UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

VIVIANE APARECIDA FERNANDES PONTES

A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA COMO INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

SÃO PAULO

2008

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

VIVIANE APARECIDA FERNANDES PONTES

A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA COMO INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Professor Doutor José Francisco Siqueira Neto

São Paulo

2008

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

VIVIANE APARECIDA FERNANDES PONTES

A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA COMO INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto

_____

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio

_____

Prof. Dr. Jorge Pinheiro Castelo

São Paulo

2008

Dedico este trabalho à minha querida família, sobretudo à minha mãe, Maria do Amparo Meira Fernandes, a meu pai, Sebastião Afonso Fernandes (*in memoriam)* e a meu marido, Hamilton Valvo Cordeiro Pontes.

AGRADECIMENTOS

Aos professores Doutores José Francisco Siqueira Neto, Gianpaolo Poggio Smanio e Jorge Pinheiro Castelo, pela orientação, auxílio e incentivo.

"Cumpre-nos, assim, usar a dogmática como arma ao invés de fazermos da dogmática a nossa alma de juristas."

J. J. Calmon de Passos.

RESUMO

O direito processual civil tradicional, de vocação eminentemente individualista, não tem conseguido oferecer respostas satisfatórias às demandas coletivas que se multiplicam na sociedade de massa em que vivemos. Diante disso, mostra-se necessário o estudo da tutela jurisdicional coletiva, que permite um tratamento mais racionalizado e menos formalista dos conflitos de grupos, classes ou categorias de pessoas, característicos dos direitos transindividuais. Por conseguinte, a coletivização do processo civil pode influir, decisivamente, no efetivo acesso dos cidadãos à Justiça, por intermédio da derrubada dos dogmas individualistas que permeiam o Processo Civil Brasileiro e acentuam as desigualdades sociais.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional coletiva; direitos transindividuais; processo civil de resultados; acesso à justiça.

ABSTRACT

The traditional Civil Procedure Law, which is mainly individualistic, has not been able to provide proper answers to class suits that multiply in the mass society we live in. Because of that, it is necessary to study Class Proceeding Law, once it allows a more reasonable and less formal treatment of the conflicts among groups, classes or categories of people. Consequently, Class Proceeding Law may permit, in a conclusive way, that Justice can be effectively reached by citizens, through the defeat of individualistic dogmas that take place between Brazilian Civil Procedure Law and enhance social unequality.

Key-words: Class Proceeding Law; class action rights; result civil proceeding; access to justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO, 11

2 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA, 13

2.1 BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA,16

2.2 TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS, 25

2.2.1. Direitos difusos, 26

2.2.2 Direitos coletivos, 27

2.2.3 Direitos individuais homogêneos, 29

2.2.3.1 Tutela coletiva e direito coletivo, 29

2.2.3.2 *Fair notice* e *opt out,* 31

2.3 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA NO BRASIL, 43

2.3.1 Sistema brasileiro de tutela jurisdicional coletiva, 46

2.3.2. Limites impostos pelos Poderes Executivo e Legislativo à tutela jurisdicional coletiva, 49

2.4 TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA, 53

2.4.1 Tutela inibitória positiva e tutela inibitória negativa, 58

2.4.2 A tutela inibitória antecipada, 59

2.4.2.1 Requisitos para a concessão da tutela inibitória antecipada, 61

2.4.3 A sentença inibitória, 63

2.4.3.1 Da multa coercitiva, 63

2.4.3.2 Das medidas necessárias, 68

2.4.3.3 Das medidas sub-rogatórias, 69

2.4.4 Da coisa julgada nas ações inibitórias coletivas, 71

2.4.4.1 Limites subjetivos da coisa julgada nas ações inibitórias coletivas, 72

2.4.4.2 Limites objetivos da coisa julgada nas ações inibitórias coletivas, 73

3 ACESSO À JUSTIÇA, 76

3.1 AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JUSTIÇA, 77

3.2 O MOVIMENTO PELO ACESSO À JUSTIÇA, 82

3.2.1 Instrumentalidade do processo – o *processo civil de resultados,* 85

3.2.2 O acesso à ordem jurídica justa, 90

3.2.3 Obstáculos e limites do acesso à justiça, 91

3.2.4 Acesso à justiça na realidade brasileira, 95

4 A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA COMO INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA, 99

4.1 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E PARTICIPAÇÃO POPULAR, 100

4.2 EXERCÍCIO DA CIDADANIA POR MEIO DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA, 102

4.3 DOGMAS DA PROCESSUALIDADE CLÁSSICA *VERSUS* TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA, 105

4.3.1 A postura do operador do Direito, 109

4.3.2 A atividade gerencial do juiz, 111

4.4 A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS, 119

4.4.1 Discricionariedade ou omissão? O mito da absoluta autonomia dos Poderes no Estado Democrático, 120

4.4.2 Justiciabilidade dos direitos sociais e posicionamento dos tribunais brasileiros, 137

5 CONCLUSÃO, 144

REFERÊNCIAS,147

A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA COMO INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

1 INTRODUÇÃO

Inicia-se o presente trabalho pelo estudo da tutela jurisdicional coletiva, abordando-se brevemente sua perspectiva histórica para, em seguida, tratar da questão da tutela *coletiva de direitos* e da tutela de *direitos coletivos* – analisando-se, para tanto, os principais aspectos dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Mais especificamente em relação aos últimos, discutem-se tanto sua especial característica de direitos *individuais* tratados coletivamente, assim como dois temas ínsitos a tal categoria de interesses, temas esses que despertam interesse em razão de sua relevância para o acesso à justiça: a *fair notice*, destinada aos lesados individuais para que se posicionem acerca da ação coletiva proposta pelos legitimados, e o critério do *opt out*, relativo à possibilidade de exclusão daqueles da coisa julgada coletiva. Nesse ponto, é traçado comparativo entre o sistema aplicado atualmente no Brasil e as propostas de Códigos de Processos Coletivos elaboradas por renomados estudiosos brasileiros.

Aborda-se, também, a tutela jurisdicional coletiva no Brasil, enfatizando-se a existência de um verdadeiro sistema brasileiro desta espécie de tutela, formado pela integração entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública. Os limites impostos pelos Poderes Executivo e Legislativo à tutela jurisdicional coletiva são também apontados, sendo realizada incursão no tema da tutela inibitória coletiva, tendo em vista sua importância para a concreta conservação dos direitos transindividuais, antes mesmo de sua violação.

O capítulo seguinte dedica-se a examinar a questão do acesso à justiça, tratando desde suas ondas renovatórias, classicamente enunciadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, até o movimento do acesso à justiça, assentado nas premissas da instrumentalidade do processo e do acesso à ordem jurídica justa.

Por derradeiro, o último capítulo aborda o papel exercido pela tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça, demonstrando a relação entre tal espécie de tutela e a participação popular, em verdadeiro exercício democrático de cidadania. Para que tal desiderato seja alcançado, mostra-se necessária a superação de certos dogmas da processualidade clássica, os quais, por serem cunhados no individualismo, impedem a consecução dos efeitos processuais pretendidos pela tutela coletiva. A superação deve alcançar, outrossim, a própria postura dos operadores do direito, inclusive os magistrados, a quem a nova ordem processual comete funções eminentemente gerenciais. Esse novo posicionamento ativo exigido do Poder Judiciário é abordado, também, no que se refere à justiciabilidade dos direitos sociais, por intermédio da tutela jurisdicional coletiva, diante das omissões administrativas que violam os interesses mais caros à sociedade. O pano de fundo para ilustrar o interessante assunto é o esclarecedor trabalho elaborado por Flávia Piovesan, por intermédio da análise do mais recente posicionamento dos tribunais superiores brasileiros acerca do tema.

Para a realização do presente trabalho recorreu-se à pesquisa bibliográfica, ao estudo da legislação referente ao tema e ao exame de julgados, por intermédio do método de abordagem hipotético-dedutivo e do método de procedimento dissertativo-argumentativo.

2 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Não há como negar que as desigualdades imperam em nossa sociedade. Em que pesem tais circunstâncias, as classes populares, cada vez mais, têm consciência dessa desigualdade, de que ela é injusta e de que viola os seus direitos.

Evidencia-se, a partir dessa constatação, o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do Direito. Dito protagonismo dos tribunais, na concepção de Boaventura de Sousa Santos, emerge de duas vias:

> (...) por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercados e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, **é necessário um Judiciário eficaz, rápido e independente**; por outro lado, **a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do Judiciário**. Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado Social (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc.).[1] (grifos nossos)

O que se tem visto atualmente, portanto, é a substituição da Administração Pública pelo sistema judicial, que se vê compelido pelas demandas sociais a cumprir as funções daquela, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social.

Mostra-se inegável, pois, o importante papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no que se refere às demandas sociais características de nossa sociedade de massa, de modo que o primeiro não pode voltar as costas a essa realidade, sob o manto de uma pretensa "neutralidade" – que acaba por disseminar verdadeiras injustiças.

Sob este aspecto, a tutela jurisdicional coletiva, a desenvolver-se no âmbito do Poder Judiciário, e que tem por objeto viabilizar a discussão judicial de questões socialmente relevantes, pode consistir em instrumento para o acesso das camadas populares à ordem jurídica justa.

Observe-se, todavia, que a noção de tutela jurisdicional coletiva, entendida como conjunto de regras processuais, não deve se divorciar de sua função *instrumentalizadora* do direito material transindividual. Com efeito, do mesmo modo que o procedimento comum não serve para a tutela efetiva das várias situações de direito substancial, a noção de uma tutela jurisdicional descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo. Ou seja, é insuficiente a idéia de direito à tutela jurisdicional como direito a uma sentença. Não é por razão diversa que a doutrina

[1] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 17.

contemporânea passa a falar em *tutela jurisdicional dos direitos*, expressão que revela um compromisso com a instrumentalidade substancial do processo e que constitui um alerta contra o dogma da neutralidade do processo em relação ao direito substancial.[2]

Quando se fala em tutela, é necessário saber exatamente o que se há de se entender por esse conceito, na medida em que a doutrina se vale desse termo para designar diferentes fenômenos no campo processual.[3]

O termo tutela, em um primeiro momento, confere a noção de *proteção* de direitos e de interesses; no processo, essa idéia revela o objetivo de proteger direitos e interesses por meio dos mecanismos processuais.

Ressalte-se, todavia, que, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, nem só por meio do processo se tutelam direitos e interesses. Para tal autor, a doutrina falha ao confinar o gênero tutela jurídica no círculo de atividades que o Estado desenvolve para a proteção dos direitos que a pessoa tenha. Com efeito, "*la nozione di tutela è assai larga*" (Adolfo Di Majo), de modo que o mal está em considerar os *direitos* como objeto da tutela estatal e não o *homem*.[4]

Pode-se dizer que o Estado oferece tutela tanto quanto garante direitos processuais, como quanto garante direitos materiais, por meio dos instrumentos processuais disponíveis. Conforme, porém, venha a proteger, exclusivamente, direitos processuais, ou se encaminhe a proteger realmente o direito material afirmado (e reconhecido como existente) pela parte, hão de se utilizar nomes diferentes para designar as figuras.

A primeira acepção (tutela jurisdicional) leva o termo à idéia de proteção aos direitos *processuais*, estabelecidos pelo Estado.

Tal noção é equivalente àquilo que Ovídio Baptista da Silva chama de *pretensão à tutela jurídica*[5]. Sublinhe-se que o termo é empregado por parcela da doutrina em outra acepção. FlávioYarshell, por exemplo, utiliza o termo tutela jurisdicional como a proteção outorgada pelo Estado-jurisdição a quem tem razão.[6]

A tutela jurisdicional, pois, é prestada não importando o resultado final da deliberação judicial (se positiva ou negativa, ou ainda se vier a não conhecer da pretensão exposta pelo demandante), já que basta para ela ocorrer que o Estado assegure aos

---

[2] MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 01.
[3] ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 42.
[4] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. Fundamentos do processo civil moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. II, p. 808.
[5] SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. I, p. 17.
[6] YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 28-30.

interessados plenas condições de acesso aos mecanismos públicos de proteção e de interferência na aplicação do poder estatal.[7]

No mesmo sentido, para Marinoni, a tutela jurisdicional também é prestada quando o juiz declara não existir o direito afirmado pelo autor, e mesmo quando é constatada a ausência de condição da ação, valendo lembrar que nesse último caso a tutela jurisdicional é dada em razão do direito incondicionado de ação. O que a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar é a necessidade da prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais; ou seja, a reabilitação do tema da tutela jurisdicional dos direitos revela uma preocupação com o resultado jurídico substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo[8].

Com efeito, a garantia estampada no artigo 5º, XXXV, Constituição Federal, exige que, mesmo neste caso, a resposta fornecida pelo Estado seja dada dentro de parâmetros razoáveis, obedecidas as indicações fornecidas pelo direito processual em abstrato.

Nesse equilíbrio abstrato reside a tônica da tutela jurisdicional: respeitar, mesmo que de maneira apriorística, a necessidade de oferecer a todos os interessados uma resposta adequada (à preservação de seus legítimos interesses), em tempo compatível e com o menor dispêndio possível, seja no plano econômico, seja no psicológico, seja social.

Nessa medida, é possível ver que já na noção de tutela jurisdicional está imbuída toda a preocupação com os escopos do processo e da jurisdição.[9]

A idéia é assegurar, a quem desejar estabelecer alguma pretensão em juízo, condições efetivas para que isso se dê, além de garantir àquele, em face de quem se pretende essa guarida, suficientes meios de ser ouvido, de influir, de apresentar suas versões e de demonstrar também ser em seu benefício a proteção do direito material. Vale frisar que, mesmo nesta acepção, o termo tutela jurisdicional não se limita a observar o resultado final do processo; importa todo o curso do processo e somente na medida em que todo ele seja hábil a tratar dos direitos em abstrato é que haverá realmente tutela jurisdicional.

Diversa desta noção é aquela relativa à tutela jurisdicional do *direito* (efetiva proteção do direito material).

Nesta concepção, o termo tutela é empregado como resposta do Estado, assim entendida como aquilo de que necessita o autor que tenha razão, envolvendo não apenas o

---

[7] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 43.
[8] MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit, p.11.
[9] ARENHART, Sérgio Cruz, loc. cit, p. 44-45.

direito de provocar a jurisdição, mas em especial o direito a uma adequada prestação jurisdicional – aí incluído o direito a um procedimento, a um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material invocada pelo demandante.[10]

Requer-se aqui uma prestação jurisdicional que, considerada em seu conjunto, esteja realmente apta a proteger o direito sustentado pelo autor. Busca-se um processo que seja, concretamente, capaz de realizar, na sua integralidade, o direito material afirmado como existente pelo Estado-legislador. Não se pode contentar com um processo que se constitua apenas na concreção (enquanto mero juízo, operado no mundo das normas, declaratório) do direito material, mas é preciso buscar um que reflita exatamente aquilo que se mostra necessário e indispensável para que o Estado possa prover aquilo que a ordem jurídica material conferia a um titular de um interesse protegido[11].

Em que pese o mérito da primeira noção explicitada (tutela jurisdicional como instrumento de proteção de direitos processuais), entende-se que, na temática do acesso à justiça, a segunda acepção (efetiva proteção do direito material) é a que confere respostas mais satisfatórias às pretensões transindividuais deduzidas em juízo.

2.1 BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA

A necessidade de criação de canais de tutelas dos direitos massificados tem como causa social a massificação dos conflitos sociais, conforme aduz Gregório de Assagra Almeida[12].

A Revolução Industrial do século XVIII pode ser considerada a circunstância social que originou os movimentos sociais conflitivos, em razão da denominada ascensão das massas, intensificada no decorrer da história, que passou a exigir a tutela coletiva desses conflitos massificados. O verdadeiro ponto de partida dessa emergência social, portanto, é a Revolução Industrial inglesa, que se espalhou por todo o mundo com a industrialização e a criação da classe operária.

---

[10] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 46-47.
[11] ibidem, p. 47-48.
[12] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Interesses Difusos e Coletivos (Consumidor, Ambiental, ECA e Tutelas Jurisdicionais Coletivas.* Disponível em http://arquivos.unama.br/professores/iuvb/AulasAnteriores/TutelaDireitoDifusos/INT_AO_DIR_DOS%20INT_DIF/DIF_Aula01_Obrigatoria.pdf Acesso 15 out 2008.

Constata-se, destarte, que foi a partir deste momento histórico que os conflitos sociais aumentaram, atingindo coletividades de pessoas.

Com efeito, podiam ser identificados conflitos massificados entre a necessidade de criação de novos postos de trabalhos para a classe operária e o interesse empresarial na contenção dos custos de produção. Dentro do âmbito desses conflitos, surgiram os movimentos sindicais, como os primeiros corpos intermediários para a representatividade de determinada massa da sociedade: a classe operária.

Outros conflitos massificados começaram a surgir, especialmente no plano das questões ambientais e das relações de consumo. Havia de um lado o interesse na preservação das belezas naturais e, de outro, o interesse da indústria da construção civil. Havia, ademais, o interesse sobre a qualidade de determinados produtos de consumo de um lado e, do outro, o interesse de baratear e aumentar a produção (e, portanto, o lucro).

Como conseqüência, verificou-se a eclosão de vários segmentos sociais, como os sindicatos, as associações de bairros, as associações de defesa do meio ambiente e do consumidor, situação que se intensificou especialmente após a Segunda Grande Guerra Mundial. Tal circunstância fez com que começassem a ser criados instrumentos legais para a tutela, em juízo, dos interesses ou direitos coletivos.[13]

Neste particular, consoante explicita José Eduardo Faria, os problemas típicos de uma sociedade de massa, concernentes ao acesso ao Judiciário, à administração da justiça, à reforma do direito processual, à ampliação e "politização" dos serviços de assistência legal, à flexibilização dos procedimentos judiciais, à "informalização" dos tribunais e às propostas de uma "hermenêutica alternativa" tornaram-se, nos últimos anos, bastante polêmicos em diferentes países da América Latina[14].

Aduz tal autor que, no caso do Brasil, a industrialização, efetivada de modo acelerado e decorrente do regime autoritário, ensejou o surgimento, ainda incipiente, dos movimentos sociais. Com efeito, a industrialização provocou uma diferenciação sócio-econômica complexa e contraditória, que proporcionou a emergência de inúmeras associações populares não-políticas, dedicadas não apenas às tradicionais disputas referentes à distribuição dos recursos e bens materiais, mas também à reformulação dos códigos simbólicos-culturais. Tais organizações eram heterogêneas e constituídas à margem dos mecanismos comuns de

---

[13] ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. cit.
[14] FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito – os juízes em face dos novos movimentos sociais.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 11.

representação. Eram, ainda, descontínuas no tempo, dependendo por isso mesmo do êxito permanente em seus respectivos meios ambientes para poder sobreviver.

Uma das principais características destas novas associações consistiu no inovador comportamento de rejeitar as relações hierárquicas impostas pelas ordens econômica, política e jurídica em vigor, enfatizando o envolvimento e a participação dos cidadãos a partir de valores comunitários de forte conotação ideológica. Ainda que de modo utópico, tais associações perceberam a conveniência de se valerem do Direito vigente de um modo alternativo, a partir da articulação, mobilização e socialização dos grupos e classes subalternas.[15]

A partir de então, tais organizações passaram a ser reconhecidas como "os novos movimentos sociais", entre o final dos anos sessenta e o início dos anos setenta.

Os novos movimentos sociais eclodiram a partir da crise paradigmática decorrente da superação da tradicional dicotomia "privado" *versus* "público".

De acordo com o antigo paradigma, os movimentos coletivos tomam a forma de entidades, sindicatos e partidos estruturados a partir da centralização de funções e hierarquização de poderes – o que não só costuma inibir uma participação política livre, espontânea e autêntica no âmbito das organizações representativas, como ainda abre caminho para que estas sejam vítimas dos efeitos corrosivos das chamadas oligarquias burocráticas.

Já o novo paradigma, representado pelos novos movimentos sociais, que se caracterizam por contar com uma estrutura organizacional bem mais fluida, informal, descentralizada e desprofissionalizada, é aquele que valoriza três esferas distintas de ação social: não só o espaço "privado" contraposto ao espaço público da "política institucional", mas também o espaço "privado" contraposto à "política não-institucionalizada" (o que faz com que o processo político como um todo se torne cada vez mais pluridimensional e pluritemporal, condicionado por forças heterogêneas, atravessado por diacronias profundas entre discursos e práticas e não mais facilmente enquadrável pelas formas e categorias do constitucionalismo liberal clássico). De acordo com esse paradigma, a "novidade" dos movimentos coletivos emergentes nas lutas sociais e políticas das décadas de sessenta e setenta está no fato de que a sua auto-identificação não se refere apenas aos códigos políticos estabelecidos (as ideologias "esquerda" *versus* "direita", "liberal" *versus* "conservador" etc.) nem aos códigos sócio-econômicos parcialmente correspondentes (as relações de classe, como

[15] FARIA, José Eduardo. *op cit*, p. 12.

"operariado" *versus* "burguesia" etc.); refere-se, igualmente, a códigos não convencionais (feminismo, ecologia, pacifismo, emancipação cultural, anti-racismo etc.).[16]

Estes "novos movimentos sociais" são integrados por entes que, lutando contra as mais variadas formas de exploração e opressão política, econômica, social e cultural, utilizam-se das noções de direitos humanos como forma de "direito alternativo" das maiorias marginalizadas. [17]

Neste sentido, enuncia Boaventura Sousa Santos que, a partir dos movimentos sociais, os cidadãos se conscientizaram de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos – direitos sociais e econômicos. Em razão disso, estes movimentos enxergam no Direito e nos tribunais um importante cenário para reivindicação de seus interesses e de suas justas aspirações.

O mesmo autor efetua interessante constatação, no sentido de que, contraditoriamente, em uma fase incipiente, os movimentos sociais (como, por exemplo, o MST), não acreditavam na luta jurídica, mas que, a partir de certo momento, houve uma mudança de atitude, assim compreendida:

> E as classes populares que se tinham habituado a que a única maneira de fazer vingar os seus interesses era pela ilegalidade, começaram a ver que, organizadamente, poderiam obter alguns resultados pela via da legalidade. E é aí que os movimentos começam a utilizar o direito e os tribunais como uma arma.[18]

A mobilização destes grupos passou a redefinir as relações da sociedade com o Estado, compelindo-o a empreender uma revisão estrutural do ordenamento jurídico vigente, redescobrindo o sistema social como o "lugar" da política.

Com isso, os movimentos sociais acabaram deslocando a questão da constituição dos sujeitos políticos, tradicionalmente circunscrita à relação classe-partido-Estado – a única, até então, dotada de legitimidade, reconhecimento e eficácia política.[19]

Os novos direitos havidos no âmbito na sociedade de massa exigiram o desenvolvimento, pela ciência processual, de instrumentos judiciais para viabilizar, em juízo, sua tutela. A partir da constatação dessa realidade, entra em cena a ação coletiva, que se presta justamente a tal finalidade.

No que pertine às origens da ação coletiva, explicita Márcio Flávio Mafra Leal que tal ação não é um fenômeno contemporâneo, pois existe há pelo menos oito séculos,

---

[16] FARIA, José Eduardo. *op cit*, p. 12-13.
[17] Ibidem, p. 15.
[18] SANTOS, Boaventura de Sousa, op cit., 29 - 31.
[19] FARIA, José Eduardo, loc. cit, p. 15.

muito embora haja diferenças relevantes entre as primeiras ações medievais, as modernas e as contemporâneas.

Edward Peters, em uma revisão critica do livro *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, de Stephen Yeazel, cita o que pode ter sido o primeiro caso de ação coletiva de que se tem notícia: em 1179, os aldeões da vila de *Rosny-sous-Bois* reivindicaram a seus senhores o fim da condição de servos; em 1224-1225, vários aldeões desistiram do processo, em virtude das pressões dos clérigos e, finalmente, em 1246, os camponeses acabaram por comprar sua liberdade, sob a condição de não formarem uma comuna.

Stephen Yazell localiza as primeiras ações do gênero na Inglaterra Medieval (século XII). Tratava-se de conflitos envolvendo uma comunidade (aldeões) de um vilarejo contra os senhores (*lords*) por problemas relativos à administração e utilização das terras nos feudos; fiéis (*parishers*) disputando o pagamento de dízimos com os párocos; corporações (*guilds*) questionando o pagamento de tributos ou arrendamentos impostos pela autoridade local ou pelo senhor. [20]

A maioria da doutrina, no entanto, prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII como uma variante da *Bill of Peace*. Yeazell, entretanto, contesta essa origem, recuando a história da ação coletiva pelo menos cinco séculos antes da *Bill of Peace*.

Há que se fazer uma distinção entre as duas interpretações. Na ação coletiva medieval não se questionava a representação dos direitos alheios, vez que o direito material era mais ou menos compartilhado indistintamente pela comunidade. Ou seja, o membro da comunidade que figurava como autor da ação não representava o direito de um conjunto de indivíduos, mas de uma coletividade.

Utilizando-se dos conceitos atuais e fazendo-se um paralelo com a realidade pretérita, a ação coletiva medieval poderia ser vista como uma ação de uma comunidade sem personalidade jurídica, representada, para efeitos processuais, por um membro da comunidade. Essa ação medieval guarda semelhança com a ação para a defesa de direitos difusos contemporânea.

---

[20] LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 21-22.

