental. Dever de indenizar – ApCív 70005299979 – 17.^a Câm. Cív. – TJRS – Des. JORGE LUÍS DALL’AGNOL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DIREITO DIFUSO. PROPAGANDA ENGANOSA. VIAGENS PARA QUALQUER LUGAR DO PAÍS. DANO MORAL COLETIVO.

A propaganda enganosa, consistente na falsa promessa a consumidores, de que teriam direito de se hospedar em rede de hotéis por vários dias por ano, sem nada pagar, mediante a única aquisição de título da empresa, legitima o Ministério Público a propor a ação civil pública, na defesa coletiva de direito difuso, para que a ré seja condenada, em caráter pedagógico, a indenizar pelo dano moral coletivo, valor a ser recolhido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art.13 da Lei n. 7.347/85.

(TJ-DF, 4 Turma Cível, Apelação n. 2004011102028-0, Rel. Des.Vera Andrighi, decisão realizada em 14.3.2007).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHO RURAL EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO. DANO MORAL COLETIVO. INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS.

O pedido de indenização por dano moral coletivo não se confunde com o pleito de reparação dos danos individualmente sofridos pelo trabalhador. A indenização por dano moral coletivo tem a mesma natureza pedagógica-preventiva, mas também visa reparar a ordem jurídica violada e os interesses difusos e coletivos da sociedade, indignada pela transgressão dos direitos mais comezinhos do cidadão-trabalhador, retirando-lhe a garantia constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana.

(TST – 6 Turma, Processo n. RR-1156/2004-004-03-00.9, REl Min. Alysio Corrêa da Veiga, DJ 1. 11.2006).

3.23 Aplicação residual do Código de Processo Civil

A aplicação residual do Código de Processo Civil no procedimento das ações coletivas, quando de sua propositura, andamento e julgamento, se encontra disposta no art. 49, caput e parágrafo único, do Anteprojeto de Código Coletivo¹¹⁰.

¹¹⁰ Art. 49 - Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

Parágrafo único – Os recursos cabíveis e seu processamento seguirão o disposto no Código de Processo Civil e legislação correlata, no que não for incompatível.

Nesse sentido, achamos de total procedência as descrições da comissão montada para discutir a possibilidade de Codificação dos direitos coletivos, a qual afirma que, apesar de constar que o Código de Processo Civil atual deverá ser aplicado subsidiariamente, o Anteprojeto não define quais as normas que deverão ser aplicadas e qual momento processual. Ainda, não há limitação da utilização do Código de Processo Civil tradicional, o que dificulta sua correta aplicação.

Não concordamos com a posição de alguns doutrinadores que afirmam que o uso do CPC, secundariamente, seria um retrocesso na evolução das normas de cunho coletivo, ou seja, em defesa dos direitos da coletividade.

Acreditamos que as normas que podem ser aplicadas e que não desrespeitam o disposto na legislação coletiva específica devem ser aproveitadas, isso porque, constituem parte de um sistema solidificado, dando mais credibilidade ao processo coletivo.

Por óbvio, as mudanças são necessárias, o tratamento processual liberal/individualista deve ser aperfeiçoado para que possa se adequar às lides coletivas. No entanto, as mudanças devem ser gradativas, do contrário serão de difícil absorção pelo sistema e pelos interessados na busca pelos direitos lesados, causando obstáculos à efetivação processual e material dos direitos coletivos.

Concordamos aqui, com a lição de Gregório Assagra de Almeida, em uma de suas obras sobre direito coletivo, *verbis*:

A aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum, conforme prevista no art. 90 do CDC e no art. 19 da LACP, somente é possível se não ferir as disposições desses diplomas (compatibilidade formal) e nem impedir ou colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva (compatibilidade substancial ou teleológica). Depende, portanto, de dupla compatibilidade.¹¹¹

¹¹¹ ALMEIDA, 2007, *op. cit.*, p. 67.

Se não há contradição com o “espírito processual coletivo” e nem prejuízo à efetivação da tutela jurisdicional coletiva adequada, conforme determina a norma do Anteprojeto, não há porque não se aplicar subsidiariamente o CPC.