Já o *Bill of Peace* originou as ações que cuidam de vários e independentes direitos individuais tratados processualmente de uma vez, cuja *ratio* era evitar a multiplicação de litígios.[21]

No contexto medieval, não havia discussão acerca da representatividade do autor da ação coletiva, por não se discernir indivíduo de comunidade como se concebe hoje. Sob tais condições, o processo judicial era voltado para o mérito do litígio, tornando as partes e sua definição como algo não problemático ou secundário.

Na fase da modernidade, há a continua ascensão do individualismo radical e a diminuição da importância dos grupos na estrutura social e no sistema jurídico. A concepção do indivíduo autônomo em face da comunidade a que pertence e a idéia de direito subjetivo passam a exigir um título e uma teoria que fundamente a possibilidade de que o autor represente os demais indivíduos ausentes da relação processual. Nessa perspectiva, a legitimação para ser parte foi, gradativamente, circunscrevendo-se a pessoas físicas e corporações (pessoas jurídicas), que foram sendo consideradas as únicas unidades reconhecidas a se representar em juízo (*legal entity*), tornando as entidades que não se encaixavam nesse conceito de pessoa de existência jurídica problemática. A partir do século XVIII, estabeleceu-se o problema de se justificar teoricamente a representação de grupos informais, que não se enquadravam no conceito jurídico de corporação. À época, duas classes se destacaram: as sociedades por ação (*joint-stock companies*) e as sociedades de amigos (*friendly societies*). A técnica da primeira consistia na reunião de grande capital por intermédio do oferecimento de ações captadas no mercado aberto a quem quisesse investir. As sociedades de amigos tinham finalidade de assistência mútua em que se administrava um fundo comum, utilizado em caso de problemas de saúde, com reembolso em prazo determinado.[22]

Ambas as sociedades foram obtendo reconhecimento legislativo, o que determinou o fim do recurso a ação coletiva na Inglaterra para dirimir seus conflitos. A partir daí, as ações coletivas foram rareando até se chegar a um período de hibernação, até sua revitalização na versão americana do século XX, por intermédio das *class actions for damages.*

---

[21] "No que tange às *class actions for damages* do sistema norte-americano, seus antecedentes derivam do *Bill of Peace* do século XVII, sendo que o instrumento, antes excepcional, acabou aos poucos adquirindo papel que hoje é visto pela doutrina como central no ordenamento dos EUA". GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Novo Processo do Consumidor. In* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 126-128.

[22] LEAL, Márcio Flávio Mafra, op cit, p. 21-32.

Na sociedade contemporânea, surge uma outra entidade, também sem personalidade jurídica, que dificilmente pode se configurar em uma pessoa para efeito de representação processual ou extraprocessual: é aquela formada por indivíduos inseridos em grupos, classes e categorias, identificados em razão da pertinência a uma raça, origem, gênero sexual, nível cultural e de emprego, do consumo de determinado produto, de pertencer a uma determinada faixa etária, entre outras formas contingenciais e, as vezes, efêmeras de agrupamento. Muitos desses grupos freqüentemente estão em situação desvantajosa em relação à parte contrária, de modo que se torna um imperativo de nossos tempos a busca de um instrumento jurídico que possibilite a representação desse grupo e de uma forma processual em que a decisão final vincule todo o segmento social representado. Daí a necessidade da ação coletiva, para possibilitar ao Estado apreciar e julgar os novos direitos em questão.[23]

Quanto às *class actions* norte-americanas, Vincenzo Vigoriti assim as delineia:

> A *class action* no sistema norte-americano, baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe.[24]

A *class action* norte-americana de início teve contornos imprecisos, até ser disciplinada pelas *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, tendo sido normatizada pela *Rule n.23,* que fixou as seguintes regras fundamentais:

> a) a class action seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da class; b) caberia ao juiz o controle sobre a adequada representatividade; c) também ao juiz competiria a aferição da existência da "comunhão de interesses" entre os membros da class[25].

Com vistas à tentativa de sistematização do grau da comunhão de interesses, resulta uma classificação das *class actions* em *true, hybrid e spurious,* conforme a natureza dos direitos objeto da controvérsia *(joint, commmon ou secondary, ou ainda several),* com diversas conseqüências processuais.[26]

Em contrapartida, as *Federal Rules* de 1966 *(Rule nº 23)* não mais contém a tripartição anterior, passando a definir as *class actions* de maneira geral e unitária, com o

---

[23] LEAL, Márcio Flávio Mafra, op cit, p. 23-32.
[24] Vincenzo Vigoriti, *Interessi colletivi e processo: la legittimazione ad agire,* Milão, Giuffrè, 1979, p. 254 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Novo Processo do Consumidor. In* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, pp. 126-128.
[25] Vigoriti, op.cit.ps 261 e segs.;Michele Taruffo, *I limiti soggettiviti Del giudicato e Le* class actions, *in Riv. Dir. proc.*, 1969, os. 618 e segs *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. O Novo Processo do Consumidor *in* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, pp. 126-128.
[26] GRINOVER, Ada Pellegrini, *op cit,* p. 126-128.

acréscimo de requisitos referentes à admissibilidade da ação[27]. Ressalte-se que a tutela judicial dos interesses e direitos coletivamente tratados permanece no sistema norte-americano, tendo por instrumento a *class action*.[28]

No Brasil, o sistema das *class actions for damages* norte-americanas, devidamente adaptado à *civil law*, inspirou a criação das ações coletivas em defesa de interesses difusos ou coletivos, de natureza indivisível, por intermédio da denominada Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) [29].

Contudo, a lei era destinada à proteção de bens coletivos indivisivelmente considerados, de modo que não viabilizava a reparação dos danos pessoalmente sofridos, cabendo aos indivíduos diretamente prejudicados valer-se das ações pessoais ressarcitórias, dentro dos esquemas do processo comum.[30]

Diante de tal dilema, o legislador brasileiro editou a primeira lei que, no âmbito da ação civil pública, cuidou da reparação pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários: a Lei nº 7.913/89, que legitimou o Ministério Público a adotar as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado.

Comentando a abrangência do artigo 2º da lei em questão, Ada Pellegrini Grinover aduz:

> O artigo 2º da lei fala em "condenação", devendo a importância dela resultante reverter aos investidores lesados, "na proporção de seu prejuízo". E, por sua vez, o §1º do mesmo dispositivo trata da "habilitação dos beneficiários", para receberem a parcela que lhes couber. Não havendo habilitação, ou dela decaindo os beneficiários, a quantia correspondente será recolhida como receita da União (§2º do artigo 2º).

Surgia, com, isso, a primeira *class action for* damages do sistema brasileiro (conquanto a lei *"não especificasse que a habilitação se faria por intermédio de processos de*

---

[27]Informa Ada Pellegrini Grinover que, em outros países filiados à *common law,* as *class actions for damages* possuem as seguintes feições: A Austrália tem recentemente introduzido as *class actions for damages,* a partir da legislação dos Estados de Victoria (1986) e Austrália do Sul (1987). No mesmo campo, a província de Quebec foi a pioneira no Canadá (1978), seguida pela *Ontario Class Proceeding Act,* de 1990. Israel está atualmente trabalhando no sentido de um mais amplo esquema de *class action for damages,* limitadas por enquanto ao campo de mercado de valores mobiliários. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Novo Processo do Consumidor. In* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 128.

[28] GRINOVER, Ada Pellegrini. *op cit*, p. 126-128.

[29] Consoante adverte SMANIO, "o nome ação civil pública contém uma impropriedade, uma vez que toda ação civil é pública (ação é direito de natureza pública). A expressão *pública* não é por causa do Ministério Público, que não é o único legitimado para entrar com a ação. **A ação pública ou coletiva (como chama o Código de Defesa do Consumidor) são sinônimas quando têm por objetivo a tutela dos interesses difusos, transindividuais ou metaindividuais, proposta por qualquer dos legitimados**" (grifos nossos). SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

[30] GRINOVER, Ada Pellegrini. l*oc. cit*, p. 129.

liquidação, sugerindo a idéia de uma condenação que já levaria em consideração os danos sofridos pelos investidores", como adverte Ada Pelegrini Grinover).

Frise-se, todavia, que não existe uma completa identidade entre o modelo brasileiro e o norte-americano, uma vez que a ausência de habilitação do interessado resultaria no recolhimento da importância não reclamada aos cofres da União, numa solução diversa do direito comparado, que prevê a *fluid recovery,* destinada a finalidades conexas com a dos interesses em jogo.

Para suprir esta e outras deficiências, foi editado o Código do Consumidor, que criava a categoria mais abrangente das ações coletivas para a defesa de interesses ou direitos subjetivos individuais, tratados conjuntamente por sua origem comum. E pelo Código veio a consagração definitiva da categoria das *class actions for damages,* a que o Cap. II do Título III confere disciplina específica[31].

O emblemático papel do Código de Defesa do Consumidor não se resumiu a implementar o sistema brasileiro de *class actions for damages*; antes, derivou de uma preocupação do legislador com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à justiça.

Para tanto, mostrou-se necessário o fortalecimento da posição do consumidor em juízo (freqüentemente pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual), mediante um novo enfoque da idéia de equilíbrio entre as partes, que não fosse garantido apenas no plano meramente formal. Imprescindível se revelou, outrossim, a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo, sem olvidar jamais as garantias do "devido processo legal[32] - importante conquista que não deve ser negligenciada[33].

---

[31] GRINOVER, Ada Pellegrini, *op cit*, p. 129.

[32] Ibidem*.,* p. 115.

[33] Ainda quanto à evolução legislativa, insta salientar que, de maneira vanguardeira, o Brasil dispõe de normas peculiares para a tutela jurisdicional coletiva. Em grau constitucional, proclama-se, no preâmbulo da vigente Constituição, a Justiça como valor supremo da sociedade. Esta também invoca os institutos da representação pelas entidades associativas (art. 5º XXI), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, Constituição Federal), a ação popular (LXXIII), a substituição processual pelos sindicatos (art. 8º, III) e a ação civil pública (art. 129, III). No plano infraconstitucional, destacam- se as Leis 4.717/65 (ação popular), assim como as mencionadas Leis 7.347/85 (ação civil pública) e 8.078/90 (código de defesa do consumidor). Além desses diplomas legais, cabe uma remissão às leis números 7.853/89 (lei de apoio às pessoas portadoras de deficiência física) e 8.069/ 90 (Estatuto da criança e do adolescente). Em 1965, com a edição da Lei nº 4.717, que rege a ação popular, o cidadão adquiriu meios para nulificar atos lesivos ao patrimônio público ou ao meio ambiente, assim como para restaurar os bens afetados. MENESES , Geraldo Magela e Silva. *Prestação de tutela jurisdicional coletiva.* In.: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 38 n. 149 jan./mar. 2001, p. 183.

2.2 TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

A adequada compreensão do sistema de tutela coletiva brasileiro passa, necessariamente, pelo esclarecimento de que tanto se alude à proteção dos direitos[34] essencialmente transindividuais, eis que caracterizados pela transcendência individual da titularidade e pela indivisibilidade da pretensão de direito material, como, igualmente, à proteção de direitos individuais pela via coletiva, ou seja, a proteção jurisdicional de direitos subjetivos não coletivos através de ações coletivas.

A falta desta percepção é responsável, em grande parte, por equívocos que acarretam indesejáveis restrições na aplicação do modelo de tutela jurisdicional coletiva implementado pelo microssistema legal brasileiro[35].

No tratamento doutrinário dos interesses transindividuais sempre foram empregadas duas expressões: interesses difusos e interesses coletivos, ora usadas como sinônimas, ora como categorias distintas.

Todavia, a indeterminabilidade dos titulares das pretensões difusas, contrastada com a determinabilidade dos titulares das pretensões coletivas, acabou por viabilizar uma verdadeira tipificação desses novos direitos[36].

Se sob o regime da Lei da Ação Civil Pública efetivamente a tutela coletiva nacional praticamente se restringia à proteção de direitos ontologicamente transindividuais, a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor, mediante a previsão da proteção dos chamados direitos individuais homogêneos, foi ela sensivelmente ampliada, por opção legislativa, no sentido da viabilidade de se tutelar também determinada gama de direitos subjetivos individuais por intermédio da via coletiva. Daí a conclusão: pelas ações coletivas, atualmente, tanto é possível a dedução de pedidos de tutela de direitos difusos e coletivos quanto de direitos individuais, desde que adequadamente qualificados como homogêneos[37]. Evidencia-se, com isso, a distinção entre *tutela de direitos coletivos* (referente aos interesses difusos e coletivos) e *tutela coletiva de direitos* (individuais homogêneos).

---

[34] Conforme ensina Smanio, nosso direito positivo confunde as expressões interesse difuso e direito difuso, tratando-os indistintamente, conforme o artigo 81, I, Código de Defesa do Consumidor. SMANIO, Gianpaolo Poggio, *op. cit,,* p. 3.
[35] VENTURI, Elton. Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 62-63 e 68.
[36] Ibidem, p. 49-50.
[37] Ibidem, p. 62-63 e 68.

2.2.1 Direitos difusos

Difusos – como os conceitua o Código de Defesa do Consumidor – são interesses ou direitos "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, artigo 81). Os interesses difusos compreendem grupos indeterminados de pessoas, entre as quais inexiste vinculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fatos conexas.

Advirta-se, porém, que, embora o Código de Defesa do Consumidor se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (como, de resto, ocorre com quaisquer relações fáticas e jurídicas); entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante.

O objeto dos interesses difusos é indivisível. Assim, por exemplo, o interesse ao meio ambiente hígido, porquanto compartilhada por número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade; também o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio objeto do interesse é indivisível. Destarte, estão incluídos no grupo lesado não só os atuais moradores da região atingida, como também os futuros moradores do local; não só as pessoas que ali vivem atualmente, mas até mesmo as gerações futuras, que, não raro, também suportarão os efeitos da degradação ambiental. Em si mesmo, portanto, o próprio interesse em disputa é indivisível[38].

Para Rodolfo de Camargo Mancuso[39], são caracteres dos direitos difusos:

a) indeterminação dos sujeitos;
b) indivisibilidade do objeto;
c) intensa conflituosidade;
d) duração efêmera, contingencial.

---

[38] MAZZILLI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 20 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51-54

[39] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 79.

Ressalte-se, ademais, que a explicitação legal do conceito de interesse ou direito difuso deve ser compreendida como contribuição de natureza inclusive político-ideológica, na medida em que definitivamente assentou sua equiparação a figura de direito subjetivo. Na verdade, o efetivo mérito legislativo da referida conceituação reside na determinação da viabilidade de tutelas tanto preventivas como repressivas referentes à sua violação, decorrentes do emprego de quaisquer espécies de ações e de provimentos judiciais, inclusive inibitórios e ressarcitórios, estes últimos destinados à integralização de fundos reparatórios geridos por conselhos multidisciplinares (artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública).[40]

2.2.2 Direitos coletivos

Em sentido lato, a expressão interesses coletivos refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias de pessoas. Nessa acepção é que a Constituição Federal se referiu a *direitos coletivos* em seu Titulo II, ou a *interesses coletivos*, em seu artigo129, III; ainda nesse sentido é que o próprio Código de Defesa do Consumidor disciplina a ação coletiva que se presta não só à defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, mas também a defesa de direitos e interesses difusos e individuais homogêneos.

Ao mesmo tempo em que admite esse conceito amplo de interesses coletivos, o Código de Defesa do Consumidor, entretanto, introduziu também um conceito mais restrito de interesses coletivos. Coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum (Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único, II).

Cabe aqui uma advertência. Embora o Código de Defesa do Consumidor se refira a uma relação jurídica básica, entendida como o elo comum entre os lesados que comunguem o mesmo interesse coletivo (tomado em seu sentido estrito), é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta. Entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada que une o grupo.

Tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos

[40] VENTURI, Elton, op. cit, p. 53.

dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis ou determinadas, ligadas pela mesma relação jurídica básica[41].

Ainda quanto à distinção, o Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou: "os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo" (Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 49.272-6, RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21.09.1994).[42]

Por sua vez, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, distinguem-se quanto à divisibilidade do interesse: só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum.[43]

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, estes são os requisitos que caracterizam o direito como coletivo:

a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem coesão e identificação necessárias;
b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores;
c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada.[44]

Para o mesmo autor, não se trata da defesa de um interesse pessoal do grupo; não se trata, tampouco, de mera soma ou justaposição de interesses integrantes do grupo; trata-se de interesses que ultrapassam esses dois limites, ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É síntese, antes que mera soma[45].

---

[41] MAZZILLI, Hugo Nigri, op. cit, p. 51-54.
[42] WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover *et al.* 8 ed. ver e atual e ampl conforme o novo código civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.635.
[43] MAZZILLI, Hugo Nigri.loc cit, p. 51-54
[44] MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit, p. 55.
[45] Ibidem, p. 48.

2.2.3. Direitos individuais homogêneos

Os interesses individuais são a base do conceito de direito subjetivo, em que a proteção estatal garante direta e imediatamente o interesse particular, que pode ser exigido do Estado. Entretanto, a antiga concepção da iniciativa processual monopolizada nas mãos do titular do direito subjetivo demonstra sua inadequação em face das novas relações jurídicas que envolvem milhares de pessoas, na mesma situação, com o mesmo fundamento jurídico, como, por exemplo, os consumidores de automóveis..

Dessa nova perspectiva do Direito, em que os limites entre o público e o privado estão diluídos, surgiram os chamados direitos individuais homogêneos, que estão uniformizados pela origem comum, mas permanecem essencialmente individuais. Ocorre que sua tutela processual pode ser coletiva, através da ação civil pública, inclusive com legitimidade do Ministério Público, quando forem relevantes para a sociedade.[46]

Para o Código de Defesa do Consumidor, interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único, III).[47]

2.2.3.1 Tutela coletiva e direito coletivo

A entusiástica utilização que se seguiu à criação dos novos mecanismos processuais nem sempre se deu de modo apropriado, às vezes por inexperiência de seus operadores, outras vezes por se imaginar, equivocadamente, que enfim se tinha em mãos o remédio para todos os males: para destravar a máquina judiciária e para salvar a sociedade de todas as agressões, do governo e dos poderosos em geral. A ação civil pública passou a ser a tábua de salvação, utilizada, indistintamente, para tutelar direitos individuais homogêneos e direitos transindividuais.

Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse domínio processual foi a de confundir *direito coletivo* com *defesa coletiva de direitos*, que trouxe a

---

[46] SMANIO, Gianpaolo Poggio, op. cit, p. 5-6.
[47] MAZZILLI, Hugo Nigri, op. cit, p. 51-54

conseqüência, à toda evidência distorcida, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direito de natureza transindividual. A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de ambos explica, talvez, a confusão que persiste na lei e na jurisprudência, inclusive. A partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, passou-se a considerar tal categoria, para todos os efeitos, como espécie dos direitos coletivos e difusos, lançando-os todos em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para sua defesa em juízo. Não é assim, todavia.

Conforme ensina Zawascki, é sabido, por exemplo, que o Ministério Público está constitucionalmente legitimado para tutelar todo e qualquer interesse transindividual, difuso ou coletivo (129, III, Constituição Federal); entretanto, não está legitimado a defender em juízo, irrestritamente, todos e quaisquer direitos individuais homogêneos. A sua legitimidade não se dá por força do dispositivo em questão, já que de direitos coletivos não se trata, e sim porque sua tutela, em forma coletiva, constitui, em determinadas situações, providência que interessa a toda a sociedade, o que atrai a regra da legitimação do artigo 127 da Constituição Federal. [48]

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (=sem titular indevidamente determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, daí a sua transindividualidade. "Direito coletivo" é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o direito difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à Administração Pública e nem a indivíduos particularmente determinados, mas sim a uma classe, categoria ou grupo de pessoas.

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos

---

[48] ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo:RT, 2007, p.39-42.

individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa de coletiva de todos eles. Há uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente, a pluralidade é também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata do artigo 46 do Código de Processo Civil, incisos II e IV, cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo.

Quando se fala, pois, em "defesa coletiva" ou em "tutela coletiva" de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.[49]

Neste mesmo sentido, Márcio Flavio Mafra Leal entende que há de se distinguir entre dois tipos bem específicos de ações coletivas: a ação que cuida de direitos difusos – ACDD – e as ações que cuidam de direitos individuais que recebem um tratamento processual coletivo – ACDI.[50]

Portanto, é imprescindível que se esclareça, quando da análise do novo modelo de proteção dos direitos individuais homogêneos erigidos pelo Código de Defesa do Consumidor, que não se trata propriamente de tutela de direitos coletivos, senão de tutela coletiva de direitos individuais, excepcionalmente concebida pelo sistema processual para incentivar a justiciabilidade de tais pretensões, que, não fosse a via coletiva, jamais ou dificilmente seriam sequer levadas à apreciação jurisdicional.[51]

2.2.3.2 *Fair notice* e *opt out*

Ainda no que tocante aos direitos individuais homogêneos, mais precisamente à correlação entre eventual ação coletiva e as respectivas demandas individuais, Ada Pellegrini Grinover ressalta que um dos principais temas concernentes às *class actions for damages* americanas é, atualmente, o que versa sobre os critérios de submissão de terceiros ao julgado,

---

[49] ZAVASCKI, op. cit, p.39-42
[50] LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit, p. 188-189.
[51] VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 62-63 e 68.

denominado *opt in* e *opt out*[52]. Com efeito, a Regra nº 23, "c" 2 e "c"3, das *Federal Rules* de 1966 expressamente prevê a possibilidade de optar-se pela exclusão da coisa julgada, sendo abrangidos por ela aqueles que, informados da demanda "da maneira melhor de acordo com as circunstâncias" (inclusive mediante intimação pessoal, quando passíveis de identificação), não tiverem procedido ao pedido de exclusão. É o critério denominado *opt out*, recentemente reafirmado pela Suprema Corte norte-americana, que dispensou os demais, não optantes pela exclusão, de expresso consentimento para integrar a demanda (o que corresponderia ao critério do *opt in*). Em outras palavras, adotado o critério do *opt out*, os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa, mas desde que tenha havido notícia pessoal (*fair notice)* do ajuizamento da ação[53].

Procurando-se explicitar de maneira mais clara o sistema, pode-se dizer que, após o ajuizamento de uma *class action for damages*, tenta-se levar ao conhecimento de todas as pessoas componentes do grupo a existência da demanda, a fim de que compareçam em juízo, querendo, para pedir sua exclusão da futura coisa julgada (*opt out*). Aqueles que não optarem expressamente pela exclusão, serão atingidos pela coisa julgada, favorável ou contrária, que opera *erga omnes*, com exceção dos excluídos, que não serão beneficiados nem prejudicados, permanecendo completamente imunes[54].

---

[52] Quanto ao regime do *opt out* e do *opt in* na legislação estrangeira, informa Antonio Gidi: "*In the French action en repr´esentation conjointe, the statute expressly prohibits "solicitation" of absent members' consent through personal letter, billposting, distribution of brochures, or television or radio advertisement. The representative can only use the written press as a means of notice. See Louis Bor´e, "L'Action en Repr´esentation Conjointe: Class Action Fran¸caise ou Action Mort-N´ee?," Recueil Dalloz Sirey 267 (1995); Raymond Martin, "L'Action en Repr´esentation Conjointe des Consommateurs," JCP 1994 I 3756; Lo¨ıc Cadiet, "Chronique de Droit Judiciaire Priv´e," JCP 1992 I 3587, n. 6. Article 30 of the Japanese Code of Civil Procedure instituted a limited representative action (appointed party), in which persons having a common interest may appoint one member as the representative for the entire body. This appointment can be done before or after the filing of the suit. See Code of Civil Procedure, art. 30 (Japan). Before enacting the statute, the Japanese legislature rejected a proposal under which the court would publish a group notice in the newspapers. The proposal was rejected because it was felt that the court should not appear to be endorsing the legitimacy of the action. However, contrary to what happens with the French action de repr´esentation conjointe, plaintiffs are free to "publicize their suit by themselves in order to recruit other claimants." See Taniguchi, "The 1996 Code of Civil Procedure of Japan – A Procedure for the Coming Century?" 45 Am. J. Comp. L. 767, 782-3 (1997). The Scottish Law Commission's proposal also adopts an "opt in" approach, clearly reducing the effectiveness of the class action device. The proposal, however, does provide for court notice. See Multi-Party Actions 21-26 (1996)*". GIDI, Antonio. *Class Actions in Brazil:A Model for Civil Law Countries*. The University of Houston Law Center, 2003, p. 337-338.

[53] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Novo Processo do Consumidor in* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, pp. 126-128.

[54] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Disponível em http://arquivos.unama.br/professores/iuvb/AulasAnteriores/DireitoProcessual/PROCESSO_CIVIL/DP_Aula10_Obrigatoria02.pdf Acesso 15 out 2008.

No caso brasileiro, ao se analisar o modelo nacional, empreendido através do processo coletivo, propiciador da obtenção da coisa julgada *erga omnes* e *in utilibus*[55], teoricamente, todo aquele individuo que necessitasse de tutela judicial para proteção de direito próprio, na medida em que tomasse conhecimento do ajuizamento de ação coletiva cujo objeto fosse a condenação do demandado ao ressarcimento de danos provenientes de uma origem comum (direitos individuais homogêneos), racional e idealmente, ou aguardaria o resultado do pleito coletivo para, em hipótese de insucesso, lançar mão da ação individual, ou requereria sua habilitação como litisconsorte do autor da ação coletiva, como lhe autoriza o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor[56].