Não obstante, conforme acima demonstrado, o CDC e a LAP, que formam o microssistema do direito coletivo na legislação vigente, também prevêm a aplicação do CPC como norma subsidiária, em que se vê a integridade do dispositivo ora mencionada. Além do que, não há porque movimentar toda a máquina judiciária no intuito de se adaptar a novos valores numa ordem processual que não necessitaria de mudanças, além das já mencionadas pela nova ordem apresentada (direito coletivo).

Os institutos modificados, se devidamente aplicados, serão responsáveis por uma verdadeira revolução na efetivação dos direitos coletivos e, com isso haverá um avanço muito grande para a concretização (ao menos em tese) do acesso à justiça e da economia processual.

3.23.1 Jurisprudência

Acórdão: Mandado de Segurança 1999.021312-9
 Relator: Newton Trisotto
 Data da Decisão: 14/06/2000
 Desta forma, tratando-se de *processo coletivo*, há que se seguir um caminho predeterminado do ponto de vista dogmático: inicialmente se respeitam os dispositivos específicos do CDC. Naquilo em que esse for omissivo, serve-se do contido na LACP, e por final, caso ainda persista a lacuna, aplicam-se as normas do CPC, por expressa previsão do art. 90 do CDC" (Execução da tutela coletiva, Malheiros, 2000, p. 20-1 e 35-41). (...) ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, por votação unânime, afastar as preliminares e, no mérito, conceder a ordem.

3.24 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva

Denominado também: “princípio da absoluta fungibilidade da tutela jurisdicional coletiva”.

O princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva está direta e intimamente ligado à idéia de acesso à justiça e da máxima efetividade do processo coletivo.

Trata-se não somente de acesso ao Poder Judiciário, mas da Justiça como concretizadora do Estado Democrático de Direito, como pacificadora de conflitos, ou no dizer de Kazuo Watanabe, do acesso à “ordem jurídica justa”. É uma tentativa de efetivação da tutela dos direitos metaindividuais, dando-se menos importância a forma e mais importância ao resultado, na busca pelo exercício e pela garantia dos direitos da coletividade.¹¹²

Cita-se os artigos 83 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 90 do CDC, o art. 21 da LACP, como normas antecedentes e já positivadas, a proporcionar uma maior amplitude da tutela coletiva em nosso ordenamento.

Vê-se que, a amplitude em tela, quer referir-se aos âmbitos material e processual da tutela coletiva, proporcionando um alcance muito maior desta em benefício da sociedade.

Isto porque, é inegável que a coletividade tenha integral interesse na resolução dos conflitos. O processo é um instrumento pacificador dos litígios que busca uma solução para os problemas que não podem ser resolvidos sem a interferência coercitiva do Estado, sob pena de se ter uma aplicação de situações retroativas como “olho por olho dente por dente”, “justiça com as próprias mãos”, entre outros princípios inaceitáveis em nossa sociedade, com o fito de realização do escopo social e político do direito.

¹¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 35-36.

Assim, na efetivação dos direitos da coletividade pode-se utilizar de todos os meios necessários para a resolução dos conflitos, proporcionando uma tutela adequada dos direitos em questão.

Como diz Chiovenda:

(...) o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo, e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir” “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo, e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir.¹¹³

Importante citar, ainda, que a amplitude do processo coletivo visa também diminuir o tempo para que se efetive o exercício da tutela pretendida.

Sabemos que o tempo, hodierna e infelizmente, é um agravador dos obstáculos para a efetivação dos direitos e, principalmente, para a concretização da Justiça. A demora do processo, na grande maioria das vezes, serve de obstáculo, não somente para a proposição das ações, como também para a concretização do direito pretendido, ainda que o autor esteja com a razão e a pretensão seja deferida. Muitas vezes, nem mesmo o deferimento faz com que o prejuízo do Autor seja devidamente ressarcido, beneficiando o Réu, e promovendo uma injustiça.

A importância do tempo em nosso ordenamento está expressa na Constituição Federal de 1988, em sua Emenda 45, a qual reza que haja um determinado tempo de duração para o processo. Pena que tal situação, até a atualidade, esteja em patamar somente teórico.

Não há dúvidas de que a facilidade processual, causada pela possibilidade de utilização de todas as espécies de ações aptas a propiciar a efetivação do direito material pretendido, colabora para a diminuição do tempo no processo.

¹¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

O jurista Gregório Assagra de Almeida¹¹⁴ observa que

(...) pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, observa-se que, para a proteção jurisdicional dos direitos coletivos, são admissíveis todos os tipos de ação, procedimentos, medidas, provimentos, inclusive antecipatórios, desde que adequados para propiciar a correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado. Todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva. Com efeito, cabe ação de conhecimento, com todos os tipos de provimentos (declaratório, condenatório, constitutivo ou mandamental), ação de execução, em todas as suas espécies, ação cautelar e respectivas medidas de efetividade pertinentes. Cabe inclusive antecipação da tutela jurisdicional no Processo Coletivo de Execução (art. 83 do CDC, c/c art. 21 da LACP e art. 66 da Lei n. 8.884/94). Esse princípio decorre, como se observou, do disposto no art. 83 do CDC, em combinação com o art. 21 da LACP 10.

Desta feita, tem-se como objetivo a concretização da prestação jurisdicional com base, fundamentalmente, na norma constitucional de acesso à justiça, havendo com isso uma diminuição do formalismo excessivo e da burocratização judiciária, constantes, sobremaneira, no processo individual, em benefício da efetivação dos direitos garantidos.

3.25 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo

Tal princípio refere-se à necessidade da efetivação do direito material pleiteado como forma de prevenção de lesões a interesses coletivos. Também pode ser denominado o princípio da máxima eficiência do processo coletivo. Está expressamente previsto no art. 2 do

¹¹⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, 2003, p. 578.

Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, no entanto, a efetividade é buscada por todo o sistema jurídico e não somente pelo referido dispositivo.¹¹⁵

Os atos jurídicos, via de regra, são analisados de conformidade com três planos: existência, validade e eficácia. No entanto, a “nova ordem constitucional” consolidou um quarto plano, o da efetividade.

A efetividade é instrumento para garantir o acesso à justiça, viabilizando não apenas o acesso ao Poder Judiciário através da proposição das ações, mas proporcionando uma resposta adequada à tutela requerida, de forma que o resultado da demanda realmente traga consigo a pacificação social.

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Sob essa ótica, a efetividade garante o acesso à uma ordem jurídica justa, integrando uma justiça mais célere, cidadã e plena. Não outro é o entendimento de Kazuo Watanabe, autor de tal expressão:

(...) a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti.¹¹⁶

¹¹⁵ Art. 2o. Efetividade da tutela jurisdicional – Para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e providimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais.

¹¹⁶ WATANABE, 1988, *op. cit.*, p. 128.

Vê-se, atualmente, um discurso incessante em busca da maior efetividade do processo. Desde a interpretação até a literalidade das normas previstas em nosso ordenamento, todas as disposições visam a eficácia e a efetividade do processo, com o objeto de resolução das lides e o escopo jurídico de pacificação social. Quanto mais eficiente for o processo, mais atingirá os objetivos para os quais foi proposto.

Tal fato se dá pela necessidade das normas jurídicas serem concretizadas, fazendo prevalecer o direito e a justiça ante as lesões de direitos e pretensões apresentadas ao Poder Judiciário.

O princípio da efetividade é de extrema importância em relação aos direitos fundamentais, os quais sem o imperativo da efetividade seriam reduzidos a meras declarações políticas ou exortações morais ou a uma retórica tão impressionante quanto vazia, de forma que sem efetividade o que se tem é ou uma Constituição nominal ou uma Constituição semântica.¹¹⁷

A efetividade de que se fala aqui, é a efetividade real e não a meramente formal, do processo coletivo. Requer-se, com a defesa dos direitos da coletividade, um sistema que propugne pela realização de todas as diligências para que se alcance a verdade no processo, realizando, assim, o acesso à ordem jurídica justa, em toda a sua concepção.