Ocorre, todavia, que se revelam freqüentes os ajuizamentos de ações individuais na pendência de ação coletiva com idêntico objeto, ou, por vezes, até mesmo de diversas ações coletivas de objeto comum. Tal fenômeno se dá, em grande escala, em função da precariedade (quando não absoluta ausência) de comunicação a respeito, seja do mero ajuizamento de ações coletivas, seja da publicação das sentenças de procedência com potencial eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*.

É da índole das ações de classe sua ampla divulgação entre os interessados, com a finalidade de possibilitar a intervenção destes no processo ou mesmo, em certos ordenamentos, para se lhes facultar o pedido de exclusão da futura coisa julgada. É aquilo que

---

[55] "O artigo 103 da Lei nº 8.078/90 alcança inteiramente toda e qualquer defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Disciplinou a coisa julgada de acordo com a natureza do interesse objetivado: no caso de direitos difusos, a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes*, à exceção do caso de a improcedência decorrer de falta de provas, quando então outra ação poderá ser proposta com nova prova por qualquer legitimado, inclusive pelo mesmo autor da primeira ação; quando a tutela for de direitos coletivos, a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *ultra partes*, limitadamente, pois somente atingirá o grupo, categoria ou classe envolvida na ação, apresentando a mesma exceção: se a improcedência decorrer de falta de provas, ocasião em que, igualmente, outra ação poderá ser proposta com nova prova; quando se tratar de direitos individuais homogêneos, a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes* apenas no caso de procedência da ação, beneficiando as vítimas e os sucessores. A improcedência, por qualquer fundamento, não prejudicará as ações individuais, exceto quanto aos interessados que já tiverem intervindo como assistentes litisconsorciais na ação coletiva (artigo 103, §2º, do Código de Defesa do Consumidor). O § 1º do artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que a coisa julgada da ação coletiva, que verse sobre interesses difusos e coletivos, não prejudica interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade do grupo, classe ou categoria, ou seja, se a ação coletiva for improcedente, o indivíduo também poderá propor sua ação individual em razão de seu dano individualmente considerado". LEMOS, Raquel Filomena Gonçalves. *Eficácia preclusiva do julgamento da exceção de pré-executividade. In* Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado, v.29, n. 61, jan/jun 2005, p. 214-215.

[56] "A ampla divulgação prevista pelo art. 94 do Código de Defesa do Consumidor tem por finalidade a intervenção dos interessados no processo, a título de litisconsortes do autor coletivo. Trata-se de litisconsórcio unitário, uma vez que a lide será necessariamente decidida de modo uniforme com relação a todos, no que diz respeito ao dever de indenizar, fixado na sentença condenatória. Depois, nos processos individualizados de liquidação da sentença, o litisconsórcio que eventualmente se formar será comum". (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 882.)

o ordenamento jurídico norte-americano chama de *the best notice practicable under the circumstances.*

O legislador brasileiro, deixando de lado as intimações pessoais – não só impraticáveis, mas até impossíveis na hipótese de ação coletiva, dada a indeterminação das vítimas e de seus sucessores no momento do ajuizamento do processo de conhecimento –, escolheu o caminho da intimação por edital, para a qual se aplicarão, analogicamente, as regras do artigo 232 do Código de Processo Civil, no que couberem.

O Código de Defesa do Consumidor dispensa a publicação em jornal local, por ser dispendiosa e pouco acrescentar à notícia do órgão oficial, enquadrando-se ambas na categoria de *scientia ficta*.

Em contrapartida, o artigo 94 orienta no sentido da ampla divulgação da propositura da ação pelos meios de comunicação social – rádio e televisão – , de que encarrega os órgãos de defesa do consumidor, quais sejam, os órgãos federais, estaduais e municipais, bem como as entidades privadas de defesa do consumidor, integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (artigo 105).[57]

Apesar de tal previsão, a experiência demonstra que nem a publicação editalícia se revela suficiente, nem ocorrem quaisquer veiculações em tal sentido nos órgãos de imprensa (televisão, rádio ou jornais), os quais ainda não despertaram ou não foram despertados para o atingimento de sua função social.

Com efeito, muito embora constitua princípio constitucional que a programação das emissoras de rádio e de televisão priorize finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (Constituição Federal, artigo 221, I), bem como sejam da competência do Poder Executivo a outorga e a renovação de concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens (Constituição Federal, artigo 223), não se tem verificado qualquer comprometimento da mídia, sobretudo da efetivamente popular, com a mínima informação sobre os direitos decorrentes da cidadania, como deveria ocorrer mediante a divulgação da propositura de ações coletivas e de seus respectivos julgamentos favoráveis, com potencial eficácia *erga omnes*.

Note-se, neste passo, que, nada obstante o inexplicável veto ao artigo 96 do Código de Defesa do Consumidor, constitui direito básico dos consumidores, nos termos do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (inciso VI), assim como o acesso aos

---

[57] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 883-884.

órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais ou morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados (inciso VII).

Como visto, não pode ser atribuída à falta de regulação legal a insuficiente divulgação das ações coletivas, mas sim à conjugação de despreparo e de omissão dos operadores da tutela coletiva no Brasil[58].

Dos legitimados ativos, aos quais a lei imputa presunção de adequada representatividade social, seria razoável esperar-se que antes mesmo da propositura da ação coletiva já fomentassem alguma informação acerca da futura discussão judicial junto à coletividade, mediante assembléias, reuniões públicas, correspondências pessoais aos interessados – enfim, toda forma de comunicação hábil a gerar, quando menos, uma mínima e informal cientificação dos titulares da pretensão material tutelada, prováveis destinatários do julgamento de procedência da demanda.

Todavia, tal esperança sucumbe, no mais das vezes, diante da opção adotada pelo legislador pátrio ao habilitar entidades privadas como potenciais legitimadas ativas para conduzir demandas de classe, sem que lhes seja exigível demonstração alguma quanto a sua idoneidade técnico-financeira ou, mesmo, quanto à experiência na condução de ações coletivas, aparentemente não estando os magistrados a impor controle neste sentido, diversamente do ocorrido no modelo norte-americano.[59]

Esta exigência de comunicação aos interessados foi adaptada para o ordenamento jurídico brasileiro tomando por base o sistema da *class action* norte-americana que tem por regra a exigência de que todos os membros da *class* recebam uma *fair notice* do processo, pois a coisa julgada valerá para todos eles. No entanto, no sistema norte-americano esta notícia deriva de uma conseqüência diversa da que ocorre no Brasil, porque na *class action* o membro da *class* que não desejar ser atingido pelos efeitos da sentença deve requerer expressamente (*right to opt out*); conforme sobredito, a regra é que todos os membros sejam atingidos, qualquer que seja a decisão, daí a necessidade de ciência aos *interessados*. No procedimento do Código de Defesa do Consumidor, o *interessado* que desejar integrar o pólo ativo da demanda deve provar o seu interesse (do que, para o caso, decorrerá a sua legitimidade), porque não se pode admitir que qualquer um que alegue ter interesse seja admitido como litisconsorte. Mas, sem dúvida, esta necessidade de comprovação combinada com os direitos inafastáveis do integrante do pólo passivo ao contraditório e a ampla defesa

[58] VENTURI, Elton, op. cit, p. 395-396.
[59] Ibidem, p. 397.

podem gerar um verdadeiro caos no processo, inviabilizando o seu andamento. Melhor seria o legislador ter impedido a atuação dos *interessados* do que não decorria nenhuma inconstitucionalidade porque não só poderiam ajuizar ações individuais, como também a coisa julgada será *secundum eventum litis* e *in utilibus*[60].

No que se refere às ações individuais propostas em data anterior, estabelece o artigo 104 que as ações coletivas não induzem litispendência; todavia, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* decorrentes da sentença de procedência nelas proferidas não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva[61].

Problema que surge quando da aplicação prática da presente norma consiste em saber quando se pode dizer que, dos autos, consta efetivamente a referida ciência. Seria necessário que a ciência fosse explícita e expressa, específica para o ato da opção? Ou bastaria que, dos autos, constassem elementos suficientes para a caracterização da ciência por parte do consumidor? Parece ser a segunda a interpretação mais correta ao dispositivo, pois aquilo que visa a lei é a certeza de que o consumidor, efetivamente, tomou ciência do fato e do exato momento em que esta ciência ocorreu, para que o *dies a quo* esteja caracterizado com precisão.

Se, por um lado, não é indispensável que se abra expressamente a oportunidade para a opção, por outro lado, é imprescindível que a informação sobre a litispendência da ação coletiva seja clara e inequívoca, não devendo ser consideradas as informações vagas, ambíguas ou equívocas. Muito menos é de ser considerada a informação contida nas entrelinhas de um requerimento ou documento apresentado. Em vista do princípio da transparência, a instruir a relação de consumo em todos os seus aspectos, inclusive em juízo (Código de Defesa do Consumidor, artigo 4º, *caput*), a informação, para que se considere constante dos autos, há de ser destacada.

Não há o magistrado que se satisfazer com a mera ficção de ciência da parte. Deve buscar, tanto quanto possível, a efetiva ciência por parte do consumidor. Assim, caso a caso e de acordo com seu livre convencimento motivado, deve o magistrado avaliar se houve efetiva ciência, por parte do consumidor, do ajuizamento de ação coletiva com o mesmo objeto[62].

---

[60] FERREIRA, William Santos. *O Código de Defesa do Consumidor e as ações coletivas para a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos*. In Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Sergipe: Escola Superior da Magistratura, n° 03, 2002, p. 62-65.
[61] ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit, p. 175-176.
[62] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 200-203.

Tendo em vista todos os aspectos acima suscitados, o *dies a quo* será o da intimação do consumidor para falar nos autos e se manifestar sobre o documento em que consta a informação, ou o da audiência em que tal informação for obtida. Não é de ser descartada a hipótese de a informação constar de requerimentos ou de documentos apresentados pelo próprio consumidor, inclusive com a petição inicial. Nesses casos, como é intuitivo, o *dies a quo* será o da juntada aos autos de tais documentos. Também imaginável que a informação provenha da parte do próprio magistrado, caso em que são aplicáveis as regras acima.

Antonio Gidi destaca que, a partir do enfrentamento desta questão surge um outro problema, qual seja, o de saber se poderá vir a ser beneficiado pela decisão coletiva aquele consumidor que não requereu a suspensão do seu processo por ignorar a existência da ação coletiva. Enfocando a questão por um outro prisma, estaria o fornecedor, réu na ação coletiva, obrigado a comunicar ao juízo e, pois, à parte contrária, a existência da ação coletiva contra si proposta? Ou, ainda: a opção referida é um direito do consumidor a ser proporcionado pelo fornecedor? Ou seria mera possibilidade em face de eventual conhecimento próprio ou de ato de liberalidade do fornecedor em comunicar ao adversário?[63]

A doutrina não é expressa, mas estuda o assunto como se tratasse de mera liberalidade da lei, não, propriamente, um direito assegurado ao consumidor pelo código. A opção de suspender ou prosseguir o seu processo individual passaria a constituir um direito para o consumidor apenas a partir da informação constante nos autos, e se extinguiria com o transcurso *in albis* do prazo de trinta dias, ou qualquer outra forma de preclusão. Na ausência dessa informação nos autos, não haveria direito ao requerimento de suspensão do processo individual, e conseqüentemente, a ser beneficiado pela procedência da ação coletiva.

Ao fornecedor, de acordo com o entendimento da maioria da doutrina, não incumbiria informar o consumidor sobre essa existência. Com essa função de informação ao público consumidor, haveria entidades próprias (Código de Defesa do Consumidor, artigo 94, *in fine*, c/c o artigo 105), criadas ou reconhecidas pelo próprio código com o dever institucional de promover a educação e a informação para o consumidor. Não seria do fornecedor que se iria exigir o fornecimento dessa informação ao consumidor.

Prossegue Gidi, afirmando que a questão, nos termos em que vem sendo posta pela doutrina, está equivocada. Não diz a lei que "os autores das ações individuais serão beneficiados pela extensão *in utilibus* da coisa julgada da ação coletiva somente se requererem sua suspensão". O que diz (e quer) a lei é algo sensivelmente diverso. Diz: "os

[63] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*, p. 200-203.

autores das ações individuais não serão beneficiados pela extensão *in utilibus* da coisa julgada da ação coletiva se, cientes da sua existência, não requererem a suspensão do seu processo". Visa a lei a afastar do benefício aquele que, tomando ciência nos autos da existência de ação coletiva, não requereu tempestivamente a suspensão do seu processo individual, optando expressa ou implicitamente por ser excluído da incidência da coisa julgada da sentença favorável da ação coletiva. O requerimento de suspensão do processo individual é um ônus processual para o consumidor apenas a partir do momento em que há a referida ciência. Todavia, adverte o autor que, em sentido contrário, posicionam-se Ada Pellegrini Grinover e Arruda Alvim[64].

O autor assevera, outrossim, que essa interpretação não pode decorrer da literalidade do dispositivo. Ao contrário, o texto, se lingüisticamente lido, introduziria inclusive à conclusão inversa. No entanto, essa interpretação, se não é a mais conforme à literalidade do texto da lei, é plenamente adequada ao seu espírito e tem a vantagem de induzir o fornecedor a, em seu próprio interesse, informar o consumidor da existência de ação coletiva contra si proposta, com o objetivo correspondente ao da ação individual. Essa conduta do fornecedor é, indubitavelmente, a mais consentânea com o espírito de boa-fé e de transparência que o Código de Defesa do Consumidor visa a imprimir às relações de consumo.

Para Gidi, se o direito positivo concedeu a opção ao consumidor e porque lhe reconhece o direito de optar entre aguardar a sentença coletiva e ignorá-la, prosseguindo individualmente, seria um meio de esvaziar a prescrição contida no artigo 104 se ao consumidor não se resguardasse a efetiva possibilidade de ser comunicado da existência da ação coletiva. Portanto, incumbe ao próprio fornecedor informar ao consumidor sobre a existência de ação coletiva contra si proposta com o objeto correspondente à ação individual. Só assim o consumidor poderá realizar a opção concedida pela lei.

A interpretação contrária conduziria ao absurdo, porque se o fornecedor, que é quem tem mais condição de saber da existência da ação coletiva, se recusa a informar o consumidor, como poderia ele vir a tomar ciência do fato? Isso praticamente inutilizaria a importância e a aplicabilidade do dispositivo que, curiosamente, prejudica aquele consumidor diligente, cidadão atuante e cioso dos seus direitos, que propôs a sua ação individual[65].

Na visão de Teori Albino Zawascki, o legislador brasileiro optou claramente por solução diversa da apresentada pelo direito norte-americano. Com efeito, segundo o regime

---

[64] GIDI, Antonio, op. cit, p. 200-203.
[65] Ibidem, p. 204.

do Código de Defesa do Consumidor, mormente os artigos 94, 103 e 104, vigora o princípio da integral liberdade de adesão ou não ao processo coletivo que, em caso positivo, deve ser expressa e inequívoca por parte do titular do direito. Compreende-se, nessa liberdade de adesão, a) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva; b) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual, simultânea à ação coletiva; e c) a liberdade de executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva.[66]

Para o autor, resulta evidente desse conjunto normativo que o titular do direito subjetivo individual que preferir não aderir à ação coletiva está imune a qualquer conseqüência desfavorável à sua situação jurídica. Na verdade, ao assim proceder, correrá menos riscos do que se optar pela adesão. É que, aderindo como litisconsorte, poderá ter voltados contra si os efeitos da coisa julgada decorrentes da eventual sentença de improcedência da ação coletiva, já que fica impedido, nesse caso, de promover ou prosseguir com sua ação individual. É o que se infere, a *contrario sensu*, do disposto no parágrafo segundo do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Já se não aderir, além de não ser atingido pela improcedência da ação coletiva, terá em seu benefício a sentença de procedência que nela vier a ser proferida. Esse benefício somente lhe será negado se, além de não aderir, preferir dar continuidade, desde logo, à sua demanda individual paralela, hipótese em que ficará vinculado à sentença – de procedência ou de improcedência – que nela for proferida. É o que decorre do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, em mais uma clara e inequívoca demonstração de que, no direito brasileiro, ao contrário do que ocorre no direito norte-americano, está consagrada a liberdade do titular do direito individual de aderir ou não ao processo coletivo, de submeter-se ou não ao que nele for decidido, de manter ou não, independentemente da existência ou do resultado da ação coletiva, o seu *status quo* jurídico individual.[67]

Contrariamente, para Gidi, o direito brasileiro é idêntico ao americano neste particular. Afirma o autor que sua interpretação dos dispositivos legais em análise está conforme o regime jurídico da *class action,* na qual o membro do grupo tem o direito de ser cientificado adequadamente do ajuizamento da ação coletiva, sob pena de poder se esquivar da incidência da coisa julgada. A partir dessa ciência, pode, então, exercer o seu direito de optar por sair da esfera de abrangência da coisa julgada (*right to opt out*), ou, em seu silêncio, optar por nela permanecer. Nas ações coletivas do direito brasileiro ocorre deferir-se ao

[66] ZAVASCKI, op. cit, p. 175-176.
[67] Ibidem, p.177.

consumidor o direito de, após a efetiva informação sobre a pendência de uma ação coletiva com objeto correspondente ao da sua ação individual, excluir-se da esfera de incidência da coisa julgada na ação coletiva, e não o contrário, impondo-se-lhe o dever de expressamente nela se incluir. Assim, exatamente como ocorre com as *class actions* do sistema norte-americano, nas ações coletivas do direito brasileiro haveria o *right to opt out*, e não o *right to opt in*.

Por isso, caso não haja informação nos autos sobre a existência da ação coletiva, e se a ação individual ainda não houver transitado em julgado, o consumidor seria beneficiado pela ação coletiva, e sua ação individual deveria ser extinta sem julgamento do mérito.[68]

Em seu modelo de Código de Processo Civil Coletivo para países de direito escrito, propõe Antonio Gidi a eliminação de injustificadas diferenças procedimentais em ações coletivas. Para o autor, tais diferenças existem no Brasil e nos Estados Unidos meramente por casualidades e equívocos históricos e esta seria a oportunidade para corrigir tais "deformações". Não haveria nada que justificasse que a notificação nas ações coletivas indenizatórias americanas (*class actions for damages*) seja mais rigorosa do que nas demais ações coletivas ou que o regime da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras seja diferente de acordo com o tipo de pretensão envolvida[69].

O artigo 5º, a título exemplificativo, ocupa-se da notificação adequada ao grupo e seus membros, mediante a utilização, pelo juiz, de "*todas as técnicas disponíveis para uma adequada notificação ao grupo, inclusive anúncios na imprensa e na Internet, em instrumentos de circulação compatível com a dimensão e o tipo do grupo"*[70].

---

[68] GIDI, Antonio, op. cit. p. 201.

[69] GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo. Um Modelo para Países de Direito Escrito*. In: Direito e Sociedade. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, v. 3, n.1, jan./jun. 2004, p. 151-186.

[70] Artigo 5. Notificação adequada

5. Na fase inicial do processo coletivo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto (vide arts. 3.2, 14.6 e 16.1).

5.1. A notificação deverá ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos (Vide. art. 2) e membros do grupo. O Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis serão sempre notificados (Vide arts. 5.10, 14.9 e 24.3).

5.2. O juiz utilizará todas as técnicas disponíveis para uma adequada notificação ao grupo, inclusive anúncios na imprensa e na Internet, em instrumentos de circulação compatível com a dimensão e o tipo do grupo.

5.3. A notificação e a identificação dos membros do grupo e entidades relevantes é de responsabilidade de ambas as partes e do juízo mas, em princípio, será custeada pelo representante do grupo (vide art. 5.12). Quando a identificação ou a notificação for difícil e custosa para o representante e não para a parte contrária ao grupo, o juiz atribuirá tal função à parte contrária, que poderá ter o direito de ser ressarcida das suas despesas pelo representante do grupo (vide art. 5.13).

5.4. A notificação será transmitida em linguagem simples, clara e acessível em face das circunstâncias e deverá incluir, entre outras informações:

5.4.1. A definição do grupo;

Por seu turno, o Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, de co-autoria de Ada Pellegrini Grinover, distanciou-se decididamente da solução do *opt out* e do *opt in* das class actions norte-americanas. Segundo a autora, essa solução, que tem demonstrado sua ineficácia até nos Estados Unidos, exige, em primeiro lugar, um complicadíssimo sistema de notificações, até pessoais, que entram em conflito com a idéia de se atingirem centenas ou milhares de pessoas, membros da classe, num único processo. Por outro lado, em países da comunidade latino-americana, outros elementos advogam contrariamente à chamada de todos os membros da classe a juízo: a falta de informação e conscientização de amplas camadas da população, a dificuldade do acesso à justiça, a

---

5.4.2. A identificação do réu;
5.4.3. A identificação e a informação para contato do representante e do advogado do grupo;
5.4.4. A descrição da controvérsia coletiva, com um resumo dos fatos;
5.4.5. A pretensão coletiva e o objeto do processo;
5.4.6. As consequências do processo coletivo para o grupo e seus membros;
5.4.7. O caráter vinculante da sentença coletiva e a possibilidade e o prazo para propositura de ação individual, se o membro tiver interesse em se excluir do grupo (Vide art. 20.1);
5.4.8. Cópia da petição inicial, da contestação e de documentos relevantes, selecionados pelo juiz com o auxílio das partes;
5.4.9. Instruções sobre como obter mais informações sobre o processo coletivo;
5.4.10. Qualquer outra informação relevante no caso concreto.
5.5. A notificação será enviada em nome do juízo.
5.6. O texto da notificação será redigido de forma neutra e imparcial. O juiz poderá atribuir tal função ao representante do grupo, sob fiscalização do réu e controle do juiz.
5.7. O juiz poderá reduzir ou dispensar a notificação individual dos membros do grupo, se ela for desproporcionalmente custosa ou se a propositura da ação coletiva tiver obtido notoriedade adequada.
5.8. O representante do grupo deverá manter os membros do grupo constantemente informados sobre os aspectos importantes do desenvolvimento da ação coletiva, sob pena de ser considerado inadequado. O juiz poderá promover a notificação formal de qualquer evento do processo, se estiver insatisfeito com a notificação periódica promovida pelo representante.
5.9. Os legitimados coletivos mais significativos a critério do juiz deverão e os que assim solicitarem poderão receber notificação dos atos importantes realizados no processo.
5.10. O juiz não promoverá a notificação, se a ação coletiva for manifestamente incabível ou infundada.
5.11. Para evitar prejuízo ao réu ou para poder dar uma informação mais completa ao grupo, o juiz poderá adiar a notificação ampla até ter convicção do cabimento e da boa-fé da ação coletiva, limitando a notificação, em um primeiro momento, aos legitimados coletivos mais significativos (vide art. 14.9).
5.12. O juiz poderá ordenar que as despesas com a notificação ampla e identificação dos membros do grupo sejam total ou parcialmente suportadas pelo réu, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva (vide art. 5.13).
5.13. Se a parte contrária ao grupo envia correspondência aos membros do grupo ou mantém a publicação de periódicos ou brochuras ou um sítio na Internet, o juiz poderá ordenar a notificação através desse método, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva, de forma a notificar adequadamente o grupo sem aumentar substancial e desnecessariamente as despesas (vide arts. 5.3 e 5.12).
5.14. O juiz poderá ordenar a criação de um sítio na Internet, contendo informações importantes sobre o processo coletivo e sobre os fatos que levaram à sua propositura, com cópias da notificação, da petição inicial, da contestação e das principais peças, documentos e decisões do juiz. O sítio deverá ser atualizado freqüentemente com o objetivo de informar os membros do grupo sobre o andamento do processo e poderá conter mensagens importantes para o grupo e seus membros, tais como a solicitação de informações ou provas e a divulgação de uma eventual proposta de acordo. O endereço eletrônico do sítio será amplamente divulgado. O juiz poderá ordenar que seja inserida uma conexão para referido sítio no sítio do representante do grupo, do interveniente e da parte contrária ao grupo.

distância e a inalcançabilidade do fórum onde corre o processo coletivo. Com o resultado iníquo de que quem não soube, não pôde ou não conseguiu exercer o *opt out* vai ser ferido de morte, em seus direitos subjetivos pessoais, pela coisa julgada negativa que poderá se formar.

Por questões políticas, que incluem a garantia do acesso à justiça para ver discutidas as pretensões pessoais, a opção do Código Modelo foi diversa, o que também simplifica o sistema de notificações, porquanto a coisa julgada *erga omnes* não prejudicará as pretensões pessoais, a serem deduzidas em processos individuais.[71]

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado mesma autora, dispõe em seu artigo 7º sobre a comunicação pelo juiz ao Ministério Público e outros legitimados sobre processos repetitivos, a fim de que proponham, se for ação coletiva. Essa orientação confirma o entendimento de que a ação coletiva é de interesse social quando ajuizada para evitar a proliferação de ações individuais repetitivas. Ademais, o artigo 46 do anteprojeto dispõe sobre a criação de um cadastro nacional dos processos coletivos, o que é muito positivo para que possam ser detectados pontos de estrangulamento do sistema com a tomada de medidas de forma articulada e eficaz. Contudo, Gregório Assagra de Almeida tece relevante crítica, no sentido de que não dispõe o anteprojeto de um capítulo ou artigo sequer para a tutela preventiva que, por ser hoje a mais importante forma de tutela no contexto do Estado Democrático de Direito, mereceria um tratamento próprio, especialmente no plano da tutelas preventivas de conhecimento[72].

O anteprojeto elaborado pela UERJ-Unesa, sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, prevê a criação de um cadastro nacional de processos coletivos (parte I, capitulo IX, artigo 28), com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, de forma a ser facilitada a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão[73].

O projeto contemplava o direito à auto-exclusão (*right to opt out*), mas a inovação não foi mantida na versão final, datada de dezembro de 2005[74]. O que existe é um sistema de exclusão mitigado, sendo que ao interessado é facultado optar entre o requerimento de

---

[71] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Disponível em http://arquivos.unama.br/professores/iuvb/AulasAnteriores/DireitoProcessual/PROCESSO_CIVIL/DP_Aula10_Obrigatoria02.pdf Acesso 15 out 2008.

[72] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 107,111,123.

[73] Ibidem, p. 108.

[74] ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Coisa Julgada e litispendência no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: RT, 2007, p. 189.

exclusão da ação coletiva e o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado. Na falta de prazo estipulado pelo juiz, poderá ocorrer ate a publicação da sentença no processo coletivo.

O anteprojeto prevê em seu artigo 32 a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos órgãos de comunicação social. A comunicação poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, contracheque, extrato, fatura etc., observado o critério da modicidade do custo[75].

2.3 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA NO BRASIL

Segundo estatui Gregório Assagra de Almeida, o fenômeno mundialmente denominado *coletivização do processo* não pode mais ser compreendido e explicado dentro da concepção ortodoxa liberal-individualista do direito processual clássico. As condições da ação, especialmente a legitimidade e o interesse, os pressupostos processuais, mais precisamente em relação à citação e à inexistência de litispendência e de coisa julgada, bem como a coisa julgada coletiva em si, não possuem a mesma identidade de sentido nos campos do direito processual clássico e do direito processual coletivo.

A tentativa de utilização impensada dos institutos do direito processual civil clássico para dar resposta às tutelas jurisdicionais coletivas só resultou em barreiras à proteção dos direitos ou interesses coletivos primaciais a sociedade, o que flagrantemente contraria a concepção de Estado Democrático de Direito – que é o Estado da Justiça material ou também o Estado da transformação da realidade social – adotada no artigo 1º da Constituição Federal.

Daí a necessidade de sistematização do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual e como instrumento fundamental de proteção e de efetivação material potencializada do estado democrático de direito[76].

O direito processual coletivo surge no Brasil como novo ramo do direito processual, a partir da Constituição Federal, que confere, em várias oportunidades, dignidade constitucional aos direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, ao mesmo tempo em que assegura o acesso incondicionado e ilimitado a justiça, de sorte que a garantia constitucional

---

[75] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*, op. cit p. 111.
[76] Idem. *Direito processual coletivo brasileiro. Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 137-141.

não mais se restringe à tutela dos direitos individuais (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal). Além disso, agora a maioria das ações coletivas ou das ações que podem também ser utilizadas para a tutela de direitos coletivos estão consagradas na Constituição Federal, como a ação popular (5º LXXIII), a ação civil pública (129, III), o dissídio coletivo (114, par. 2º), a ação de impugnação de mandato eletivo (14, par. 10 e 11), o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI), o mandado de segurança (5º, LXIX e LXX). Por outro lado, a Constituição Federal ainda avançou muito no controle concentrado de constitucionalidade das leis, consoante se extrai dos seus artigos. 102, 103, e 125, § 2º.

Convém ponderar, entretanto, que a autonomia do direito processual coletivo não nega a unidade do direito processual, tendo em vista que esta unidade é preservada constitucionalmente pelo que se tem denominado direito constitucional processual, que seria composto pelo conjunto de garantias e princípios constitucionais que se aplicam indistintamente a todos os ramos do direito processual, como, v.g., o princípio do devido processo legal e o da inafastabilidade das decisões judiciais (5º, LIV e XXXV, respectivamente, da Constituição Federal). O direito processual coletivo tem natureza e dignidade constitucionais e pertence, como legitima opção do legislador constituinte pátrio, ao que a doutrina especializada tem chamado de direito processual constitucional, que é composto pelo conjunto de garantias, princípios e regras processuais que estão na Constituição Federal, não obstante não sejam matérias essencialmente constitucionais. São exemplos: o mandado de segurança (5º LXIX e LXX); o mandado de injunção (5º LXXI); disposições constitucionais sobre legitimidade ativa (5º XXI, 103 e 129 par. 1º) etc.[77]

Essa autonomia atende aos fins do processualismo atual, que sustenta a necessidade de revisitação do direito processual no sentido de uma reaproximação com o direito material, o que tem sido colocado em prática legislativa com a criação das denominadas tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Portanto, para a tutela jurisdicional de um interesse ou direito coletivo é imprescindível a existência de um direito processual coletivo. Caso contrário, a forma e precisamente o instrumento não corresponderão aos anseios e às necessidades do objeto.

Mas é precisamente no campo do objeto que o direito processual coletivo divide-se em direito processual coletivo *especial* e direito processual coletivo *comum*[78].

---

[77] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro. Um novo ramo do direito processual*, p. 137-141.
[78] Ibidem, p. 138.

Quanto ao objeto formal, observa-se que existe um conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais próprios para o *direito processual coletivo especial,* que se diferencia peculiarmente por se destinar à tutela jurisdicional exclusivamente do direito objetivo. Esse conjunto seria formado, v.g., pela ação direta declaratória de constitucionalidade e outros instrumentos processuais inseridos no controle concentrado de constitucionalidade.

Da mesma forma, existe um conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais próprios para o *direito processual coletivo comum*, que se destina à tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo. Esse conjunto de disposições processuais é formado por uma gama enorme de ações e princípios constitucionais, como, v.g., a ação popular (5º LXXIII), a ação civil pública (129, III), e no plano infraconstitucional pelo microssistema de tutela jurisdicional coletiva decorrente da completa interação existente entre a Lei da Ação Civil Pública (artigo 21) e o Código de Defesa do Consumidor (artigo 90).[79]

No plano do objeto material, verifica-se também, até com maior nitidez, essa divisão: a) o objeto material do *direito processual coletivo* comum é a resolução da lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretude – é portanto a proteção de direito coletivo subjetivo; b) já o *direito processual coletivo especial* tem como objeto material o controle em abstrato da constitucionalidade das leis – é a tutela jurisdicional exclusivamente do direito objetivo. Aqui não seria correto falar-se em tutela jurisdicional de direito subjetivo, mas, sim, de interesse coletivo objetivo legítimo, tendo em vista que a tutela jurisdicional neste caso é objetiva e não subjetiva – não se julga lide no controle concentrado da constitucionalidade das leis, mas se protege, no plano abstrato, a ordem constitucional contra as investidas normativas com ela incompatíveis[80].

Todavia, tanto no direito processual coletivo especial quanto no direito processual coletivo comum, o objeto material está relacionado com alguma espécie de interesse coletivo em sentido amplo. E mais: o direito processual coletivo especial e o direito processual coletivo comum são instrumentos fundamentais de proteção e de efetivação material do Estado Democrático Brasileiro. Por esses pontos comuns, dentre outros, é que eles se enquadram no direito processual coletivo como novo ramo do direito processual brasileiro.

Observa-se ainda que, mesmo quando se refere aos direitos ou interesses individuais homogêneos, nota-se que eles, apesar de divisíveis, recebem, sob o ponto de vista

---

[79] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, op. cit, p. 138.
[80] Ibidem, , p. 139.

jurisdicional e até que haja a habilitação das vítimas ou seus sucessores (isto no direito processual coletivo comum), tratamento coletivo pautado pelo interesse social da própria atividade jurisdicional de solucionar, em um mesmo processo, várias lides e questões jurídicas, evitando-se decisões contraditórias e homenageando-se o princípio da economia processual.[81]

2.3.1 Sistema brasileiro de tutela jurisdicional coletiva

O direito brasileiro é dotado, conforme mencionado, de amplo sistema de proteção de direitos coletivos, bem como de direitos individuais de massa.

O primeiro diploma concebido, no direito nacional, especificamente para a tutela dos interesses da coletividade, foi a Lei 4717/65 (ação popular), concebida pra a proteção do patrimônio público, pelo cidadão. O diploma legal permanece em vigor, mas seu grande defeito consiste na legitimação conferida; embora represente louvável homenagem à democracia participativa, permitindo que qualquer cidadão possa ir a juízo para a proteção do patrimônio público, é certo que os indivíduos normalmente não têm condições (econômicas, jurídicas e mesmo interesse efetivo) de postular, perante o Judiciário, em oposição à Administração Pública ou a grandes empresas (eventualmente beneficiadas pelo ato lesivo). Esta dificuldade, assim, praticamente anulou o benefício introduzido pela Lei de Ação Popular, muito embora ainda se encontrem no foro algumas ações específicas que dele se valem para a proteção dos interesses públicos.

A superação deste inconveniente veio com a edição, em 1985, da Lei 7347/85 (Lei de Ação Civil Pública). A esta lei agregou-se o Código de Defesa do Consumidor, para formar um sistema integrado. Isto porque o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, manda aplicar as ações ajuizadas com base nesse código, as regras pertencentes à Lei da Ação Civil Pública e ao Código de Processo Civil, naquilo que sejam compatíveis. Por outro lado, pelo artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública – introduzida pelo artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor – são aplicáveis às ações nela calcadas as disposições processuais existentes no Código de Defesa do Consumidor. A Lei da Ação Civil Pública e o Código de

[81] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, op. cit, p. 140.

Defesa do Consumidor estão, portanto, interligados, existindo perfeita interação entre dos dois institutos legais[82].

O sistema de proteção dos interesses coletivos é completado por leis esparsas, relativas a situações específicas, como a Lei de Abuso do Poder Econômico (Lei 8884/94, especialmente artigos 29 e seguintes) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90, especialmente artigos 208 e seguintes).

Esse sistema integrado permite dizer que é admissível, perante o direito nacional, a proteção de qualquer interesse coletivo, ou ainda de qualquer interesse individual de massa, pela via da ação coletiva. Pode-se mesmo lançar mão de ações específicas, em determinadas circunstâncias, para a proteção destes interesses, de intervenção rápida e relevância constitucional, como ocorre com o mandado de segurança coletivo (5º, LXX, Constituição Federal)[83].

Cumpre frisar que a integração dos sistemas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública proporciona um alargamento das hipóteses de ação civil pública tratadas na Lei 7347/85, por tudo vantajoso na tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos. A redação da Lei da Ação Civil Pública parece indicar posição restritiva do legislador, quando submete ao seu regime apenas a ação de responsabilidade dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, bem como a ação cautelar e a ação de obrigação de fazer e não fazer.

Poder-se-ia pensar, por exemplo, na pretensão de invalidação de um contrato administrativo lesivo ao meio ambiente, surgindo dúvidas sobre a possibilidade de essa ação constitutiva negativa ficar sob o regime da Lei da Ação Civil Pública em face da redação dos artigos 1º, 3º e 4º dessa Lei.

Como o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública determina a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às ações que versem sobre direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor tem incidência plena nas ações fundadas na Lei da Ação Civil Pública.[84]

Ressalte-se, por oportuno, que houve tentativa, por parte do Poder Executivo, de frustrar a plena integração do sistema. Com efeito, assim prescrevia o artigo 89 do Código de

---

[82] MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento – a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.682-683 e 687.
[83] Ibidem, p. 687.
[84] NERY, Nelson. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover *et al.* 8 ed. ver e atual e ampl conforme o novo código civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.1032-1033.

Defesa do Consumidor: "*as normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente*".

Sob o pretexto de limitar a atuação do legislador à restrita prescrição do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Poder Executivo vetou o dispositivo com a seguinte fundamentação: *"a extensão das normas específicas destinadas à defesa do consumidor a outras situações excede dos objetivos propostos no código (...) deve o legislador limitar-se a elaborar o Código de Defesa do Consumidor."*

O veto presidencial, de duvidosa racionalidade, não teve o condão de impedir que os dispositivos referentes à "defesa do consumidor em juízo" fossem aplicáveis à defesa coletiva de outros direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Consoante explica Antonio Gidi, tal se deu porquanto subsistem os artigos 110, 111 e 117 do código, que, em seu conjunto, têm praticamente a mesma proposição normativa que possuía o injustificadamente vetado artigo 89. Em verdade, bastariam esses três dispositivos para o aperfeiçoamento do conteúdo da norma em questão. O artigo 89 teria como função precípua, apenas, a de ser um dispositivo de reforço, um preceito meramente educativo, já que os outros três artigos citados se incorporariam definitivamente ao texto da Lei da Ação Civil Pública[85].

Inepto, destarte, o veto, cuja única eficácia foi fazer com que a norma, que já consta na Lei da Ação Civil Pública (introduzida pelos artigos 110, 111 e 117 do Código de Defesa do Consumidor), não fizesse parte do corpo do texto do Código de Defesa Do Consumidor.

Assim, sem maiores esforços interpretativos, e apenas conjugando os três citados dispositivos acrescentados à Lei da Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do Consumidor, pode-se dizer que, em linhas gerais, a ação civil pública passa a ser instrumento de tutela de todos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não somente o microssistema da coisa julgada, mas toda a parte processual coletiva do Código de Defesa do Consumidor fica sendo ordenamento processual civil coletivo de caráter geral. Seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo.[86]

---

[85] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 74-76.
[86] Ibidem, p. 77.

2.3.2. Limites impostos pelos Poderes Executivos e Legislativo à tutela jurisdicional coletiva

Conforme aduz Hugo Nigro Mazzilli, depois do alargamento de objeto da Lei da Ação Civil Pública, trazido pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e por outras leis esparsas, agora num segundo momento – tão logo a ação civil pública começou a ser mais efetivamente utilizada – o governo federal sentiu-se tentado a impedir o cabimento de tutela coletiva de interesses transindividuais em matérias que se poderiam voltar contra o próprio governo. Assim, por medida provisória, dispôs que "não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados" (MP 2.102-26/00, 2180-35/01 e s., que introduziram um parágrafo único ao artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública. As alterações antecederam a EC 32/01, que, entre outros pontos, vedou o uso de medidas provisórias em matéria de processo civil – Constituição Federal, artigo 62, §1º, b)[87].

Para dito autor, flagrante é a inconstitucionalidade de medida provisória que tenta impedir o acesso coletivo à jurisdição. Veja-se:

> Tanto é garantia constitucional o acesso individual como o acesso coletivo à jurisdição. Ou seja, é o mesmo que, tendo a constituição garantido o acesso à jurisdição não só sob o aspecto individual como o coletivo (Título II, Capítulo I, e artigo 5º XXI, XXXV e LXX), vir o administrador a legislar e a dizer que, nos casos em que ele não o deseja, não cabe acesso coletivo à jurisdição... Ora, a lei infraconstitucional não pode proibir nem o acesso individual nem o acesso coletivo à jurisdição[88].

A Constituição Federal, longe de ter restringido o objeto da ação civil pública, acabou, sim, ampliando-o, como se vê, exemplificativamente, dos artigos 5º XXI e LXX, 8º, III, 129, III, 232, que permitem com largueza a tutela coletiva por iniciativa de entidades de classe, associações civis, sindicatos, Ministério Público, comunidades indígenas.[89]

Não foi esse, contudo, o único ataque, por iniciativa do Poder Executivo, à tutela jurisdicional coletiva; procurou-se impor, outrossim, limites à "competência territorial" do juiz prolator.

---

[87] MAZZILLI, Hugo Nigro., op. cit, p. 666.
[88] Ibidem, p. 666.
[89] Ibidem, p. 667.

Com efeito, na defesa de interesses difusos e coletivos por meio de ação civil pública, a competência é absoluta, porque funcional, como decorre do artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública. Conseqüentemente, não se trata de competência territorial relativa.

Apesar de não se tratar de competência territorial, em face das modificações a que à Lei da Ação Civil Pública trouxe a Lei 9494/97 (artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com a redação atual), ficou dito, equivocadamente, que, nas ações civis públicas, a coisa julgada só se estenderia ao "limites da competência territorial" do juiz prolator da sentença. Como se sabe, a lei 9494/97 é fruto de conversão da medida provisória 1.570-5/97, editada sem a presença dos pressupostos constitucionais autorizadores de relevância e urgência (Constituição Federal, artigo 62), e que se destinou a alterar um dispositivo processual que estava em vigor há mais de uma década, sem contestação de qualquer tipo. Tal lei deu nova redação ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, para ficar consignado que "a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova"[90].

A alteração trazida ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública pela Lei 9494/97 consistiu em introduzir a locução adverbial "*nos limites da competência territorial do órgão prolator*", pretendendo-se assim limitar a eficácia *erga omnes* da coisa julgada no processo coletivo. Trata-se de acréscimo de todo equivocado, de redação infeliz e inócua. O legislador de 1997 confundiu limites da coisa julgada (cuja imutabilidade subjetiva, nas ações civis públicas ou coletivas, pode ser *erga omnes*) com competência (saber qual órgão do Poder Judiciário está investido de uma parcela da jurisdição estatal); e ainda confundiu a competência absoluta (de que se cuida no artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública), com competência territorial (de que cuidou na alteração procedida no artigo 16, apesar de que, na ação civil pública, a competência não é territorial, e sim absoluta). Ademais, a Lei 9494/97 alterou o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, mas se esqueceu de modificar o sistema do Código de Defesa do Consumidor, que, em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, disciplina competência e coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, e ainda hoje dispõe corretamente sobre a matéria. Além disso, a Lei 9494/97 também se esqueceu de modificar o sistema da Lei de Ação Popular, cujo artigo 18 serviu de inspiração para o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, e continua a estender a imutabilidade *erga omnes* da coisa julgada, sem fazê-la absurdamente depender da "competência territorial" do juiz prolator.[91]

---

[90] MAZZILLI, Hugo Nigro, op.cit, p. 667.
[91] Ibidem, p. 666.

A alteração efetuada é inconstitucional, pois fere os princípios do direito de ação (artigo 5º, XXXV, CF) e o sistema constitucional de proteção dos interesses difusos e coletivos (artigo 129, III, CF). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não concedeu a medida liminar na Adin ajuizada a respeito (Adin 1576-1, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16-4-97, DJU 24-4-97, p. 14914) e em decisão monocrática julgou prejudicada a Adin, inexistindo decisão de mérito.[92]

Não há que se confundir a competência do juiz que deve conhecer e julgar a causa com a imutabilidade dos efeitos que uma sentença produz e deve mesmo produzir dentro ou fora da comarca em que foi proferida, imutabilidade essa que deriva de seu trânsito em julgado e não da competência do órgão jurisdicional que a proferiu (imutabilidade do *decisum* entre as partes ou *erga omnes*, conforme o caso). O legislador não soube distinguir competência de coisa julgada.

Exemplifica Hugo Nigro Mazzilli o caso de uma sentença que proíba a fabricação de um produto nocivo que vinha sendo produzido e vendido em todo o país, ou uma sentença que proíba o lançamento de dejetos tóxicos num rio que banhe vários Estados – essas sentenças produzirão efeitos em todo o país, ou, pelo menos, em mais de uma região. Se essas sentenças transitarem em julgado, em certos casos poderão restar imutáveis em face de todos, mas isso em nada se confunde com a competência do órgão jurisdicional que deve proferi-las, a qual caberá a um único juiz, e não a cada um dos milhares de juízes brasileiros, absurdamente "dentro dos limites de sua competência territorial", como sugere a nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. Admitir solução diversa seria levar a milhares de sentenças contraditórias, exatamente contra os mais elementares fundamentos e finalidades da defesa coletiva de interesses transindividuais[93].

Nelson e Rosa Nery criticam a alteração promovida pela Lei 9474/97:

> confundiram-se os limites subjetivos da coisa julgada erga omnes, isto é, quem são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência, que nada têm a ver com o tema. Pessoa divorciada em São Paulo é divorciada no Rio de Janeiro. Não se trata de discutir se os limites territoriais do juiz de São Paulo podem ou não ultrapassar seu território, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença paulista.[94]

Destarte, a maneira correta de vencer os paradoxos consiste em considerar ineficaz a alteração trazida pela Lei 9494/97. A competência territorial nas ações coletivas é

---

[92] SMANIO, Gianpaolo, op. cit. p. 41.
[93] MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit, p. 261-265.
[94] NERY, Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. Ed. São Paulo: RT, 1999, p. 358. No mesmo sentido: GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 87.

regulada expressamente pelo artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido da competência da capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional ou nacional.[95]

Gregório Assagra de Almeida, por seu turno, também indica como fator obstativo da proteção jurisdicional dos direitos ou interesses massificados o que chama de *ideologismo neoliberal*[96].

Em nome de tal ideologismo, o Governo Federal, por intermédio da Medida Provisória 2088/35, de 27 de dezembro de 2000, artigo 3º, modificou a Lei 8429/92, primeiro para acrescentar em seu artigo 11 o inciso VIII, de forma a passar a considerar como ato de improbidade a instauração temerária de inquérito policial ou procedimento administrativo, bem como a propositura de ação civil, criminal ou de improbidade administrativa, atribuindo a outrem fato de que sabe inocente. Tal medida provisória ainda acrescentou vários parágrafos ao artigo 17 da Lei 8429/92, exigindo requisitos para a admissibilidade da ação coletiva que verse sobre improbidade administrativa, além de instituir fase de defesa prévia e estabelecer a possibilidade de o demandado, no prazo da contestação, suscitar, em reconvenção, a improbidade do agente público proponente da ação coletiva.

Acrescentou-se também o parágrafo ao artigo 17 da lei em questão, com o seguinte teor: "quando a imputação for manifestamente improcedente, o juiz ou o tribunal condenará nos mesmos autos, a pedido do réu, o agente público proponente da ação a pagar-lhe multa não superior ao valor de cento e cinqüenta e um mil reais, sem prejuízo no disposto no parágrafo anterior". O alvo principal do governo, segundo Gregório Assagra de Almeida, foi certamente o Ministério Público, que é hoje o protagonista principal no combate aos atos de improbidade administrativa no país[97].

Prossegue o autor, asseverando que o que chama de "posturas ideológicas neoliberais autoritárias", como essas que atingem as conquistas do direito processual coletivo comum brasileiro – instrumento fundamental do processo de democratização –, não podem ser aceitas e precisam ser combatidas principalmente pelos operadores do direito, pois

---

[95] MAZZILLI, Hugo Nigro, loc. cit, p. 264.

[96] "Esclarece Marilena Chauí que o neoliberalismo nasceu de um grupo de economistas, cientistas políticos e filósofos, que se reuniu em 1947, em *Mont Saint Pèlerin*, na Suíça, e se opunha encarniçadamente contra o Estado de Bem-Estar de estilo *keynesiano* e social-democrata e também contra a política norte-americana do *new deal*. Em razão disso, esse grupo elaborou um projeto econômico bem detalhado, que atacava de forma contudente o Estado-Providência em relação aos seus encargos sociais e à sua função de Estado regulador das atividades do mercado". ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual civil brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60-104.

[97] ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual civil brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 74.

mitigam o Estado Democrático de Direito e impedem que o Ministério Público e o Judiciário cumpram com seu papel de legítimos órgãos constitucionais de efetivação dos direitos e garantias sociais fundamentais violados ou ameaçados de lesão.

Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário é fundamental. A ele, diante da complacência do legislativo nacional, é que incumbe reconhecer a inconstitucionalidade dessas medidas autoritárias e, portanto, antidemocráticas.

Édis Milaré, em idêntico sentido, reconhece que a própria doutrina e a jurisprudência brasileiras ainda não tomaram conta completamente da importância do aprimoramento dos institutos de tutela jurisdicional coletiva e muito menos a sociedade civil brasileira, que ainda está muito incipiente quanto à conscientização da relevância da tutela jurisdicional de seus direitos coletivos.[98]

2.4 TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA

Não há dúvida que a tutela *preventiva*, em relação aos interesses transindividuais, é uma excelente forma de proteção. A propósito, lembra Barbosa Moreira que, em grande número de hipóteses, é irreparável a lesão consumada ao interesse coletivo: nada seria capaz de "reconstituir a obra de arte destruída, nem de restaurar a rocha que aformosava a paisagem"; inexiste, ademais, prestação pecuniária que logre compensar adequadamente o dano, insuscetível de medida por padrões econômicos. O mesmo autor, antes do advento da Lei da Ação Civil Pública, afirmava:

> Considere-se por um instante o caso do interesse na sanidade do ambiente, ou na preservação das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, ou na honestidade das mensagens de propaganda; o do interesse em que não se ponham à venda produtos alimentícios ou farmacêuticos nocivos à saúde, em que funcionem com regularidade e eficiência os serviços de utilidade pública, prestados pela administração ou por particulares, e assim por diante. Se a justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de *prevenir* ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição, nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia.[99]

---

[98] MILARÉ, Édis. *Ação civil pública – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 10.

[99] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. Temas de direito processual. segunda série, cit. p. 24 apud MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória : individual e coletiva. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

Em poucas matérias se revela de modo tão eloqüente como nesta a insuficiência da tutela repressiva, exercitada mediante a imposição de sanções e, quando necessário, pela execução forçada da condenação. O que mais importa é *evitar* a ocorrência da lesão; daí o caráter preventivo que deve assumir, de preferência, a tutela jurisdicional.[100]

O exame desse tema toma como premissa que a garantia do acesso à justiça envolve o direito à tutela jurisdicional adequada, porquanto a proteção inadequada de um interesse significa, no mais das vezes, a negativa de tutela (como proclamado pelo Estado) ou, ao menos, a proteção de algo que não é o interesse garantido pelo legislador.[101]

A Constituição Federal atual expressamente consagra a necessidade de previsão dessa proteção no ordenamento nacional. Este é o teor do artigo 5º. XXXV, ao dizer que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Se, pois, as simples ameaças de lesão a direito já são inafastáveis da apreciação do Poder Judiciário, então é necessário que o direito positivo infraconstitucional disponha de mecanismos capazes (e adequados) a permitir extravasar tais pretensões em juízo.[102]

Assevera Kazuo Watanabe que, igualmente, no que diz respeito ao Código de Defesa do Consumidor, uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e a maior efetividade do processo. Tanto que, já no artigo 6º, ao cuidar dos direitos básicos do consumidor, deixou enunciado no inciso VI o princípio da efetividade da prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; no inciso VII, o direito de acesso aos órgãos judiciários e administrativos; e no inciso VIII, a regra de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive, com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

No artigo 83, o legislador cuidou de tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no código.