Como o próprio nome diz, tal princípio visa proporcionar à tutela coletiva, a efetividade máxima na busca dos direitos coletivos litigados, e para tanto, faz-se uso dos princípios já comentados. Também tem em vista efetivar as normas constitucionais previstas. Sendo que a interpretação de tais normas devem sempre ser no sentido de se proporcionar, pela tutela coletiva, a maior efetividade dos direitos envolvidos que se tornar possível.

A norma constitucional deve, neste prisma, possuir interpretação de forma a efetivar direitos. Não há norma constitucional que não vise tal preceito. Não há norma constitucional sem utilidade eficaz.

¹¹⁷ ALMEIDA, 2007, *op. cit.*, p. 76.

Wilson Antônio Steinmetz, citado por Assagra, realça a importância do princípio em análise para os direitos fundamentais, aduzindo: “(...) Sem o imperativo da efetividade, os direitos fundamentais seriam reduzidos a meras declarações políticas ou exortações morais, a uma retórica tão impressionante quanto vazia (...)”.

MORAIS¹¹⁸ aduz que:

(...) a noção de efetividade deve englobar a eliminação de insatisfações, o cumprimento do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos..., além de constituir inspiração para o exercício e respeito dos direitos [e não] pretender apenas ao seu escopo jurídico. (...) deve-se viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, que só se concretizará pela observância das garantias constitucionais do *due process of law* e da inafastabilidade do controle jurisdicional (...) (grifo do autor)

De acordo com tal dispositivo, uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e a maior efetividade do processo. Cuidou de tornar mais explícito, ainda, o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual dos direitos coletivos.

A tendência em se procurar a efetividade através de normas mais eficazes procedimentos mais condizentes com a realidade, se revela com a criação dos microssistemas, citando-se como exemplo do CPC e o direito ambiental.

Percebe-se, na modificação das linhas processuais da atualidade, preocupação em fornecer meios para assegurar a prestação mais justa e adequada dos direitos em voga, também conhecido como “novos direitos”, seja no tocante à sua especificidade, seja quanto à celeridade - permitindo-se transpor, quando possível, o fator tempo, maior problema em nosso sistema processual devido à grande quantidade de processos e de meios recursais, os quais permitem a procrastinação.

¹¹⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da cidadania à composição de conflitos. O acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia pública. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 77, março de 2000. p. 184-186.

Com a somatória dos meios a serem utilizados para a efetivação dos direitos coletivos, aumenta-se a capacidade de se verem cumpridos os escopos da atividade jurisdicional, tornando-a plena e efetiva.

Isto faz com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, tenham uma tutela processual mais adequada e eficaz, ao mesmo tempo em que reafirma o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional contido no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

Tal objetivo só pode ser alcançado com a cessação ou, no mínimo, com a minoração considerável dos obstáculos enfrentados pelo Judiciário quando da efetiva prestação jurisdicional (como por exemplo, na adequação e aprimoramento dos ritos com vista para as demandas coletivas), visando a resolução dos conflitos (quando não possível a prevenção) e a efetivação da cidadania.

CONCLUSÃO

O atual estágio do mundo negocial tornou hipossuficientes os instrumentos clássicos do direito, incapazes de enfrentar essa nova situação sócio-econômica caracterizada pelo surgimento de grandes empresas produtoras e distribuidoras de bens e serviços como, ainda, detentoras de grande poderio econômico.

O processo coletivo ostenta o perfil dos textos legais mais atualizados. Encontra-se em delgada sintonia com a chamada pós-modernidade; caracterizando-se como um microsistema de normas a irradiar seus efeitos nas relações polarizadas por fornecedores e agentes consumistas.

Nesta perspectiva, a função do Judiciário, que já vinha se ampliando por força da mudança na própria concepção das funções do Estado moderno, foi definitivamente modificada com essas alterações das leis material e processual.

Com efeito, a renovação que se impôs nos clássicos sistemas jurídicos por conta da *insuficiência e inadequação* das estruturas da *suma divisio*, para investir as formações sociais de poderes processuais, destaca a relevância de meios a efetivar à prestação jurisdicional, como é o caso do instituto em análise, o qual objetiva mostrar-se, na sociedade brasileira, capaz de oportunizar uma maior efetivação da tutela coletiva.