O artigo seguinte, que disciplina a ação especial para a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer, complementa o enunciado do artigo 83.

Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias conseqüências. A primeira delas é a

---

[100] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. *In* A tutela dos interesses difusos. Ada Pellegrini Grinover (Coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 102 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 18.
[101] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 18.
[102] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 218.

realização processual dos direitos na conformidade do clássico princípio *chiovendiano*, segundo o qual "o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir[103]

A segunda conseqüência, que é consectária da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores [104].

Daí se infere, destarte, que o direito atual, desde que adequadamente interpretado, prevê mecanismos suficientemente adequados à tutela inibitória. Embora tais mecanismos não tenham sido criados como fim específico de dar guarida a pretensões inibitórias, suas peculiaridades permitem com facilidade veicular esses objetivos, sem nenhum entrave, bastando que se tenha boa vontade e se consiga interpretar adequadamente suas previsões[105].

Para a proteção inibitória, é indispensável a conjugação de alguns elementos:

a) Em primeiro lugar, é necessário dispor de ação em que o magistrado tenha condições de efetivamente ordenar ao requerido a adoção de certo comportamento (em geral, negativo, mas eventualmente também positivo), dispondo de meios de coerção adequados e flexíveis, para assegurar o efetivo cumprimento desse comando[106];

---

[103] CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare, in Saggi di diritto processuale civile*, 1930, v. 1, p.110 e Instituições de Direito Processual Civil, Saraiva, 1942, v. I, par. 12, p. 84 *apud* WATANABE, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover et. al. 8 ed. rev. ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 83-85.

[104] WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 83-85.

[105] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 219-220.

[106] Neste sentido, é oportuna a distinção feita pela doutrina entre ação de direito material e ação processual. Segundo Pontes de Miranda, **"**a pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. Corresponde esta figura à exigibilidade de uma certa conduta, decorrente, normalmente, de um direito subjetivo. É diante da oposição à satisfação espontânea da pretensão que surge a noção de ação – de direito material, que não pode ser equiparada à ação processual, que é a ação do titular do direito, tendente à satisfação da pretensão não atendida". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2 ed Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t V, p. 451). Ademais, explica Sérgio Cruz Arenhart que "a ação de direito material é o agir contra o obrigado, para a realização do direito, independentemente de sua colaboração. Por meio da ação de direito material, o direito subjetivo lesado será efetivamente realizado (segundo sua intenção original) ou será protegido, no caso de ameaça de sua violação, independentemente da colaboração de outrem. A ação de direito material não pode ser confundida com ação processual, ou com o pedido formulado nesta. A ação de direito material é o agir, utilizado pelo titular do direito, para realizá-lo independentemente da colaboração de quem quer que seja. Já ação processual representa o instrumento, posto à disposição dos sujeitos de direito pelo Estado, para – uma vez vedada a autotutela privada dos interesses – pleitear a guarda estatal de interesse por este reconhecido como relevante (direito subjetivo). A ação de direito material, dessa forma, realiza-se (ao menos em tese) independentemente do Estado, pelo simples agir de alguém no sentido da satisfação de seu interesse. A ação processual, ao contrário, tem como destinatário o Estado, impelindo-o a realizar sua missão, que é de assegurar os direitos subjetivos que reconheceu como existentes em sua ordem jurídica".(ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003, p. 51)

b) É necessário um procedimento célere o suficiente para permitir a emanação de provimento antes da ocorrência da violação ao direito, o que em princípio se obtém em função da restrição da cognição judicial, que se limita à avaliação da ameaça de lesão, sem questionar de dano ou de culpa, que em regra exigem provas mais elaboradas[107];

c) É indispensável também que se permita, para casos em que a lesão ao direito se mostre iminente, a outorga de proteção provisória e satisfativa (inibitória), sem prejuízo de avaliação posterior, com observância integral do contraditório e completude da instrução.

No *plano individual*, é possível dizer que esse mecanismo é encontrado, hoje, no artigo 461 do Código de Processo Civil. O dispositivo, que trata da ação para cumprimento específico das obrigações de fazer e não fazer, preenche todas as exigências acima indicadas, autorizando perfeitamente a proteção preventiva de qualquer interesse individual.

No *plano coletivo*, a regra que permite essa proteção é encontrada ao lado de outras previsões tópicas, inseridas em legislações específicas (artigos 213 Estatuto da Criança e do Adolescente, 11 Lei da Ação Civil Pública, 62 Lei 8884/94), assim como no disposto no mencionado artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. Esse dispositivo trata, no plano coletivo, da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, sendo, em verdade, a origem imediata da previsão contida no artigo 461 do Código de Processo Civil[108].

O artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública só admite, em princípio, uma das formas de tutela inibitória, aquela que visa a fazer cessar a prática do ilícito. Contudo, é certo que tal

---

[107] Conforme ensina Sérgio Cruz Arenhart, "analisando-se o artigo 186 do Código Civil, verifica-se ter este eleito, como um dos elementos do ato ilícito, o dano, o que, evidentemente, não corresponde à realidade, já que é possível imaginar a existência de formas de tutela que se dirijam a proteger contra o dano ou contra o ilícito. O campo do direito penal, por exemplo, sempre se valeu da diferença entre crimes de resultado e crimes de mera atividade (por alguns equiparados a crimes de perigo), para demonstrar a existência de tipos penais em que a verificação concreta de algum prejuízo é completamente despicienda. Para que se possa ter um fato como ilícito, apenas se exige a sua qualificação por uma regra jurídica, sem que seja necessária qualquer espécie de cogitação sobre eventuais resultados que possa operar no mundo físico. Quando aqui se alude à tutela preventiva, não se pretende equipará-la à tutela cautelar. Essa, embora tenha conteúdo preventivo, se refere a uma prevenção específica, importante, de regra, para a tutela instrumental de outra ação, pretensão, exceção ou interesse, deduzido em demanda principal. Ainda que vise à utilidade da prestação final obtida no processo principal (podendo, neste sentido, ser vista como tutela preventiva), é certo que essa proteção final em geral terá cunho repressivo (voltada para o passado), o que vincula, ainda que de certa maneira, a cautelar a essa função voltada para o passado". (ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003, p. 101-105). No mesmo sentindo, pronuncia-se Goldschmidt: "a tutela inibitória, inclusive no plano coletivo, além de prescindir da presença de dano, também não se interessa pelo elemento subjetivo que informa a conduta. Ressalvadas as hipóteses em que a própria regra faz menção à culpa como componente indispensável da caracterização do ilícito, a avaliação da presença dessa na conduta ou fato é totalmente impertinente. Cogitar a respeito da culpa é elemento que deve interessar para o ressarcimento, não, porém, para a tutela inibitória, já que o único objetivo é impedir a ocorrência da conduta". (GOLDSCHMIDT, Roberto. L'azione preventiva. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1959, p. 408 apud ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003, p. 113.)

[108] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., 2003, p. 219-220

norma, ao aludir à cessação da atividade nociva, deseja abarcar os atos nocivos suscetíveis de repetição, cujos exemplos são notórios no plano da tutela coletiva, como a venda de produtos nocivos à saúde do consumidor.

A tutela inibitória pura, porém, não está consagrada no artigo 11, pois esta norma, ao referir-se à cessação da atividade nociva, supõe logicamente um ilícito já ocorrido.[109]

Conforme sobredito, a doutrina que trata da tutela coletiva afirma estar presente, no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, a fonte da tutela jurisdicional adequada. Este artigo, ao afirmar que para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esse código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, teria cuidado 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.

Como há um sistema de tutela coletiva dos direitos, integrado, fundamentalmente, pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, não há dúvida de que o artigo 84 sustenta a possibilidade de tutela inibitória pura para qualquer direito difuso ou coletivo.[110]

Desde logo, um dado merece atenção apropriada. Quem lê a regra do artigo 84, *caput*, Código de Defesa do Consumidor, percebe claramente a menção que a regra trata do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Isso poderá conduzir à conclusão de que somente relações de cunho obrigacional estrito (pessoal) seriam tuteladas por meio do dispositivo em exame, o que reduz, consideravelmente, o campo de aplicação da regra. Esta, porém, não é a melhor interpretação.[111]

O termo obrigação, empregado no dispositivo, tem o sentido de prestação, sem nenhuma vinculação com o direito privado estrito, ou com exclusivas relações de caráter obrigacional. Não haveria, com efeito, lógica em atribuir-se mecanismo de tão significativa eficácia e tão agressivo potencial a relações obrigacionais, impedindo sua utilização para interesses muito mais nobres, como os direitos personalíssimos, os absolutos ou, em geral, aqueles que não gozam de conteúdo patrimonial.

Se a Constituição Federal impõe o princípio da inafastabilidade a todos os direitos – e não apenas àqueles de substrato obrigacional – dizer que as regras mencionadas apenas tratam de obrigações é: ou impor ao legislador a necessidade de criar outro dispositivo, idêntico, para a proteção de outras prestações (negativas ou positivas) de caráter não-

---

[109] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória : individual e coletiva*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.
[110] Ibidem., p. 78.
[111] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 219-220.

obrigacional; ou, o que obviamente não se pode admitir, concordar que a regra constitucional está sendo desrespeitada, sendo o legislador omisso em disciplinar garantia fundamental que, por definição, tem eficácia plena e ilimitada. Ambas as soluções são, evidentemente, impensáveis, razão por que semelhante interpretação não se coaduna com o espírito que a Constituição Federal impõe ao ordenamento como um todo.

Também há fundamento no direito positivo. O previsto no artigo 84, conforme sobredito, encontra origem no artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública, constatando-se que essa ação jamais foi concebida para a tutela de relações obrigacionais, de cunho privatístico.[112]

Marinoni obtempera, outrossim, que, de qualquer forma, o artigo 461-A é evidentemente aplicável. Aliás, a necessidade dos meios executivos do artigo 461-A é tão evidente para a efetiva proteção dos direitos coletivos que o "anteproyecto do código modelo de procesos colectivos para iberoamerica" estabelece em seu artigo 8º: *en la acción que tenga por objeto la obligación de entregar cosa, determinada o indeterminada, se aplican, em lo pertinente, las disposiciones del artículo anterior*. Ou seja, sustenta o anteprojeto que, à ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, são aplicáveis as disposições do seu artigo 7º, que é uma reprodução do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.[113]

2.4.1 A tutela inibitória negativa e a tutela inibitória positiva

Importa observar, para bem compreender a extensão adequada da tutela inibitória, que não se pode confundir tutela inibitória com simples pretensão negativa. Por vezes, a tutela que busca evitar o ilícito pode necessitar não apenas da abstenção ou da tolerância da parte requerida, exigindo a adoção de alguma atividade concreta por ela.

De fato, pode-se obter a tutela inibitória por três espécies de prestações:

a) A prestação de abstenção (não fazer algo);

b) A prestação de tolerar (deixar que alguém faça algo);

c) E a prestação positiva de ação (fazer algo).

---

[112] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória : individual e coletiva*, p. 221.

[113] Idem. *A tutela específica do consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 251, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4985>. Acesso em: 19 out. 2008, p. 22.

As duas primeiras modalidades, por envolverem prestações negativas, geram a chamada tutela inibitória negativa; a outra, consistente em um fazer, conduz à tutela inibitória positiva.[114]

Quando se menciona a tutela inibitória positiva, imagina-se uma prestação positiva que tenha a capacidade de impedir a violação do direito.

Alguém poderá imaginar que a tutela inibitória positiva extravasa a função jurisdicional, correspondendo antes à atuação administrativa do Estado, assemelhada ao poder de polícia.[115]

É já antiga a distinção feita por Chiovenda[116], entre jurisdição e Administração. Segundo Chiovenda, fundamentalmente, a administração é a atividade primária do Estado, enquanto a jurisdição é secundária, visando a atuar (substitutivamente) apenas quando as partes não se comportem de acordo com a lei. Outrossim, a Administração faz atuar a lei, mas em relação a interesse próprio (juízo sobre atividade própria), ao contrário da jurisdição, que o faz em relação à situação e a outros (juízo sobre atividade alheia).

O juiz, ao determinar à parte a adoção de certa conduta, examina a atividade alheia de maneira imparcial, como terceiro em relação ao conflito posto em sua análise.[117]

2.4.2 A tutela inibitória antecipada

A tutela inibitória não é uma proteção provisória, a depender de outro processo (principal), em que se venha a examinar de maneira mais aprofundada a questão posta para apreciação judicial. A tutela inibitória é tutela satisfativa definitiva, no sentido de ser capaz, por si só, de atender às necessidades das partes (e do próprio Estado) em lidar com o conflito de interesses e corresponder aos escopos da jurisdição. Outrossim, também é certo que a tutela inibitória, por sua restrição natural em matéria de prova, a gerar a conseqüente aceleração do procedimento e a diminuição do tempo necessário para a outrora da prestação jurisdicional, é apta a, em seu provimento final, dar conta da maioria das situações carentes de proteção preventiva. Todavia, não se pode esquecer que, especialmente em se tratando de

[114] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 223.
[115] Ibidem, p. 223-224. A respeito do tema, vide o item 4.3 do presente trabalho ("A tutela jurisdicional coletiva das omissões administrativas").
[116] CHIOVENDA, Giuseppe. Princípios de derecho procesal civil. V. 1, p. 346 e ss, apud ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 225.
[117] ARENHART, Sérgio Cruz. loc cit, p. 225.

tutela que antecede a prática de algum fato, pode tornar-se comum que somente se perceba a necessidade da proteção quando a lesão já se mostra iminente; ou, o que é pior, somente se reúnam elementos suficientes para demonstrar a ameaça de lesão quando esta já está muito próxima.

Nesses casos, em que a lesão se mostra iminente, ou ainda quando se possa notar que a ciência prévia do requerido a respeito da ação proposta pode mostrar-se suficiente para gerar a lesão que se quer evitar, é preciso recorrer a uma tutela urgente e provisória, capaz de regular provisoriamente a situação, impedindo que a demora na outorga do provimento final venha a inviabilizar a proteção inibitória que se requer. A construção, portanto, de uma tutela inibitória genérica, capaz de atender a todas as necessidades das situações que a exigem ou que podem a ela submeter-se, porque preocupada com o futuro, impõe colocar à disposição do usuário mecanismos de antecipação de tutela, designados a regular, de maneira imediata e provisória, a situação, enquanto se aguarda a formação da tutela final.[118]

O direito brasileiro possui esses mecanismos, na forma da chamada antecipação de tutela, regulada, fundamentalmente, nos artigos 273, 461,§3º do Código de Processo Civil e artigo 84, §3º, do Código de Defesa do Consumidor (este direcionado especificamente à tutela inibitória coletiva).

Há autores que sustentam serem distintos os instrumentos concedidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil e pelos artigos 461, §3º do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque estes dois últimos dispositivos seriam menos exigentes que o primeiro, por exigirem apenas a relevância do fundamento – em oposição à prova inequívoca da verossimilhança – além de não admitirem a antecipação de tutela fundada no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.[119]

Não parece que a distinção tenha fundamento. Os três dispositivos tratam da mesma figura, contendo regulamentação que deve ser considerada complementar e simbiótica, exigindo-se o mesmo grau de plausibilidade, em todos os dispositivos, para a concessão de tutela antecipada.[120]

A cláusula do artigo 273 Código de Processo Civil deve ser vista como norma genérica, de fechamento de sistema, capaz de ser aplicável em qualquer processo e em

---

[118] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1999, p. 13.
[119] NERY JR, Nélson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: RT, 1995, p. 77.
[120] Neste sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 151; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 158; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 349-350.

qualquer instância – e, por isso mesmo às ações relativas à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer.[121]

2.4.2.1 Requisitos para a concessão da tutela inibitória antecipada

Relevância do fundamento e justificado receio de ineficácia do provimento final são, em síntese, os requisitos, que exprimem a conjugação dos elementos tradicionalmente vinculados às tutelas de urgência, ou seja, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.[122]

O requerente da tutela inibitória antecipada deve demonstrar, em termos de *fumus boni juris*, a probabilidade da ilicitude. Entretanto, além da probabilidade do ilícito, exige-se o que o §3º do artigo 461 chama de "justificado receio de ineficácia do provimento final" quando há "justificado receio" de que o ilícito (que pode ou não estar associado ao dano) seja praticado no curso do processo de conhecimento, isto é, em momento anterior àquele em que o provimento final pode ser executado.[123]

Indicam os termos, todos eles, a necessidade de avaliação da probabilidade de existência do direito. Exige-se, então, que o autor seja capaz de convencer o juiz, ainda que com elementos mínimos, para o reconhecimento (ainda que sem força declarativa o suficiente) da plausibilidade de existência do direito afirmado.[124]

Aqui o direito brasileiro está tratando da possibilidade de antecipação da tutela final com base em mera aparência (juízo de probabilidade), em simples plausibilidade da existência do direito afirmado pelo demandante. Para tanto, exige-se a cumulação do requisito da aparência da existência do direito afirmado, com o perigo de lesão que a demora na emissão do provimento final possa causar a ele. A "relevância do fundamento", portanto, refere-se – assim como também o faz a idéia de "prova inequívoca da verossimilhança da alegação" – a um juízo de mera aparência do direito, em cognição perfunctória e sumária, ou seja, não completa.

Tratando-se do juízo de aparência, não se pode graduar este em distintas categorias.[125]

---

[121] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 297.
[122] Ibidem , p. 298.
[123] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 151-152.
[124] ARENHART, Sérgio Cruz, loc. cit., p. 299.
[125] Ibidem, p. 300.

A fim de permitir a proteção *initio litis* do interesse ameaçado, ou mesmo antes da proteção final e definitiva, basta que a parte apresente indicativos (novamente com base no juízo de aparência) da impossibilidade de aguardo da decisão definitiva, porquanto a ameaça de lesão ao direito mostra-se premente – havendo probabilidade de que venha a acontecer antes de completado o *iter* necessário para a tutela final.[126]

O mesmo não ocorre, porém, com a tutela antecipatória; nesta, embora os requisitos necessários para sua concessão sejam diversos daqueles exigidos para a outorga da resposta positiva final, o objeto tutelado é o mesmo, fazendo com que os mesmos pressupostos considerados para a outorga da proteção final (quanto à existência da ação de direito material) devam necessariamente ser tomados para a concessão da sua antecipação – porém examinados de forma sumária e somados a outros (para demonstração da urgência que recomenda a antecipação). Ora, se a tutela final visa à proteção do ilícito, incongruente seria considerar que a proteção concedida, de forma provisória, tem por objetivo a proteção contra o dano – que é, certamente, eventual, e naturalmente concomitante ou posterior à ocorrência do ilícito. O receio de ineficácia do provimento final, a que alude o §3º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, não pode ser equiparado à ocorrência de dano (ainda que marginal) ao direito postulado na ação – pois a ineficácia do provimento final não decorre da ocorrência do dano, mas sim do ilícito.

Destarte, o *periculum in mora* representa a própria possibilidade de ocorrência do ilícito, sem necessária perquirição sobre a eventual causação do dano conexo.[127]

Por derradeiro, vale recordar que, embora o artigo 84, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, seja a regra fundamental, capaz de permitir a concessão de tutela antecipada nas ações inibitórias coletivas, não se exclui também a aplicação subsidiária do artigo 273 do Código de Processo Civil. Assim, ainda é admissível, ao lado da hipótese típica, a tutela antecipada na ação inibitória coletiva fundada no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (artigo 273, II, Código de Processo Civil). São, ademais, aplicáveis à tutela antecipatória (em geral), concedida no curso de ação coletiva inibitória, as regras presentes nos parágrafos do artigo 273 do Código de Processo Civil, mesmo porque ali está a disciplina fundamental da tutela antecipada no direito brasileiro.[128]

---

[126] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 301.
[127] Ibidem, p. 303.
[128] Ibidem, p. 305.

2.4.3 A sentença inibitória

A fim de se obter, efetivamente, tutela inibitória adequada, é preciso contar com provimento judicial capaz de impor a alguém a adoção da conduta desejada, forçando-o a submeter-se ao comando judicial. Para tanto, somente duas classes de provimentos estão habilitadas, quais sejam, as tutelas dotadas de eficácia preponderantemente mandamental e executiva *lato sensu*.[129]

As técnicas de tutela tradicionais – consistentes na invasão do patrimônio do devedor, em busca da satisfação do direito do credor – apresentam-se como insuficientes para a efetiva realização do efeito esperado pelo provimento judicial de procedência da demanda.

Somente pela imposição ao réu da conduta ou da abstenção desejada (mandamentalidade), ou pela obtenção do resultado prático idêntico por atuação de um terceiro (executividade), pode-se impedir o ilícito que se teme.[130]

Essas medidas de apoio, disciplinadas e autorizadas nos dispositivos em comento, podem ser de duas espécies: meios de coerção e meios de incentivo. Os primeiros têm natureza de um mal que se ameaça impor ao ordenado, de forma a estimulá-lo ao cumprimento da ordem judicial. Os últimos, por sua vez, também visam a atuar sobre a vontade do ordenado, mas não pela ameaça de um mal, e sim pela promessa de uma recompensa.[131]

2.4.3.1 Da multa coercitiva

Conforme prevê o §4º do artigo 84, poderá o juiz, para efetivar a tutela específica (seja antecipada, seja final), "impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito"

A inspiração da previsão vem, como parece ser nítido, da sanção pecuniária do direito francês (astreinte), embora com certos toques da *Zwangsgeld* alemã. As astreintes

[129]ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 332.
[130]Ibidem, p. 344.
[131]Ibidem, p. 348.

representam um meio de pressão que consiste em condenar um devedor sujeito a adimplir uma obrigação, resultante de decisão judicial, a pagar uma soma em dinheiro, por vezes pequena, que pode aumentar a proporções bastante elevadas com o passar do tempo e com o multiplicar-se das violações.

A multa coercitiva brasileira, embora tenha inspiração nos dois sistemas mencionados, não pode ser confundida com nenhuma das figuras.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart, a multa do direito alemão é considerada como uma punição ao desrespeito da ordem estatal, cabível somente em casos específicos, taxativamente enumerados na legislação. O destinatário é o próprio Estado (já que é o contraponto à desobediência manifestada pelo ordenado, sem nenhum conteúdo indenizatório). Ao contrário disso, as astreintes francesas não visam a tutelar, especificamente, certas categorias de prestações, mas, ao contrário, têm caráter genérico, cabendo em qualquer espécie de prestação e para todas as circunstâncias. Além disso, o valor arrecadado é atribuído ao credor (prejudicado pela ausência do ato que se queria impor ao obrigado), e não ao Estado. Assim se dá porque a origem da astreinte francesa está em uma deformação do conceito de perdas e danos, dando-lhe natureza indenizatória (tanto que baseada no artigo 1142 do Código Civil Francês, que prevê que todas as obrigações, em caso de inadimplência, se resolvem em perdas e danos), ainda que com função cominatória.[132]

O direito brasileiro optou por criar um híbrido deles, formando um *tertium genus*. Realmente, a multa do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (assim como aquela prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil) não tem nenhum caráter indenizatório. É o que resulta expresso no §2º, ao dizer que eventual indenização – resultante da conversão da obrigação *in natura* em perdas e danos, conforme se faculta no §1º, dar-se-á sem prejuízo da cobrança da multa coercitiva imposta. A indenização decorre do direito material, sendo sanção prevista – pela regra material – para o descumprimento tempestivo da prestação assumida. A sanção pecuniária é sanção processual, decorrente da aplicação de regra processual e agregada à ordem contida no provimento, concebida para não incidir (ao contrário da indenização), pois se espera que a ameaça que dela resulta encoraje o ordenado a cumprir o comando judicial. [133] Tem ela a função típica cominatória, em sanção à renitência no cumprimento de uma determinação judicial. Em vista disso, pode ser imposta, aumentada ou diminuída de ofício pelo magistrado. Por outro lado, é medida de caráter genérico, aplicável a qualquer espécie de prestação (de fazer ou não fazer), de modo semelhante às

[132]ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 350-351.
[133]Ibidem, p. 354.

astreintes francesas. Seguindo orientação francesa, a doutrina nacional tem entendido que o valor da multa pertence ao requerente da medida, não ao Estado; todavia, não há amparo legal para esta constatação.[134]

A importância da multa não pode e nem deve ser atribuída ao requerente da demanda, mesmo porque nenhum fundamento legal existe para tanto.[135]

Há quem pretenda ver a sustentação legal no disposto no artigo 35 do Código de Processo Civil, que estabelece que as sanções impostas às partes em conseqüência da má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado. Esse entendimento, porém, não merece aceitação, especialmente porque a multa cominatória não tem caráter punitivo direto, como a sanção à litigância de má-fé (artigo 18 do Código de Processo Civil), e sim coercitivo, visando apenas a ameaçar o requerido de um mal, para que este se comporte conforme determinado judicialmente. Na transgressão do comando judicial (mandamental ou executivo) não há litigância de má-fé, nos moldes trazidos pelo artigo 17 do Código de Processo Civil; há ato de desobediência civil, que merece ser punido pela via adequada, criminal, administrativa ou civil.

A segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil incluiu, como hipótese de litigância de má-fé, o descumprimento de ordens judiciais. Ainda assim, mesmo com essa modificação, não deve ela abalar as conclusões expostas, pois neste caso haverá duplicidade de sanções incidindo sobre o fato: será a transgressão litigância de má-fé (gerando a indenização da parte contrária, na forma do artigo 18 do Código de Processo Civil) e será ainda ato de desobediência (ensejando a aplicação da multa cominatória, do artigo 461 do Código de Processo Civil ou do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor).

Por isso, não é possível entender que a multa deve reverter em benefício da parte autora. Deve ela ser endereçada – como ocorre no sistema alemão – ao Estado, pois resulta do desrespeito à sua autoridade. Em consonância com isso não parece ser possível defender a idéia de que, julgada improcedente a ação, fica inviabilizada a cobrança da multa, devendo ainda ser restituído o valor já cobrado. É a autoridade do Estado (puramente) que se está defendendo e sua proteção independe da razão ou não atribuída à ação do requerente.

Merece referência a alteração produzida no artigo 14 do Código de Processo Civil, pela Lei 10.358/2001. Ao enumerar, como dever das partes e de todos os que participam do processo, o cumprimento dos provimentos mandamentais e a não resistência à efetivação de

---

[134] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 351-352.
[135] Ibidem, p. 374.

provimentos judiciais (antecipatórios ou finais), prevê o novo dispositivo sanção para o descumprimento dessa imposição. Como preceitua o parágrafo único, "ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 25% do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a mulata será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado".

Observa-se:

a) Que a multa descrita não se confunde com a multa coercitiva (§4º, 461), já que aquela é imposta como sanção pelo descumprimento da ordem ou pela obstaculização da efetivação de provimentos, enquanto esta é aplicada para lograr, diretamente, a realização da determinação judicial (como meio de coerção).

b) Que essa nova multa tem como destinatário o Estado e não a parte contrária, na medida em que o legislador nota que a conduta do punido ofende o Poder Público e não o interesse da parte adversária.

c) Que essa multa pode ser exigida ainda quando a pretensão da parte beneficiada pela ordem não seja acolhida ao final – depende apenas do trânsito em julgado, não fazendo qualquer menção a ser essa decisão procedente ou não.[136]

Essas considerações, conforme dito inicialmente,valem para a tutela inibitória individual e, *lege ferenda*, para a tutela coletiva também. Todavia, na situação atual do Direito brasileiro, tal solução esbarra em uma constatação específica, de dispositivo legal expresso, que impede seguir essa orientação.[137]

O óbice mencionado está contido no artigo 12, §2º, da Lei 7347/85, que forma com o Código de Defesa do Consumidor o sistema genérico de proteção de interesses coletivos no direito nacional, que expressamente determina que "a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento". Vai daí que, no âmbito da tutela coletiva, a multa imposta pelo magistrado, como meio de coerção, não pode ser executada antes do trânsito em julgado da sentença; e, mais que isso, somente pode

[136] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 376.
[137] Ibidem., p. 377.

ser realizada se a sentença final (transitada em julgado) for favorável ao requerente da ação coletiva.

No plano coletivo, portanto, as observações anteriormente feitas não têm pertinência, exatamente em razão de regra própria a impor outra solução. A multa cominada, pois, vale apenas como ameaça de sanção, pois esta somente poderá concretizar-se com o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor. Como observado, esta não deveria ser a orientação a ser exposta em lei, porque retira muito do poder coercitivo da multa. Se é verdade que a multa vale pelo seu mero potencial intimidatório, também é certo que sua incidência concreta aumenta esse caráter; aliás, se não fosse a possibilidade de incidência e cobrança imediata da multa – inclusive de forma paulatina, à medida em que vai se verificando o descumprimento da ordem –, nem haveria sentido em prever multa diária, bastando a consignação de uma única multa, em montante elevado, a ser exigido pelo descumprimento. Se a lei contempla a continuidade da multa, é porque entende que a demora no cumprimento da determinação aumenta o valor da multa e permite, desde logo, a cobrança dos valores já devidos, de forma a ampliar a condição intimidatória do meio coercitivo, pela realização concreta do mal prometido.

Ainda que esta fosse a melhor alternativa, em razão da vedação legal, para a tutela coletiva há de se obedecer à diretriz indicada, que impede a sua cobrança antes do trânsito em julgado da sentença favorável ao autor.

De outro lado, por mais paradoxal que seja, na dimensão da tutela coletiva fica claro que o valor da multa não reverte em benefício do autor coletivo. Ao contrário, como estabelece o artigo 2º, V, do Decreto 1306/94 (que regulamenta o fundo de defesa de direitos coletivos, previsto nos artigos 13 e 20 da Lei de Ação Civil Pública), são direcionados para este fundo os valores arrecadados em função da multa aplicada em decorrência do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. Fica, aí, claro que a multa destina-se a compor patrimônio público, administrado pelo Ministério da Justiça (artigo 3º do decreto), e sua renda deve ser aplicada à recuperação dos interesses coletivos.

Demonstra-se, pois, que o dinheiro arrecadado com a multa não corresponde a valor merecido pelo autor da demanda, ainda que por imposição legal se exija a execução da importância somente após o trânsito em julgado da sentença favorável.[138]

A função da multa coercitiva é ameaçar o devedor com o pagamento de uma prestação pecuniária que, por seu elevado montante, representaria grave prejuízo a este.[139]

---

[138] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 377-378.
[139] Ibidem, p. 352.

O valor da multa deve ser aquele suficiente e adequado para gerar o temor no sujeito passivo, de forma que ele, posto entre a opção de adimplir com essa sanção ou cumprir a determinação judicial, escolha essa última, em razão da desproporção existente entre ambas e da desvantagem gerada pela eleição da outra alternativa. A dimensão do prejuízo sofrido pelo beneficiário, por isso mesmo, nenhuma função pode ter na fixação desse quantum, já que não reflete ela, de modo algum, essa capacidade de amedrontamento do requerido; também a importância do direito protegido (do beneficiário da ordem judicial) é incapaz de aferir esse potencial de resistência do sujeito passivo da ordem à ameaça gerada pelo comando judicial. Esses critérios, embora possam revelar indicativo do benefício gerado para o requerido com a resistência ao cumprimento da ordem, somente de forma mediata devem influenciar a fixação da importância da multa, já que não refletem, de forma direta, a capacidade de resistência do obrigado em relação à ordem judicial.[140]

2.4.3.2 Das medidas necessárias

A multa preconizada pelo §4º do artigo 84 não é o único meio de coerção admitido pelo Direito brasileiro. Conforme se estabelece no §5º, "para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial." A doutrina chama essas figuras de medidas necessárias, assim concebidas as medidas sancionatórias (ressalvada a multa coercitiva diária), positivas ou negativas (estimulatórias ou punitivas) tendentes a influenciar na vontade do devedor para o adimplemento espontâneo da prestação. Em verdade, a regra mencionada não prevê apenas instrumentos de coerção, relacionando também meios sub-rogatórios, capazes de atingir a prestação exigida (o resultado prático equivalente) por atividade de terceiro.[141]

Os mecanismos de apoio podem assumir duas formas distintas: podem ser mecanismos estimulatórios ou consistir em medidas punitivas.

Os primeiros são sanções positivas, que visam conferir um benefício à parte requerida, por se comportar de acordo com a determinação judicial. É por exemplo, o caso da

[140] ARENHART, Sérgio Cruz, p. 358-359.
[141] Ibidem, p. 381-382.

dispensa de custas e honorários na ação monitória (artigo 1102c, §1º), ou a autorização de permanência no imóvel, por seis meses, no caso de ação de despejo não contestada (artigo 61 da Lei 8245/91). Infelizmente, por seu caráter especial, gerando prejuízos concretos a terceiros, violando, em princípio, direitos subjetivos destes, essas sanções somente são admissíveis nas situações expressamente autorizadas em lei, não se podendo autorizar sua emissão por meio da cláusula genérica do artigo 84, §5º, Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, as sanções punitivas representam um mal ameaçado à parte requerida, de forma a compeli-la à prática da conduta exigida, porque pior seria submeter-se à imposição da medida coercitiva. Exemplificativamente, o código relaciona como medidas necessárias a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial. Além desses provimentos, pode o juiz, considerando as circunstâncias, adotar quaisquer outras providencias que entenda adequadas para obter a tutela específica da obrigação (ou o resultado prático equivalente).[142]

2.4.3.3 Das medidas sub-rogatórias

Essas medidas somente serão admissíveis no caso de tutela positiva (em que se pretende evitar o ilícito por meio e ações e não de abstenções da parte requerida), já que a inibitória negativa sempre pressupõe prestação infungível (abstenção), que só pode ser realizada pelo sujeito passivo. Além disso, quando a tutela inibitória for positiva, mas exigir comportamento específico que só o requerido pode adotar (infungível), esses meios serão imprestáveis para o oferecimento da prestação adequada.

São mecanismos e cumprimento da ordem judicial que dispensam a colaboração do ordenado, já que a prestação imposta pode ser atribuída a terceiro, de forma a realizar exatamente o resultado idêntico àquele que seria operado pelo sujeito passivo.[143]

O artigo 84, §5º do Código de Defesa do Consumidor autoriza a utilização desses elementos, seja pela via dos mecanismos expressamente indicados no texto legal, seja pela utilização de qualquer outra forma de atuação sub-rogatória imaginada pelo magistrado – e não vedada expressamente em lei.

---

[142]ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 382.
[143]Ibidem, p. 396.

Entre esses mecanismos genéricos, encontra-se a figura da expropriação do poder de administração de pessoas jurídicas. A Lei Antitruste (8884/94) dispõe de mecanismo expressamente revisto com esta, que é a chamada intervenção judicial na empresa.

Para Marcelo Lima Guerra, o juiz pode efetivamente substituir-se ao devedor, para realizar no seu lugar (ou mesmo fiscalizar mais de perto o cumprimento pelo devedor, nas prestações de trato sucessivo), as mais variadas prestações, quer as que digam respeito à atividade da empresa para com terceiros, quer, sobretudo, aquelas que são realizadas no seu próprio âmbito interno, ou seja, relacionadas ao seu funcionamento e à sua organização[144].

Mesmo para situações que nenhuma relação guardem com a dominação econômica, pode a intervenção judicial ser utilizada para efetivar a ordem judicial, especialmente diante da cláusula aberta do artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor.[145]

A escolha do meio de coerção mais adequado para o caso concreto deve pautar-se por dois critérios: a efetividade do resultado e o menor sacrifício ao demandado.

Em virtude da fluidez dos critérios apontados, é preciso recorrer à prudência do magistrado.

Se é dada ao juiz esta vasta discricionariedade na eleição do meio coercitivo mais adequado para a proteção do direito, é certo também que não se deve converter essa discricionariedade em arbitrariedade, admitindo-se ao juiz a punição desmesurada do devedor renitente e convertendo a medida coercitiva em pena (e o que é pior, em pena sem prévia cominação legal e sem a ocorrência de qualquer crime, em ofensa flagrante ao disposto no artigo 5º, XXXIX, Constituição Federal).[146]

Como outro critério para a determinação dos meios de coerção utilizáveis, importante também é considerar a espécie de direito posta em litígio. Releva notar, por exemplo, se a prestação negativa que se quer é de conteúdo instantâneo ou permanente.

Barbosa Moreira afirma que, sendo instantânea a prestação negativa, a lesão consuma-se *uno acto*, tão logo iniciada; daí em diante, apenas há de cogitar de tutela sancionatória, que normalmente revestirá a forma de ressarcimento do dano. Se a prestação

---

[144] GUERRA, Marcelo Lima. *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer*. In Processo de execução e assuntos afins. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1998, p. 318.
[145] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 398.
[146] Ibidem, p. 399-401.

for permanente ou de trato sucessivo, existirão outras possibilidades, desde que solicitada a tutela antes que se venha a exaurir a atividade ilícita.[147]

Para essa última hipótese, a inibitória poderá consistir não mais em impedir a realização do ilícito, mas em evitar a sua repetição, ou, eventualmente, a sua continuação (tutela reintegratória).

Também não se pode olvidar que, para a garantia de eficácia dos provimentos, imperioso se faz que o juiz esteja atento à situação como um todo. Vencendo dogmas antigos, é preciso que se autorize ao juiz a imposição de abstenções que se prendam não apenas ao fato específico, mas ainda prestações decorrentes, de maneira a evitar a burla da ordem judicial por descumprimento indireto da ordem.

É importante lembrar a flexibilidade dos mecanismos de apoio, bem como a possibilidade de cumulação de mais de um mecanismo em relação a uma única ordem judicial, tudo segundo as circunstâncias do caso concreto e a complexidade dos atos ou abstenções pretendidos. Essas medidas auxiliares são o núcleo da atuação dos provimentos inibitórios e, sem sua adequada utilização, pode-se deixar por terra todo o arcabouço de tutela imaginado.[148]

2.4.4 Da coisa julgada nas ações inibitórias coletivas

As sentenças inibitórias, ainda que não estejam aptas a trazer (na maioria dos casos) um juízo de certeza – já que se destinam ao futuro, protegendo o interessado diante da mera ameaça de lesão ao direito –, são capazes de produzir coisa julgada material. Ainda que seja fácil assimilar a cognição da tutela inibitória àquela que qualifica a proteção cautelar (em que, segundo a doutrina majoritária, não há coisa julgada), as duas formas de tutela são absolutamente distintas e operam com conceitos diversos, o que importa em diferenciação das soluções para cada uma das figuras.[149]

Para que possa ocorrer a coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar, efetivamente, e com carga de certeza, a existência ou não de uma pretensão ou ação de direito material. Se o processo não dá condições, pelo grau de cognição

---

[147] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 33-34.
[148] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 402-403.
[149] Ibidem, p. 404.

comportado, de declarar, com juízo de certeza, a existência ou não de um direito, então aquela declaração, contida no provimento judicial, não tem força suficiente para receber o selo de imutabilidade típica da coisa julgada.[150]

Se isso acontece com as medidas cautelares, o mesmo raciocínio não vale para a ação inibitória. Isso porque, embora não exista (muitas vezes) declaração de certeza na sentença inibitória – diante das restrições na dimensão da prova inerentes ao próprio contorno da modalidade de tutela (para o futuro) que é veiculada – o processo em que essa decisão se forma possui, evidentemente, cognição exauriente. De fato, ainda que o juiz não possa, por vezes, pronunciar-se com base em certeza na sentença inibitória, é certo que ali estará ele examinando o tema que lhe foi submetido pelas partes com a maior dimensão de cognição possível (diante das circunstâncias do caso específico). Dessa forma, ainda que isso possa não equivaler a um juízo de certeza, há de se equiparar à cognição exauriente, porque corresponde à máxima profundidade possível do exame.

É preciso distinguir a coisa julgada dos efeitos da sentença. [151]

Essas pessoas (e podem elas ser toda a comunidade), que recebam efeitos da sentença, não os sofrem de maneira indiscutível ou imutável; poderão sempre discutir em juízo esses efeitos, desde que possuam legitimidade e interesse para tanto. Ao contrário, a coisa julgada não é algo natural à sentença, sendo uma imposição legal, que pode ser restringida ou disciplinada ao livre arbítrio do legislador.

O legislador pode limitar o campo de atuação da coisa julgada, disciplinando-a inteiramente; já em relação aos efeitos da sentença, o arbítrio do legislador pode limitar o campo de atuação da coisa julgada, disciplinando-a inteiramente; já em relação aos efeitos da sentença, o arbítrio do legislador fica submetido a limites naturais, além dos quais sua regulamentação é inútil ou impossível.[152]

2.4.4.1 Limites subjetivos da coisa julgada nas ações inibitórias coletivas

Em relação à tutela inibitória, nenhuma particularidade guarda este tema em face da tutela repressiva tradicional, seja coletiva, seja individual. Deveras, no plano inibitório, a

[150] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 406.
[151] Ibidem, p. 407.
[152] Ibidem, p. 408.

coisa julgada opera-se de forma idêntica à maneira como age nas demais espécies de ação, aplicando-se-lhe integralmente as lições relativas à tutela *a posteriori*.

No plano coletivo, vale sublinhar, essas partes devem ser consideradas em seu aspecto material, e não apenas como o sujeito que apresenta a demanda coletiva em juízo. É dizer que, na esfera coletiva, a vinculação decorrente da coisa julgada opera-se em relação a todos os substituídos (sujeitos em sentido material) da demanda e não apenas em face daquele substituto que se apresenta como autor da ação. Este é, com efeito, o sentido dos termos erga omnes e ultra partes, utilizados pelo Código de Defesa do Consumidor para disciplinar a coisa julgada.[153]

2.4.4.2 Limites objetivos da coisa julgada nas ações inibitórias coletivas

Sobressai a questão de saber até quando vigora o comando judicial. Afinal, será possível que essa ordem dure eternamente, ou estará ela vinculada a determinado momento histórico ou a circunstâncias fáticas específicas?

Diante da relevância e da dificuldade em tratar da matéria, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 239, que estabelece que decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores. Fundamentalmente, a orientação indicada pela súmula aponta para que a decisão não pode ter caráter normativo abstrato – regendo a situação conflituosa específica (levada ao Judiciário) e também outras tantas idênticas, que venham a ocorrer futuramente.

Corroborando, aliás, essa idéia, ensina Alfredo Buzaid, a propósito do mandado de segurança, que a sentença pode ter caráter preventivo ou sancionatório. A sentença é preventiva, quando ela visa a impedir a consumação de uma ameaça a direito individual; é sancionatória, quando repara direito individual lesado por ato (ou omissão) ilegal ou e abuso de poder praticado por autoridade. A sentença, em mandado de segurança, resolve caso concreto individual; não tem, pois, efeito normativo.[154]

De toda sorte, e não obstante esta corrente doutrinária, é certo que a jurisprudência nacional tende a aplicar, de forma indiscutível – e mesmo sem compreender adequadamente o

---

[153] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 417.

[154] BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, p. 243 apud ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.419.

sentido da súmula antes apontada –, a orientação indicada pelo Supremo Tribunal Federal. Parece ser despiciendo dizer que, se esta visão for aplicada também à tutela inibitória, haverá sério risco de essa demanda preventiva seja privada de grande parcela de sua força, já que a limitação temporal dos efeitos da decisão poderá conduzir à possibilidade, ainda, de lesão futura (apenas postergando o problema). De fato, se a tutela inibitória (negativa) puder valer apenas para um dado momento, como impedir que ocorra a violação no instante seguinte, ou após findo o termo referido no processo? A questão, pois, em última análise, cinge-se a saber – para a própria viabilidade da tutela inibitória eficaz – se a decisão prolatada nesta ação poderá vigorar eternamente, ou estará limitada temporalmente, a apenas determinada ameaça de ilícito.

As duas opções podem, efetivamente, trazer aspectos negativos. De um lado, a incidência eterna da ordem de abstenção poderá submeter o requerido a uma constante e infinita ameaça de punição (de incidência do meio de pressão psicológica acoplado à ordem), o que justificaria a idéia de limitar a ordem no tempo. De outra parte, porém, não se deve esquecer que a ameaça perene de sanção – ainda que não com a mesma intensidade – já decorre normalmente da lei, considerando que seu descumprimento deve acarretar sempre a incidência da conseqüência prometida pela regra jurídica. Outrossim, e ainda em abono à defesa da manutenção indefinida da ordem, calha observar que a medida de coerção não deve representar constrangimento ao requerido, porque ela é concebida para incidir apenas para a hipótese (não desejada) de haver transgressão da ordem judicial outorgada. Por isso, desde que o ilícito não venha a ser praticado (ou o comando não seja violado), nenhuma punição incide sobre o requerido; se o ordenado não pretende desobedecer à ordem judicial, não haverá sentido para sentir-se ameaçado, pela sanção acoplada à determinação inibitória.

Enquanto pender a ameaça de são, incidirá a pretensão (uma única) à sua prevenção. Assim, a imutabilidade da coisa julgada deve projetar-se para o futuro de forma indeterminada, identicamente aos efeitos (do comando) da sentença, que permanecem impondo a abstenção ao requerido, ao menos enquanto a situação fática e jurídica que justificou a decisão judicial mantiver-se a mesma.[155]

A imutabilidade da coisa julgada, por lógica e diante da interpretação do artigo 461, I, do Código de Processo Civil, apenas incidirá diante de uma única causa de pedir – e enquanto ela permanecer imodificada.[156]

---

[155] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 420-421.
[156] Ibidem, p. 422.

Apenas de forma excepcional, quando o tempo de duração da relação jurídica continuada provocar, por si só, a alteração substancial da controvérsia decidida é que se poderá pensar em nova ação e, portanto, em limitação da coisa julgada.

A decisão judicial que concede a tutela inibitória estenderá seus efeitos (e a imutabilidade da coisa julgada que incidirá) a todo local e momento que possa guardar relação com o contexto narrado na inicial.

Conforme pondera Ovídio Baptista da Silva, a imutabilidade da coisa julgada dimensiona-se pelos motivos da sentença, de forma que os fatos relacionados com o material da primeira ação tornar-se-ão indiscutíveis após o trânsito em julgado da decisão. Desse modo, sempre que a mesma ameaça – considerada como mesma probabilidade de lesão, ainda que determinada por circunstâncias distintas, ou diversas condições de lugar ou tempo – se fizer sentir sobre dada situação (que ensejou a ação inibitória), haverá nítida relação entre materiais, de forma que a decisão tomada na ação proposta também valerá pra a nova ocasião, de modo que a ordem antes concedida valerá igualmente para cá.

O mesmo autor afirma que, certamente, se poderia objetar que uma conclusão dessa ordem legitimaria uma margem excessiva de insegurança e imprecisão, quanto ao estabelecimento dos limites objetivos da coisa julgada, pela admissão de um certo subjetivismo na caracterização da demanda, já que se atribuiria ao autor a faculdade de configurá-la em seu pedido de tutela jurídica.[157]

Não é possível dar solução apriorística à questão. Apenas a prudência do magistrado terá condições de averiguar no caso concreto os elementos que levaram o demandante a pleitear, inicialmente, a tutela inibitória, e observar se esses mesmos indicativos se encontram na nova situação.[158]

---

[157] SILVA, Ovídio Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 170.
[158] ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 426.

3. ACESSO À JUSTIÇA

Nas lapidares palavras de Mauro Cappelletti, o conceito de acesso à justiça vem sendo alterado de uma importante maneira, sendo que tal transformação tem também atingido o estudo e o ensino do processo civil. Com efeito, nos Estados liberais "burgueses" dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado a propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um "direito natural", os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que ele fosse infringido por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.[159]

Destarte, a partir do instante em que as inter-relações assumiram caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas viram-se instadas a deixar para trás a visão individualista dos direitos, refletidas nas "declarações de direitos", típicas dos séculos dezoito e dezenove.

Como conseqüência, passaram a ser reconhecidos os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, constatando-se que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos.

Frente a tal panorama, não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha recebido especial atenção. Para Cappelletti, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância incontestável entre os novos direitos sociais e individuais, porquanto a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

Dentro desta linha de raciocínio, prossegue Cappelletti no sentido de que *"o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o 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".*[160]

---

[159] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 9.
[160] Ibidem, p. 11-12.

Mais do que isso, é intrínseca à noção de acesso a constatação que uma reforma direito material é ilusória se não for acompanhada de adequados instrumentos de execução no plano processual – onde a justiça se torna *"justiça garantida, dos remédios judiciais"*.[161]

Daí a necessidade de divulgação e implementação, entre os operadores do direito, da tutela jurisdicional coletiva, que representa um dos caminhos para o acesso à ordem jurídica justa.