Não há dúvida de que a sociedade de massa e os conflitos a ela inerentes exigem uma nova compreensão de tutela, notadamente no que se refere à conhecida “politização” do direito, sendo este, meio utilizado na defesa dos interesses sócio-econômicos da coletividade, como fator de correção ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes.

Vê-se, no atual imaginário jurídico brasileiro um ordenamento voltado à prestação de uma tutela coletiva, em defesa dos direitos metaindividuais. Essa influência sofrida pela

sociedade brasileira se deveu à sua inserção num contexto econômico-social globalizado, que findou por submetê-la ao aumento da interdependência do sistema jurídico em relação ao seu ambiente externo, o que, por consequência, veio a exigir uma nova postura diante daquilo que se convencionou chamar de sociedade de massas.

Dentre as várias disposições que compõem o corpo do referido ordenamento, destaca-se a busca pela efetividade do direito, utilizando-se preceitos fundamentais como: flexibilização das normas, instrumentalidade, tutela adequada do direito a ser defendido, mudança na legitimidade ativa, modificações com a extensão da coisa julgada, litispendência e conexão e, na forma de produção de prova, sem esgotar-se em nenhum momento o assunto referente aos mesmos, eis que, até por se tratar de um direito de vanguarda, muito se tem a falar sobre os mesmos.

Deu-se ênfase, neste contexto, aos princípios que, ao nosso ver, propiciam um melhor acesso à justiça, com efetivação da pacificação social e do exercício da democracia.

Superada se encontra a visão de aplicação da norma abstrata ao caso concreto, com uma valorização suprema de normas positivas, que não acompanhou a dinâmica social da coletividade, a qual deve ser analisada de maneira sistemática e não de forma isolada, numa simples solução de subsunção. Conforme verificado, a dinâmica dos princípios, em especial dos princípios do direito coletivo, está em total consonância com as mudanças ocorridas com o pós-positivismo, em detrimento da visão ultrapassada, em que somente a norma abstrata teria voz de comando na garantia e efetivação de direitos.

Percebe-se que, por se tratarem de mandados de otimização, os princípios, com sua carga axiológica, podem fazer com que o processo fique muito mais perto da realidade social, econômica e política de nossa nação, auxiliando, em muito, na efetivação do processo coletivo.

Dessa forma, correta é a afirmação de que os princípios do processo coletivo contribuem, em muito, na efetivação dos direitos da coletividade, do Estado Democrático de Direito e para o exercício dos direitos fundamentais.

O próprio conceito de cidadania, contemporaneamente, foi recriado com base em princípios coletivos e não somente em direitos individuais, assentado na participação da coletividade como premissa superior a exclusividade de direitos e deveres particulares, tendo como base direitos dinâmicos e conceitos não estatizados da comunidade. São os ideários da democracia participativa, a qual, não pode ser desvinculada do acesso à justiça e é reforçada pelos princípios do direito coletivo.

Advoga-se para uma verdadeira mudança doutrinária e prática do direito processual e material, que pode ser conhecida como uma reforma judiciária baseada em princípios dinamizadores do processo. Se tais princípios forem aplicados de forma a garantir os direitos em prol dos quais foram criados, sem dúvida alguma, teremos um ordenamento mais justo e efetivo.

Finalizamos com um pensamento de Norberto Bobbio, que julgamos o espelho das mudanças sociais, em busca do objetivo da pacificação e igualdade social:

“O Sistema ideal de uma paz estável pode ser expresso com esta fórmula sintética: uma ordem democrática de Estados Democráticos. Não tenho necessidade de acrescentar que, como todas as fórmulas ideais, esta também pertence não à esfera do ser, mas à esfera do dever ser.”¹¹⁹

¹¹⁹ (BOBBIO, 2000, p.13)

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALEXYY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: Um novo ramo do direito processual coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Gregório Assagra de. *Da codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, V. 2

ARENDT, Hannah. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 15

BARBI, Celso Agrícola. *Proteção processual dos direitos fundamentais*. AJURIS, Porto Alegre, n. 43, p. 137-154, jul. 1988.

BASTOS Celso Ribeiro; MARTINS Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 05.10.1988). São Paulo: Saraiva, 1989. 2º vol., arts. 5 a 17

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas Considerações sobre o Cumprimento da Sentença Condenatória. *Revista do Advogado*. n.85.