3.1 AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JUSTIÇA

Segundo Mauro Cappelletti, o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. A primeira solução para o acesso – a primeira "onda" desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e a terceira – e mais recente – é o que Cappelletti chama "enfoque de acesso à justiça", porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

a) Primeira onda: assistência judiciária para os pobres

Segundo ensina Cappelletti, os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo,

---

[161] CAPPELLETTI, Mauro. Cappelletti *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 61:148, 1991.

vitais. Até muito recentemente, no entanto, os esquemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados. Baseavam-se, em sua maior parte, em serviços prestados pelos advogados particulares, sem contraprestação (*munus honorificum*). O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência judiciária eram ineficientes. Em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a devotar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita. Ademais, para evitarem incorrer em excessos de caridade, os adeptos do programa geralmente fixaram estritos limites de habilitação para quem desejasse gozar do benefício. [162]

Com o intuito de implementar os objetivos da primeira onda renovatória, foi desenvolvido o sistema *judicare*, no qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado[163]. Há críticas ao sistema, todavia. Com efeito, o *judicare* trata os pobres como indivíduos, negligenciando sua situação como classe; logo, não estão aparelhados para transcender os remédios individuais. [164]

O modelo seguinte, correspondente a disponibilizar um *advogado remunerado pelos cofres públicos,* tem um objetivo diverso do sistema *judicare*. Os serviços jurídicos deveriam ser prestados por "escritórios de vizinhança", atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe. As vantagens dessa sistemática sobre a do *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Obtempera Cappelletti, todavia, que existem desvantagens nesse sistema. Com efeito, a maior repercussão e melhor resultado aparente dos casos-teste e das iniciativas de reformas legais, podem na prática levar o advogado de equipe a negligenciar os interesses de clientes particulares. Em segundo lugar, um advogado, ao colocar-se na posição de advogado dos pobres e, de fato, ao tratar os pobres como se fosse incapazes de perseguir seus próprios interesses, é muito paternalista. Ademais, o sistema necessariamente depende de apoio governamental para atividades de natureza política, tantas vezes dirigidas contra o

---

[162] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.*, p. 31-32.
[163] Ibidem, p. 35.
[164] Ibidem, p. 38-39.

próprio governo. Por outro lado, e não menos importante, é o fato de que não podem haver advogados suficientes para estender a assistência jurídica à classe média, um desenvolvimento que é um traço distintivo fundamental da maior parte dos sistemas de assistência jurídica.[165]

Assevera Cappelletti que alguns países escolheram combinar os dois principais modelos de sistema de assistência jurídica, depois de terem reconhecido as limitações que existem em cada um deles. Este modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres. Dessa forma, tanto as pessoas menos favorecidas, quanto os pobres como grupo, podem ser beneficiados.[166]

b) A segunda onda: representação dos interesses difusos

Informa Cappelletti que o segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais. Com efeito, a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais.[167]

Para solucionar a questão da representação dos interesses difusos, Cappelletti apresenta algumas soluções, como a *ação governamental*[168], *a técnica do Procurador-Geral Privado*[169], *a técnica do Advogado Particular do Interesse Público*[170], *as ações coletivas, as ações de interesse público e as sociedades de advogados que se ocupam delas*[171],

---

[165] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 39-43.
[166],Ibidem, p. 43-44.
[167] Ibidem, p. 49-50.
[168] A ação governamental se dá por intermédio da atuação do Ministério Público, do *attorney general* (procurador-geral), das agências públicas regulamentadoras altamente especializadas e do *Ombudsman* do Consumidor.
[169] Admissão de ações propostas por cidadãos para impugnar e paralisar determinada ação de governo. Grupos podem financiar essas ações individuais, como casos-teste.
[170] Atribuição de legitimação ativa às associações. *Relator action* (ação delegada), usada nos países de "common law", especialmente na Austrália e Grã-Bretanha. A ação delegada é intentada por uma parte que normalmente não teria legitimidade para a causa, mas que obtém a permissão, ou "Fiat", do procurador-geral para tanto. Essa ação pode ser utilizada tanto por indivíduos quanto por grupos,
[171] A *class action*, permitindo que um litigante represente toda uma classe de pessoas, numa determinada demanda, evita os custos de criar uma organização permanente. Com um esquema de honorários condicionais, o trabalho da organização é financeiramente compensador para os advogados. *Class actions* e ações de interesse público, no entanto, exigem especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos

a Assessoria Pública[172]e, por fim, a adoção de uma *solução pluralística ou mista*[173].

c) A terceira onda: do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque do acesso à justiça.

Quanto às ondas precedentes, obtempera Cappelletti que sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa "terceira onda" de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Cappelletti e Garth o denominaram de "o enfoque do acesso à justiça" por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reformas, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

A representação judicial – tanto de indivíduos, quanto de interesses difusos – não se mostrou suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras "vantagens tangíveis" ao nível prático. Não é possível, nem desejável, resolver tais problemas com advogados apenas, isto é, com uma representação judicial aperfeiçoada. Entre outras coisas, aprendeu-se,

---

permanentes, prósperos e bem assessorados possuem. Esses problemas tornam a *class action* um meio imperfeito de vindicação dos interesses difusos. Esses interesses não puderam encontrar representação através de organizações. Muitos grupos de advogados (liberais) formaram, então, "sociedades de advogados de interesse público", para atender essa demanda. Os advogados de interesse público têm sido criticados por não serem responsabilizáveis pelos interesses que representam, o que é, em parte, verdadeiro. Existem também dúvidas quanto a sua viabilidade a longo prazo.

[172] O êxito dos advogados do interesse público nos Estados Unidos e as óbvias restrições financeiras sob as quais eles precisam atuar estimularam a criação de novas instituições, subsidiadas pelo governo, para servir ao interesse público. A idéia consiste em utilizar recursos públicos, mas confiar na energia, interesse e fiscalização dos grupos particulares. O exemplo mais bem sucedido desse tipo de solução, até hoje, foi o Escritório de Assessoria Pública, estabelecido nos Estados Unidos, em decorrência das disposições da lei de Reorganização Ferroviária Regional, de 1973, para auxiliar as comunidades e usuários das ferrovias na colocação de seus interesses em audiências públicas. A grande e nova virtude dessa instituição é que ela pode auxiliar a criar grupos permanentes capazes de exercer pressão e, dessa forma, reivindicar seus próprios direitos, através de procedimentos administrativos e judiciais.

[173] A idéia de assessoria pública foi integrada com diversas outras teses, tornando-se, para o autor, a melhor proposta de reforma já apresentada para essa área, nos Estados Unidos. Os interesses difuso exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação suficiente dos interesses difusos.

agora, que esses novos direitos freqüentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exeqüíveis.[174] Cada vez mais se reconhece que, embora não se possa negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma[175].

Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar ao processo civil ao tipo de litígio. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.

Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos.

Por fim, é preciso enfatizar que as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais. Embora obviamente relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes.

É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque de acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores. [176]

---

[174] "Uma vez reconhecidos novos direitos de propriedade, deve começar a busca por direitos processuais complementares para fazê-los vigorar". Cooper, R.e Kastner, B. Apud CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 69..
[175] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 67-69.
[176] Ibidem, p. 71-73.

3.2 O MOVIMENTO PELO ACESSO À JUSTIÇA

Segundo Cappelletti, o movimento por "acesso à justiça" tem representado, nos últimos decênios, uma importante, talvez a mais importante, expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais em um número crescente de países. Trata-se da principal resposta à crise do Direito e da Justiça em nossa época[177].

Como movimento de pensamento, o acesso à justiça expressou uma potente reação contra uma imposição dogmático-formalística que pretendia identificar o fenômeno jurídico exclusivamente no complexo da norma, essencialmente de derivação estatal, de um determinado país. O dogmatismo jurídico tem sido uma forma degenerativa do positivismo jurídico que levou não somente a uma simplificação irrealística do direito, no que se refere a seu aspecto normativo – *jus positum* – descuidando-se assim dos outros, não menos essenciais, elementos; mas tem levado também a uma não menos irrealística simplificação dos deveres e das responsabilidades dos juristas, juízes, advogados, estudiosos, deveres que segundo aquela impostação, deveriam limitar-se a um mero, asséptico, passivo e mecânico conhecimento e aplicação da norma na vida prática, no ensino e nas análises científicas.

Pelo dogmatismo, a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo; como instrumento "seguro" desse cálculo, o método sistemático-dedutivo tem a dupla vantagem de garantir soluções "certas" e "objetivas" e de excluir a escolha subjetiva do juiz. Acaba por haver uma identificação do direito positivo com a justiça.

---

[177] Norberto Bobbio escreve que, "descendo do plano ideal ao real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva (A era dos direitos, p. 63). Essa questão da garantia da proteção efetiva dos direitos é justamente a problemática do acesso à justiça, que hoje toma conta do pensamento jurídico no mundo. A própria globalização tem acentuado a problemática do acesso à justiça, pois traz o aumento acentuado da internacionalização do direito e do estado, a economia se torna uma questão e também um grave problema mundial (mundialização da economia), com conseqüências trágicas para vários países, especialmente os emergentes como o Brasil, que têm diminuída a sua capacidade e a capacidade da sua própria justiça de garantir os direitos dos cidadãos e da sociedade como comunidade de pessoas. Discute-se, assim, o acesso a justiça como um novo método de pensamento e como um moderno plano de reforma. Em relação especialmente ao direito processual coletivo comum, é necessário um tratamento todo especial, para que o processo que verse sobre direitos ou interesses massificados possa ter real efetividade e legitimidade social e evitar que o tecnicismo e o formalismo possam impedir ou dificultar a tutela dos direitos e interesses coletivos primaciais da sociedade. Com esse posicionamento, não se pretende que fique limitada a possibilidade de defesa ou que haja qualquer mitigação ao devido processo legal. Violação ao devido processo legal e à própria garantia do acesso a justiça já ocorre quando o processo é tardio, quando se usa do sistema de formalidades e de recursos para intencionalmente procrastinar por vários anos a decisão final de uma prestação jurisdicional.simplesmente, o que se visaria seria tornar o processo um instrumento onde o juiz possa realmente ter condições de exercer sua autoridade, ou seja, o seu poder de império, e tornar a justiça efetiva. ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual civil brasileiro – um novo ramo do direito processual.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60-104.

Aduz o autor que uma primeira, mas insuficiente reação a esta impostação vem agora com as correntes de pensamento que na Europa se apresentaram à ribalta como "jurisprudência dos interesses" – a sua versão mais radical, de acordo com o "direito livre" – e alguns decênios mais tarde na América, como "realismo jurídico". Jurisprudência dos interesses e realismo jurídico têm contestado o conceitualismo abstrato e formalístico da jurisprudência dogmática, demonstrando como a realidade é bem mais complexa.[178]

O dogmatismo, nas palavras salutares de Cappelletti, acaba por negar ou diminuir a responsabilidade política e ética daqueles, sob o velho pretexto de uma mais agnóstica "neutralidade". Havia, desta maneira, aquela clamorosa deformação do fenômeno jurídico. Com efeito, para o principal autor da BGB, o Código Civil "tedesco", Bernhard Windscheid, dever-se-ia banir da atividade do jurista qualquer tipo de considerações éticas, políticas ou econômicas, já que essas não são de competência do jurista, o qual não deve mesclar com a norma dados de outra natureza, meros fatos, confundindo o jurídico com o sociológico, abandonando-se a um inadmissível sincretismo de métodos.[179]

Em contrapartida, o realismo jurídico levou àquilo que tem sido chamado de "ceticismo normativo". Hoje, o ceticismo normativo é traduzido de modo distorcido, em escola de pensamento exagerado, ao lado daquela que em outros tempos definiu como a filosofia da catástrofe, levada a uma total *deconstruction* (decomposição) do direito, não somente em seu aspecto normativo, mas em geral, no sentido de ver no direito um inevitável instrumento de domínio e opressão.[180]

Aduz Cappelletti que uma outra corrente de pensamento, denominada "Law and Economics", tem ao contrário trazido, em sua expressão mais extremista, a ver o Direito quase exclusivamente sob a luz dos valores econômicos, em uma perspectiva utilitarista, negadora de todos e quaisquer outros valores.

Por seu turno, pelo movimento do acesso à justiça, o aspecto normativo do Direito não é negado, mas é visto como um dos elementos, e não menos o mais importante, porquanto primeiramente são as pessoas, as instituições e processos através dos quais o Direito vive, se forma, desenvolve e se impõe. Em outras palavras, o Direito é visto não como um sistema separado, autônomo, auto-suficiente, "autopoiético", mas como parte integrante de um mais

---

[178] CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*, p.144 - 145.

[179] WINDSCHEID, Bernhard. *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, p. 101. Apud CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 61: 145, 1991.

[180] CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. loc. cit, p. 145.

complexo ordenamento social, onde isto não se pode fazer artificialmente isolado da economia, da moral, da política.

Com efeito, no lugar de uma concessão unidimensional, limitada à verificação da norma, se propõe assim, uma concessão tridimensional do Direito e de sua análise: uma primeira se baseia no problema, da necessidade, carência ou instancia social que um dado setor do direito entende resolver; a segunda examina a resposta, a solução, no plano normativo, mas também institucional e processual, empenhada em resolver aquele problema; no entanto, a terceira é aquela que examina criticamente os resultados, no plano *lato sensu* social (econômico, político etc.) que de tais respostas ou soluções derivam concretamente, no âmbito da sociedade. A análise do jurista se torna, desta forma, extremamente mais complexa, mas também mais fascinante e infinitamente mais realística.[181]

Ressalte-se, ainda dentro da temática do movimento mundial pelo acesso à justiça, que Ada Pelegrini Grinover identifica uma nova categoria de hipossuficientes, surgida em razão da própria estruturação da sociedade de massa: são os carentes organizacionais, a que se refere Mauro Cappelletti. A este respeito, veja-se:

> São carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sócio-juridicas existentes na sociedade contemporânea. Assim, por exemplo, o consumidor no plano das relações de consumo; o usuário de serviços públicos; os que se submetem necessariamente a uma série de contratos de adesão; os pequenos investidores do mercado mobiliário; os segurados da Previdência Social; o titular de pequenos conflitos de interesses, que via de regra se transforma em um litigante meramente eventual. Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro das complexas interações sociais hoje reinantes, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.[182]

No que se refere ao fundamento constitucional do acesso à justiça, Mauro Cappelletti enquadra o *worldwide movement* – o movimento mundial de pensamento e de reforma do acesso à justiça – no mais amplo panorama das grandes tendências evolutivas do direito e da justiça no mundo contemporâneo.

Mais precisamente, o direito constitucional moderno – e, no seu âmbito, os direitos fundamentais –, sem a pretensão de irrealisticamente se impor como eterno, absoluto, imutável, tem se mostrado menos mutável, menos efêmero e contingente, mais permanente e

---

[181] CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*, p. 146.

[182] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor in* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 116.

cogente do que o próprio direito positivo ordinário, auxiliando de maneira inestimável a interpretação-atuação judiciária.

Como reflexo, afirma Cappelletti que

> (...) As constituições modernas não se limitam mais de fato a afirmar os tradicionais direitos políticos e civis; têm se afirmado também os direitos sociais, e destes sempre emerge, fortemente, aquele do acesso e da efetividade; acesso à proteção judiciária (...), mas acesso também a todos aqueles outros bens sociais sob as quais se fundamenta, afirmo, o moderno Estado Social de Direito (...) Se compreendem, portanto, como aspectos centrais de todas as três "ondas" de reforma (...), freqüentes confirmações em normas constitucionais e em decisões de Cortes Constitucionais (...).[183]

O legado destas constituições modernas, que resulta da fusão da dimensão constitucional com a dimensão social e, conseqüentemente, com a temática do acesso – somente é aproveitado se exercitarem novo papel os Juízes, os juristas práticos e os estudiosos em geral. De fato, os direitos sociais implicam em regras, programas de ações, empenhos projetados no futuro, onde o juiz constitucional tem um dever novo, árduo e de grande empenho: o dever de julgar a ação do Poder Público não mais somente à luz de seu possível contraste com direitos e obrigações claramente definidas, mas também com programas vinculados de ação futura.[184]

3.2.1 Instrumentalidade do processo – o *processo civil de resultados*

Hodiernamente, o estudo do moderno processo civil tem focado o acesso, vale dizer, o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos[185]. Não mais se mostra suficiente aos anseios sociais a discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas, uma vez que, sob estas descrições neutras, costuma-se ocultar o modelo freqüentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a Justiça, limitada apenas pelos argumentos jurídicos que os advogados possam deduzir.

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais somente se justificam se servirem a funções sociais. Impende, outrossim, o reconhecimento de que

---

[183] CAPPELLETTI, Mauro, *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*, p. 154.
[184] Ibidem, p. 155.
[185] WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 2. ed. atual. Campinas, SP: Bookseller, 2000 , p. 21.

> (...) as cortes não são a única fonte de solução dos conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia e, ademais, aprender através de outras culturas. **O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística**.[186] (grifos nossos)

Quando se coloca em discussão a questão da instrumentalidade do processo, é inevitável tratar do tema no âmbito do que Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco denominam "fases metodológicas fundamentais" do direito processual, a fim de, a partir do exame histórico das fases sincretista e autonomista, chegar-se à noção do que atualmente representa o referido fenômeno.

Ensina Roberto Sampaio Contreiras de Almeida que, em seus primórdios e até meados do séc. XIX, o direito processual não era considerado ciência autônoma, pois "*não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo*" e, por isso mesmo, "*a ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida*" [187]. Cuida-se este do período sincretista.

Em seguida, a partir das especulações dos alemães a propósito da natureza jurídica da ação e do próprio processo, com fulcro na racionalidade do "século das luzes", criaram-se as grandes construções científicas do direito processual, que se firmou então como ciência autônoma (fase autonomista do direito processual).

Essa postura obcecadamente autonomista pode ser identificada a partir das investigações em torno do direito de ação, com seu caráter prevalentemente abstrato, plenamente desvinculado do direito material em apreciação. Durou essa fase por volta de um século, até que então se passou a criticar o enfoque excessivamente introspectivo do estudo do sistema processual, de suas categorias e de seus conceitos fundamentais. O processo estava se tornando um fim em si mesmo, *"como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a*

---

[186] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.*, p. 13.

[187] ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Os poderes introdutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo.* In.: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 38 n. 150 abr./jun. 2001, p. 16-17.

análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer".[188]

Como crítica a essa visão introspectiva do direito processual é que nasce a terceira fase em que atualmente se situa o sistema processual, chamada instrumentalista, e que prioriza o enfoque do processo para o seu aspecto externo, não somente no plano individual, mas, sobretudo, no coletivo e social. Afinal, de que adianta, pois, dispor de instrumentos processuais avançados se não se conseguem atingir resultados práticos capazes de contribuir para a almejada pacificação social, considerada escopo magno do Estado?[189]

Ainda segundo Contreiras, as atuais preocupações repousam sobre o esclarecimento do modo pelo qual a jurisdição desempenha a sua função instrumental de promover a pacificação social, evitando e eliminando conflitos entre pessoas. Também se destinam a alertar para o fator de que o processo não é um fim em si mesmo, mas sim instrumento de realização do direito material. Ademais, deixam claro que o exercício dos poderes instrutórios do magistrado é um meio eficaz destinado a possibilitar o desempenho do relevante papel do processo como "instrumento a serviço da paz social", mediante a prolação de decisões mais justas.

Tal autor, inspirando-se em Cândido Dinamarco, afirma que a instrumentalidade do processo propõe-se à desmistificação das regras processuais e de suas formas e à correspondente otimização do sistema, para a busca da aclamada efetividade do processo.

Destarte, é inegável que o aumento da participação do juiz na instrução da causa tem-se revelado, entre as novas manifestações relativas à postura instrumentalista que envolve a ciência processual, como um dos movimentos nucleares que sintetizam o aprimoramento do sistema processual na atualidade.

Nesse contexto é que se está desenvolvendo a idéia de um escopo metajurídico da jurisdição, evidenciado na paz social e que, para ser levado a efeito, há que contar com um papel atuante e participativo do juiz, consciente da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade, em oposição à postura do juiz "espectador e conformado"[190].

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o que se vê, portanto, é que todo o tema da instrumentalidade volta-se a essa síntese que na literatura moderna leva o nome de acesso à justiça. Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto,

---

[188] ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de., op cit., p. 16-17.
[189] Ibidem, p. 16-17.
[190] Ibidem, p. 16-17.

falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja em grau constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia de acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios[191].

A garantia de ingresso em juízo (ou do chamado "direito de demandar"), calcada no artigo 5º, XXX, Constituição Federal, consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só lhes podendo ser negado o exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição). Hoje busca-se evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário; legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial (interesses difusos, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade estendida a diversas entidades representativas); e o Poder Judiciário, pouco a pouco, vai chegando mais perto do exame de mérito dos atos administrativos, superando a idéia da discricionariedade e a sutil distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, usadas como escudo para assegurar a imunidade deles à censura jurisdicional. Nessa e em outras medidas voltadas à universalidade do processo reside o primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário e o primeiro passo para o acesso à justiça.

Dinamarco adverte que essa garantia não é um fim em si mesmo. A progressiva redução do rol dos conflitos não jurisdicionalizáveis e das pessoas sem acesso ao Judiciário seria coisa sem muito significado social e político se não existisse a garantia do devido processo legal, que por um de seus possíveis aspectos e a expressão particularizada do princípio constitucional da legalidade, enquanto voltada ao processo. Constitui segurança para todos o sistema de limitações ao exercício do poder pelo juiz, de deveres deste perante as partes e de oportunidades definidas na lei e postas à disposição delas, para atuação de cada uma no processo segundo seu próprio juízo de conveniência (regras sobre procedimento, prova, recursos etc.). A efetiva observância dessas limitações e deveres, mais a oferta dessas oportunidades mediante a racional interpretação e efetivação das regras formais do processo, são inerências da legalidade do Estado de Direito. As partes têm verdadeiro direito ao

---

[191] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 372-376.

processo, corporificado nessas regras formais do sistema processual e garantidas em grau constitucional mediante a explícita adoção da cláusula *due process of law*[192].

Ademais, sequer a garantia constitucional da legalidade vale por si própria, mas com o penhor da observância de algo de maior significado substancial, que é o contraditório processual. O cumprimento do devido processo legal, que legitima os provimentos jurisdicionais, legitima-os justamente porque a experiência mostra ao constituinte, ao legislador, ao juiz e a todos, que a observância dessas regras é o caminho mais seguro para a efetividade do contraditório. É indispensável todo o sistema de informes às partes sobre os atos processuais do juiz, de seus auxiliares e da parte contrária. É indispensável que a esses atos e provimentos possa a parte reagir adequadamente, gerando situações novas, de sua conveniência. É indispensável, também, que entre as partes e o juiz se instale no processo um diálogo construtivo, no sentido de melhor instrução daquele para decidir. Informação mais reação com diálogo – eis a receita do contraditório, segundo a mais moderna conceituação.

Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à idéia do processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas somadas – visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: *o acesso à justiça*. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa.

Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. Falar da efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça.

O que recebe destaque, agora, é a necessidade de incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades dos profissionais a consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas.[193]

---

[192] DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 372-376.
[193] Ibidem, p. 372-376.

3.2.2 O acesso à ordem jurídica justa

Nas lapidares palavras de Kazuo Watanabe, a questão 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".*[194]

Para tanto, exige-se a formação do que o autor chama de "nova postura mental", consistente em pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo.

Logo, o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento.

Atualmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do Poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o Direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. Ainda segundo Watanabe, a ética que predomina é da eficiência técnica, e não da eqüidade e do bem-estar da coletividade.

Deve ser objeto de atenção também o direito substancial, o qual, por ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo correto.

De maneira franca, alerta Watanabe que, "*para a aplicação de um direito substancial, discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento da dupla injustiça*".[195]

Comentando o alcance do acesso à ordem jurídica justa, Ada Pellegrini Grinover, reportando-se a Kazuo Watanabe, identifica os dados elementares desse direito:

> (...) o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica justa e a realidade socioeconômica do país; 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; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características.[196]

---

[194] WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In* GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-129.
[195] Ibidem, p. 128-129.
[196] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*, p.115.

Arremata referido autor, postulando que o direito de acesso à justiça é, portanto, *"direito de acesso a uma Justiça adequadamente organizada e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização de direito*".

Reconhece o autor, referindo-se ao plano processual, que existem também dificuldades de natureza técnico-processual, como as decorrentes da estreiteza do conceito de legitimação para agir (v.g.,legitimação em matéria de direitos difusos), da existência de procedimentos simples e céleres, da limitação das espécies de provimentos jurisdicionais, dentre outros.

Todavia, em que pesem os entraves e desafios, todos os obstáculos à efetiva realização do direito devem ser corretamente enfrentados, seja em sede de Ciência Política e de Direito Constitucional, na concepção de novas e inovadoras estruturas do Estado e de organização mais adequada do Judiciário, como também na área da Ciência Processual, para a reformulação de institutos e categorias processuais e concepção de novas alternativas e novas técnicas de solução dos conflitos.[197]

3.2.3 Obstáculos e limites do acesso à justiça

Obtempera Cappelletti que, embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de "efetividade" é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas"- a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.[198]

O primeiro obstáculo corresponderia às *custas judiciais.* Com efeito, qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer essa

---

[197] WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, p. 134-135.
[198] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 15.

situação: os advogados e seus serviços são muito caros[199]. Além disso, causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciários formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade[200]. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito[201].

As *possibilidades das partes* representariam, outrossim, uma segunda ordem de obstáculos. Por um lado, pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa[202]. De outra banda, a "capacidade jurídica" pessoal, se se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através do aparelho judiciário. Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Ademais, as pessoas têm limitados conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda. Terceira barreira importante é a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. Com efeito, procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um "prisioneiro num mundo estranho".[203]

Há de se salientar, ademais, o obstáculo concernente aos *problemas especiais dos interesses difusos.* Segundo Cappelletti, o problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.

---

[199] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 16.
[200] Ibidem, p. 19.
[201] Ibidem, p. 20.
[202] Ibidem, p. 21.
[203] Ibidem, p. 22-24.

Uma posição tradicional e ainda prevalecente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina governamental para proteger os interesses públicos e dos grupos. Pesquisa comparativa, no entanto, demonstrou o quanto é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos. É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental.[204]

Ademais, acrescenta Cappelletti que os problemas principais do movimento reformador têm sido os seguintes:

> a) O obstáculo econômico, pelo qual muitas pessoas não estão em condições de ter acesso às cortes de justiça por causa de sua pobreza, onde seus direitos correm o risco de ser puramente aparentes;
> b) O obstáculo organizador, através do qual certos direitos ou interesses "coletivos" ou "difusos" não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual, transformações essas que possam ter uma coordenação, uma organização, daqueles direitos ou interesses;
> c) Finalmente, o obstáculo propriamente processual, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela.[205]

O obstáculo organizacional é ilustrado pela temática dos interesses considerados difusos. É neste campo que se tem verificado aquilo que no movimento de acesso à justiça foi definido como sendo a "segunda onda" [206].