BENDA, Ernesto et alii. *Manual de derecho constitucional*, Madri: Marcial Pons, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. Defesa do Consumidor: reparação de danos morais em relações de consumo. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.49,dez.1996.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.12, out./dez.1994.

_____. Pode a coletividade sofrer dano moral? *IOB-Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n.15, ago.1996.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Tradução de Marco Aurélio Nogueira.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Breve análise comparativa entre a tutela dos interesses difusos no Direito Argentino e no Direito Brasileiro. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 20 de março de 2008.

BORGES, Rosângela Maria Sartori. Os direitos humanos e o transsexualismo. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 2, 2002, p. 258-275..

BRAGA, Renato Rocha. *A coisa julgada nas demandas coletivas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2000.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. 2. ed. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2 ed. São Paulo: RT, 1998.

CALIXTO, Negi. Eficácia da sentença e coisa julgada perante terceiros. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 632, p. 44-52, jun. 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça social. *Revista de Processo* n. 5. Tradução por Nelson Renato Ribeiro Campos.

_____. Tutela dos interesses difusos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 33, p. 169-182, março de 1985.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada: na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, 1999. Vol. I

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRUZ, Danilo N. Princípio da legalidade administrativa: uma visão pós-positivista. *Piauí jurídico*. Disponível em: <http://piauijuridico.blogspot.com/2008/06/princpio-da-legalidade-administrativa.html>. Acesso em 11 de dezembro de 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 280, fev. 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1993.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. A execução específica e os interesses metaindividuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 712, p. 25-32, fevereiro de 1995.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: Evolução conceitual - doutrina e jurisprudência do STF. *Revista Jurídica*, n.260, jun/1999.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Laurady. *Ética profissional*. São Paulo: Barros, Fisher & Associados, 2005.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1995.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, vol. 361.

_____; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2007.

_____. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 33, p. dez/1990.

_____. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. *et. al. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5.ed. São Paulo: Forense, 1998.

JORGE, Flávio Cheim. Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.17, p. jan./mar.1996.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de João Baptista Machado

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. São Paulo: RT, 2002.

LARENZ, K. *Derecho civil: parte general*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.1984.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 1947.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

MACEDO, Dimas. *Política e Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MACIEL, Alexandre Pena. *Efetividade processual e os novos direitos*. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/1999/efetividade.html>. Acesso em 05 de dezembro de 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994

_____. *Ação popular*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde (arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

MAZILLI, Hugo Nigro. A ação civil pública no Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista Jurídica*, nº 157, nov/1990.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDEIROS, Luiz Cezar. *O formalismo processual e a instrumentalidade: Um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. 2. ed. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2007

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional: o papel das ações coletivas no contexto sócio jurídico*. São Paulo: RT, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n.2, p.50, abril-junho.1996.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. Tomo II, (arts. 154 a 269).

MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da cidadania à composição de conflitos. O acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia pública. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 77, março de 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A justiça no limiar do novo século. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 312, 1992.

_____. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.

NEGRÃO, Teotônio. *CPC e legislação processual em vigor*. 21.ed., São Paulo: RT.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade . *Código de Processo Civil Comentado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1992.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 87, Ano XXIX, setembro de 2002. T. I

PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Princípios do processo civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Entrevista a Dulce Emerim. Disponível em: <<http://eumat.vilabol.uol.com.br/alternativo.htm>>. Acesso em 24 de novembro de 2007

ROCHA, J. Elias Dubarb de Moura. *Interesses coletivos: ineficiência de sua tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 2003.

ROCHA, Ibraim das Mercês. *Litisconsórcio, efeitos da sentença e coisa julgada na tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios consitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*. Barueri: Manole, 2005.

SILVA, Luiz Paulo da. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, 2004.

THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais & sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

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

_____. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. O (novo) significado da tutela coletiva. *Revista Juristas*, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=1552. Acesso em 28 de novembro de 2007.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Juizados especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985.

_____. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. Participação e processo*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4 ed. São Paulo: RT, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Atlas, 1993.