Pensa-se agora nos produtos da indústria; um leve defeito de produção pode tornar-se um dano para muitíssimos consumidores deste produto. Diante deste fenômeno, de porte colossal, o indivíduo isolado é impotente. O consumidor que tenha sofrido um leve dano por causa de um produto defeituoso ou por um defeito de confecção ou de embalagens do produto adquirido, normalmente não tem suficiente motivação, informação e força econômica pra levar a juízo o poderoso produtor, o *mass-wrongdoer;* e ainda que o fizesse, o resultado de sua vitória seria irrisório. Sendo assim, tal grupo ou categoria não é organizada. A exigência tem sido aquela de se organizar tais interesses, de dar um autor – um ator ideológico *(ideological plaintiff)* a estes interesses.[207]

Esse fenômeno levou a uma verdadeira e própria metamorfose do direito processual. São revolvidas aqui regras também milenares, como aquela através da qual a coisa julgada não pode estender-se senão às partes *in causa* .

---

[204] CAPPELLETTI, Mauro. Cappelletti. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*, p. 26-28.
[205] Ibidem, p. 61.
[206] Ibidem, p. 150.
[207] Ibidem, p. 151.

A alternativa era inderrogável: ou manter a regra milenar, típica de uma justiça individualista, e neste caso, tornar praticamente privados de tutela os interesses difusos, os *new rights* tão importantes na sociedade moderna, ou operar as metamorfoses necessárias.

Apesar da primeira "onda" do movimento do acesso ter se chocado contra os efeitos negativos e injustos da pobreza econômica das partes, esta segunda onda de reformas se deve bater contra aquela que podemos chamar a "pobreza organizativa": a dificuldade, isto é, para os titulares dos interesses difusos, de organizar-se como uma frente unitária contra os *mass wrongdoer* – tal dificuldade pode ser superada, potencialmente ao menos, sobretudo mediante as reformas já mencionadas, ou uma pluralista combinação destas reformas, algo como aquela adotada com o Código de Defesa do Consumidor, no Brasil. [208]

Cappelletti trata, a seguir, do obstáculo processual, o qual consiste no fato de que a solução processual – o processo ordinário contencioso – mesmo quando são superados os problemas de patrocínio e de organização dos interesses, pode não ser a solução mais eficaz.[209]

No que diz respeito aos **limites do acesso à justiça**, adverte Cappelletti, ao saudar o surgimento de novas e ousadas reformas, não se pode ignorar seus riscos e limitações. É preciso que se reconheça *"que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais".*[210]

Não se pode ingenuamente supor que o acesso à justiça constitua panacéia para todos os males, já que, para os muito pobres, o problema de acesso à justiça é simplesmente irrelevante, uma vez que eles não têm demandas a propor e estão fora do sistema institucional, não importa quanto esse sistema seja acessível.[211]

Ademais, relembra Cappelletti que um aspecto igualmente óbvio – bem conhecido dos estudiosos de Direito Comparado – é o de que as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos. Mesmo se transplantada "com sucesso", uma instituição pode, de fato, operar de forma inteiramente diversa num ambiente diverso, de modo que não basta diagnosticar a necessidade de reforma; há também que se cuidadosamente monitorar sua implementação.[212]

Quanto à propalada especialização de cortes e de magistrados, Cappelletti neles vislumbra, potencialmente, também um entrave ao acesso. Com efeito, a proliferação de

---

[208] CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*, p. 152.
[209] Ibidem, p.152.
[210] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 161.
[211] BRAÑES, R. *Access to Justice in Chile,* seção IIA1. Apud CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 161-162.
[212] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça,* loc. cit., p. 162.

tribunais especializados pode *"tornar-se uma barreira ao acesso efetivo, resultando naquilo que o relatório francês do Projeto de Florença denominou de "litigação parasitária"*. Identicamente, um juiz especializado pode tornar-se muito isolado, desenvolvendo uma perspectiva demasiado estreita. Além disso, existe sempre o perigo de que a "improvisação" com o procedimento terá efeitos sérios e indesejados.

O que se constata, pois, é que as reformas destinadas a eliminar uma ou outra barreira ao acesso podem, ao mesmo tempo, fazer surgir outras.

Importante risco relatado pelo autor é o de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório. Referindo-se ao avanço que tais garantias representaram frente ao absolutismo monárquico, Cappelletti ressalta que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar "novos" direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas.

A idéia de acesso à justiça também não deve representar o exercício de pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo. Nas palavras do autor,

> (...) uma mudança na direção de um significado mais "social" da justiça não quer dizer que o conjunto de valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado. Em nenhuma circunstância devemos estar dispostos a "vender nossa alma".
> (...) A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso à justiça. A finalidade não é fazer uma justiça "mais pobre", mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior "beleza" – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente.[213]

3.2.4 Acesso à justiça na realidade brasileira

Ao analisar o panorama atual no que tange ao acesso à justiça, considera Kazuo Watanabe que aspecto de extrema relevância é o perfeito conhecimento da realidade sócio-

[213] CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, op.cit., p. 163-165.

político-econômica do País, para que em relação a ela se pense na correta estruturação dos Poderes e adequada organização da Justiça, se trace uma correta estratégia de canalização e resolução de conflitos e se organizem convenientemente os instrumentos processuais preordenados à realização efetiva de direitos. Afinal, não se organiza a justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais.

Acentuam os cientistas políticos que o Brasil é um país marcado por contradições sociais, econômicas, políticas e regionais. A intervenção do Estado, traduzida em assunção de algumas atividades econômicas produtivas ou em regulação e fiscalização de atividades privadas, atende muito mais à preocupação de superar as dificuldades sociais e econômicas que o acometem. Portanto, atende à lógica do capitalismo.

Prossegue Watanabe:

> Têm sublinhado os cientistas políticos, com inegável acerto, a ineficácia da estratégia adotada pelos ocupantes do Poder na tentativa de administrar tais contradições sem qualquer reforma estrutural. A estratégia tem consistido, basicamente, na concessão de novos direitos sociais às classes sociais em geral e em especial às classes mais desfavorecidas, tudo isso representando um elevado custo para o Estado, que o obriga a intervir mais e mais, sempre com vistas à captação de mais recursos financeiros.
>
> Os direitos sociais outorgados como meio de aliviar as tensões sociais têm sido considerados como pontos de referência, por parte de segmentos da sociedade cada vez mais organizados, alguns deles emergentes em data bem recente, como os "bóias-frias", os "sem-terra" agrícolas e urbanos, para a postulação de novos benefícios e direitos, cujo atendimento reclama do Estado mais gastos e novos expedientes de arrecadação de recursos, que significam mais intervenção estatal na esfera jurídica dos cidadãos.
>
> O grave é, porém, que muitos desses direitos não são honrados, de todo ou parcialmente, o que tem gerado conflitos de interesses, muitos dos quais encaminhados ao Poder Judiciário. [214]

Daí se infere que o Estado brasileiro, portanto, é um grande gerador de conflitos. Contraditoriamente, grande parte desses conflitos é encaminhada ao Poder Judiciário, cuja carga de serviços se agiganta cada vez mais.

Para agravar a situação, ocorre que, exceções feitas a algumas demandas coletivas (v.g., as chamadas ações civis públicas e ação popular), todas as demais são tratadas como se tivessem configuração interindividual e as técnicas processuais a elas aplicadas são as tradicionais, consistentes em atomização e solução adjudicada dos conflitos.

---

[214] WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, p. 129-130.

Segundo o prognóstico de Watanabe, a organização da Justiça em nosso País está, em muitos pontos, dissociada dessa realidade social que nos cerca.[215]

Mais precisamente no campo da tutela jurisdicional coletiva, em que pese todo o apoio normativo, a atividade jurisdicional se desenvolve frustrando expectativas. Geraldo Meneses cita, à guisa de exemplo, o caso das demandas coletivas aforadas por associações. Milhares de pessoas (consumidoras ou portadoras de deficiência física, exemplificando) podem ser representadas em juízo por aqueles entes associativos. Todavia, decisões judiciais forcejam por restringir a uma dezena (ou menos) o número de representados, de maneira a render homenagem ao formalismo. [216]

Neste sentido, decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> Aplicam-se à demanda coletiva os arts. 46, parágrafo único, e 125, II, do Código de Processo Civil porque, embora o autor seja apenas um, a defesa e a execução da sentença serão feitas em relação a todos os representados ou substituídos, impedindo o elevado número destes a rápida solução do litígio[217]

Felizmente, nova compreensão sobre a matéria tem surgido no âmbito do mesmo Tribunal. Veja-se, a este propósito:

> Nas ações coletivas não há, em princípio, cúmulo ativo, absolutamente desinfluente o número de substituídos ou representados, não tendo a menor razoabilidade a alegação de prevenir ou evitar 'eventual' tumulto na possível futura execução do julgado, cujas dificuldades terão solução a seu tempo e modo próprios[218].

Não há como se ignorar, dentro da realidade brasileira, que advogados, tecnicamente habilidosos no manejo dos ritos, conseguem protrair a eficácia dos julgados, que resvalam nos escaninhos do processo, subvertendo-se o labiríntico encadeamento processual. Outros, dotados de sofrível formação técnica, que ignora por completo as regras processuais coletivas, contribuem para o retardo processual. [219]

Portanto, a fim de alterar o atual panorama da realidade brasileira, acentuando-se o acesso à ordem jurídica justa, *"é necessário evitar que os propósitos de aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro sejam dominados, tão somente, pelo ideal de celeridade*

---

[215] WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, p.131.
[216] MENESES , Geraldo Magela e Silva. *Prestação de tutela jurisdicional coletiva.* . In.: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 38 n. 149 jan./mar. 2001, p. 183.
217 TRF-1ª R., 1ª T., AG 1999.01.00.004098-8/DF, m.v., rel. Juiz Catão Alves, j. em 29-11-99, publ.no DJU 2 de 17-4-00, p. 35.
218 TRF-1ª R., 1ª T., AC 1998.01.00.063663-2/DF, v. unân., rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, j. em 03-5-2000, publ. no DJU 2 de 26-6-00, p. 10.
[219] MENESES , Geraldo Magela e Silva, op. cit., p. 183.

processual". Há a necessidade de se investir em um novo momento de reforma judicial, dessa vez concentrada na promoção do acesso à justiça.[220]

De maneira lúcida, conclui Boaventura de Sousa Santos, no sentido de que, se o acesso à justiça não é apto a sanar todas as mazelas sociais, deve ser ao menos encarado como uma importante arma para a concretização de direitos:

> Eu concordo que não é através do acesso à justiça que vamos resolver todos os problemas desta sociedade. Mas, como já disse, o que temos a fazer é usar todas as armas que temos neste momento. E se neste momento está na agenda uma política de justiça e de direitos, a minha opinião é que as lideranças políticas e sociais devem levar a sério o espaço de manobra que tal política abre às lutas populares. Assim poderão também denunciar como hipócrita uma política que aumente o acesso ao direito, ao mesmo tempo que retira direitos aos cidadãos, se tal vier a suceder.[221]

[220] SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 27.
[221] Ibidem, p. 94.

4 O PAPEL DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA COMO INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

As regras de índole processual que caracterizam a tutela jurisdicional coletiva surgem como reconhecimento da necessidade de defesa, em juízo, dos novos direitos surgidos na sociedade de massa, e que careciam, até então, de proteção específica.

Por assegurarem a um maior número de lesados a possibilidade de litigar em juízo por interesses que repercutem em sua *qualidade de vida*, essas regras acabam por facilitar o acesso de tais grupos à ordem jurídica justa, um dos escopos do Estado Democrático de Direito.

Todavia, para que tal processo novo, insurgente, atinja as finalidades descritas, impõe-se que se assente em certos princípios.

Para J.J. Calmon de Passos, o primeiro diria respeito à superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para solução dos conflitos individuais como dos conflitos sociais que reclamem e comportem soluções mediante um procedimento contraditório, em que a confrontação dos interesses gere as soluções normativas de compromisso e conciliação dos contrários.

Ademais, far-se-ia necessária a superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis.

Por derradeiro, seria indicada a superação do mito da separação dos poderes e da efetivação do controle do Poder pelo sistema de freios e contrapesos, institucionalizando-se controles *sociais* sobre o exercício do poder político e do poder econômico, servindo o processo como instrumento de atuação desses controles nas situações que forem constitucional e legalmente definidas[222].

---

[222] PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, participação e processo. In* GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 95- 96.

4.1 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Conforme acentua Ada Pelegrini Grinover, é relevantíssima a participação popular na administração da justiça, ou seja, no próprio exercício da jurisdição, por representar, como bem disse Vittorio Denti, instrumento de garantia, de controle e de transformação. Ademais, funciona como resposta à exigência de legitimação democrática do exercício da jurisdição e às instâncias prementes de educação cívica, segundo salienta Mauro Cappelletti. Por sua vez, a participação mediante a justiça *"significa a própria utilização do instrumento processo como veículo de participação democrática. Concretiza-se ela, exatamente, pela efetiva prestação de assistência judiciária e pelos esquemas da legitimação para agir"*.[223]

Neste mesmo sentido, ressaltando a necessidade de utilização do processo como instrumento de participação popular, Luiz Guilherme Marinoni pontifica que o exercício do poder estatal através do processo jurisdicional há de ser legítimo, mas a legitimidade do exercício do poder somente pode ser conferida pela abertura à participação. Para o autor, se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, a idéia básica do processo deve ser a de "*garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão"*.[224]

Complementando o raciocínio, o autor em questão encontra um ponto de identificação entre o processo e a democracia: a *participação.* Com efeito, se a democracia significa a possibilidade de participação, e se o fenômeno mais típico do processo é a existência de um procedimento destinado a assegurar às partes o direito de participar da formação do *judicium*, não se pode conceber como verdadeira jurisdição aquela em que a parte esteja privada dos meios necessários para participar de forma efetiva. Um processo em que a parte não possa participar efetivamente configura um atentado contra tudo aquilo que se tem de mais essencial no processo jurisdicional. A legitimidade do exercício da jurisdição está ligada a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação.[225]

Corroborando a idéia, J.J. Calmon de Passos também credita ao processo o caráter de instrumento político de participação. Para ele, a democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á

---

[223] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*, p. 116.
[224] MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 251.
[225] Ibidem, p. 252.

instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, mas sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra *legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para a realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo[226].

Assim, porque consideradas as regras processuais (mormente as coletivas) um instrumento de participação democrática, que culmina na viabilização do acesso à ordem jurídica justa, impõe-se sejam encaradas como verdadeiras *armas* para a consecução de tais fins. Neste sentido, aponta Boaventura de Sousa Santos:

> Bem, eu penso que aprendemos muito no século XX. E uma coisa que nós aprendemos é que temos que lutar com as armas que temos. E as armas nunca são perfeitas e o que há a fazer é radicalizar todas as armas que temos de transformação progressista da sociedade.[227]

Portanto, nas lapidares palavras de J.J. Calmon de Passos, "*cumpre-nos, assim, usar a dogmática como arma ao invés de fazermos da dogmática a nossa alma de juristas*"[228]. Com efeito, a participação popular pode encontrar nas regras processuais coletivas um caminho para garantir conquistas para a sociedade, se manejadas adequadamente, sem que se perca de vista o caráter *instrumental* daquelas.

As regras processuais de índole coletiva, por facilitarem o acesso à ordem jurídica justa, impelem os grupos a *participar* das decisões que interferem em sua qualidade de vida, permitindo a eles manifestar suas vontades e necessidades – o que, via de regra, não seria concretizado plenamente dentro dos estreitos limites das lides individuais.

---

[226] PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, participação e processo. In* GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 95. O mesmo autor assevera que "inexiste pureza no direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas", op. cit, p. 96.

[227] SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 92.

[228] PASSOS, J. J. Calmon de, loc. cit., p. 96.

Inegável, portanto, o papel de participação popular desempenhado pela tutela jurisdicional coletiva no âmbito do novo processo civil de resultados, focado no acesso à ordem jurídica justa[229].

4.2 EXERCÍCIO DA CIDADANIA POR MEIO DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

É chegado o tempo de a sociedade se organizar na luta por seus direitos, angariando o devido reconhecimento pelo Estado, que deve participar da realização da igualdade material, para que se torne, assim, um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Concedendo-se representatividade às formações sociais intermediárias, opera-se uma nova forma de gestão da coisa pública, que atende mais efetivamente aos anseios da coletividade.

Todavia, a organização da sociedade para a consecução deste mister passa, necessariamente, pela conscientização dos cidadãos, o que parece ser uma realidade ainda distante no Brasil[230]. Rogério Gesta Leal narra tal situação, ressaltando que a "cidadania" vigente no país, em verdade, não torna o indivíduo um sujeito ativo e participante, mas sim

---

[229] Mais uma vez, manifesta-se Boaventura Sousa Santos a este respeito: "Aqui se coloca uma questão muito importante, as acções colectivas. Eu penso que essas serão as acções do futuro. A mobilização política só faz sentido se houver interesses colectivos. E havendo direitos colectivos, tem de haver acções colectivas.Eu penso que é preciso assegurar todos os direitos colectivos. Os direitos colectivos são a grande marca de um acesso de qualidade democrática numa sociedade muito desigual. Se não houver direitos colectivos, nunca vamos reduzir as enormes desigualdades deste país". SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 109-111.

[230] Segundo Gladson Mamede, "a cidadania entre nós, vê-se, não é uma realidade: é uma promessa. E, se não temos cidadania (e, por conseqüência, cidadãos), se não temos participação consciente (um amplo contingente de pessoas conscientes e dispostas a participar) na condução da sociedade organizada em Estado, não temos democracia. A questão da cidadania não é apenas normativa e doutrinária, mas sociológica: apura-se também no plano dos fatos que compõem (e afetam) a vida dos seres humanos. Assim, importa também verificar a cidadania efetivamente experienciada pela sociedade, pois, para além das teorias e das normas, está a vida de cada ser humano que constitui a sociedade. De pouco adianta propagar que cada um é um agente de seus destinos político, social, econômico, jurídico (o mito da cidadania), se não há condições jurídicas e mesmo pessoais para que isso ocorra. MAMEDE, Gladston. *Hipocrisia: o* mito *da cidadania no Brasil.* Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 134 abr./jun. 1997, p. 228. Veja-se, a este respeito, também Flávio Goulart.:" A cidadania é acima de tudo, uma instituição em desenvolvimento permanente, devendo seu aprofundamento distinguir os direitos oferecidos pelo Estado aos cidadãos da própria concepção que tais cidadãos possuem de cidadania. Esta, contudo, não é uma vinculação que se apresenta de forma mecànica e direta, já que, em diferentes contextos, os direitos civis, políticos e sociais de que fala Marshall (1967) em suas formulações clássicas podem ter valores ideológicos diferenciados, como concretamente constatado no caso brasileiro. Assim, o modelo "clássico" de cidadania social, embora desejável, pode não ser exatamente aquele que vem sendo gestado pelos movimentos sociais no Brasil, tendo em vista, entre outros aspectos, o padrão de carência e de desigualdade experimentado pela população (Peirano, 1986)". GOULART, Flavio A. *As Representações sociais, ação política e cidadania*. Cadernos de Saúde Pública, 1993, vol.9, n. 4, ISSN 0102-311X.

um "pedinte", necessitado de "favores e migalhas". Afirma o autor que, historicamente, o Estado brasileiro tem atravancado o processo de formação da cidadania ativa, principalmente em razão das políticas sociais desmobilizadoras e controladoras, que transformam a população numa massa de pedintes, não de cidadãos combativos e mobilizados, que protestam por seus direitos, não por favores e migalhas. Citando Pedro Demo, o autor adverte que o papel da comunidade não é substituir o Estado, liberando-o de suas atribuições constitucionais, mas de organizar-se de maneira eficaz, para fazê-lo funcionar. A cidadania se faz necessária, pois vai determinar o tipo e qualidade de Estado que se terá. Aí se delineia, pois, a idéia de cidadania modelando o Estado. É necessário, portanto, instituir e reconhecer a luta jurídico-política pela defesa da cidadania brasileira, utilizando como ferramentas os valores e princípios universais inscritos nos direitos fundamentais insertos na Constituição de 1988[231].

Com efeito, a falta de informação e as lacunas na educação impedem que os cidadãos conheçam seus direitos, o que obviamente inviabiliza sua tutela em juízo. Tal constatação é realizada por Gladson Mamede, que afirma a impossibilidade de se ter cidadania (assim entendida como participação consciente nos desígnios de Estado) com indivíduos que não possuem condições mínimas de compreender seus direitos e deveres. Afinal, para exercitar direitos e cumprir obrigações pessoais e sociais, para participar de uma democracia sólida, madura e ativa, é necessário que as pessoas tenham a possibilidade de informar-se, de conhecer, de *participar*. Porém, na realidade, os desfavorecidos não têm oportunidade de conhecer seus direitos, não possuem acesso aos serviços apropriados e disponíveis. Milhões de brasileiros vivem em pobreza política: não se lhes permitiu uma educação apta a desenvolver um senso político e crítico. Especificamente quanto ao Direito, esse enorme contingente populacional vive em ignorância jurídica, desconhecendo informações elementares que lhe tocam o cotidiano, como o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente e respectivas regras processuais. Chamar-lhes de cidadão, nesse contexto, consistiria, na visão do autor, em mera retórica, dentro do que chama de "mito de democracia participativa", que não possui condições mínimas de ser implementada por não estar alicerçada em uma efetiva possibilidade de participação popular[232].

---

[231] LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 247.
[232] MAMEDE, Gladson, op.cit., p. 225.

Além de estarem bem-informados, para que possam efetivamente vivenciar a cidadania, em sua plenitude, aos cidadãos incumbe adotar uma postura ativa. Neste sentido, Rogério Gesta Leal adota a reflexão utilizada por Rousseau para definir o real e efetivo exercício da cidadania, ou seja, o que coloca o cidadão como sujeito ativo da história, usufruindo das conquistas levadas a cabo e persistindo em novas outras[233].

Esta postura ativa, que qualifica o cidadão, é também mencionada por Pedro Roberto Jacobi[234], no sentido de que a nova dimensão da cidadania inclui a constituição de cidadãos como sujeitos sociais ativos e, para a sociedade como um todo, um aprendizado de convivência com esses cidadãos emergentes que se recusam a permanecer nos lugares que lhes foram definido social e culturalmente.

Há de se salientar, ainda, que a tutela coletiva abrange a defesa das minorias, que dificilmente se "atreveriam" a demandar contra grupos econômicos poderosos, o que, sem dúvida, representa um importante passo para a busca do acesso à justiça social, em manifesto exercício de cidadania. É o que aduz José Ribas Vieira[235], ao afirmar que o debate sobre a categoria cidadania é estratégico para uma sociedade como a brasileira, marcada nos dias atuais por um agudo processo de desigualdade social e, por conseqüência, de exclusão social. Dessa forma, tal categoria abre margem para enquadrar, por exemplo, a importância de atores políticos do nível dos movimentos sociais com o objetivo de operar as mudanças necessárias na estrutura de nossa sociedade.

Pedro Roberto Jacobi[236] destaca, no mesmo sentido, a importância da participação social destas minorias para o efetivo exercício da cidadania, uma vez que a formulação mais recorrente está estruturada em torno do aprofundamento do processo democrático e do seu impacto na ampliação da capacidade de influência sobre os diversos processos decisórios em todos os níveis da atividade social e das instituições sociais. Sob esse aspecto, a participação social se caracteriza como um importante instrumento de fortalecimento da sociedade civil, notadamente dos setores mais excluídos, na medida em que a superação das carências acumuladas depende basicamente da interação entre agentes públicos e privados no marco de arranjos socioinstitucionais estratégicos. A participação social se enquadra no processo de redefinição entre o público e o privado, dentro da perspectiva de redistribuir o poder em favor

---

233 LEAL, Rogério Gesta, op. cit, p. 124.

234 JACOBI, Pedro Roberto. Educação, ampliação da cidadania e participação. Educação e Pesquisa. v.26 n.2 São Paulo jul./dez. 2000. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022000000200002&lng=pt&nrm=iso Acesso 21 nov. 2007.

235 VIEIRA, José Ribas. *A cidadania, sua complexidade teórica e o Direito*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 135 jul./set. 1997, p.219-224.

236 JACOBI, Pedro Roberto, loc.,cit.p 30.

dos sujeitos sociais que geralmente não têm acesso a ele. Trata-se de pensar o ordenamento das diferenças tendo em vista o questionamento sobre o papel do Estado como regulador da sociedade.

Ressalte-se, por derradeiro, que a coletivização do direito processual não representa o único mecanismo para a realização da justiça social, não constituindo, assim, panacéia para todos os males, como ingenuamente poderia se supor. Todavia, consiste a tutela jurisdicional coletiva em um primeiro passo para a transformação social, por intermédio do fortalecimento da coletividade e da consolidação da cidadania.

4.3 DOGMAS DA PROCESSUALIDADE CLÁSSICA *VERSUS* TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Conforme ensina José Eduardo Faria, o direito positivo clássico – aí incluído o direito processual – foi forjado a partir da centralização do poder em Estados nacionais, reforçando o conceito de soberania como poder incontrastável, e empenhado em assegurar um mínimo de calculabilidade e segurança nas relações sociais.

Para o autor, tais instituições jurídicas, de tradição liberal-burguesa, se caracterizam pela "constitucionalização" do poder estatal, pela unificação das fontes de Direito, pela codificação das diferentes leis e normas, pela institucionalização das funções normativas, pela profissionalização das atividades judiciais e pela atuação padronizada e impessoal dos intérpretes – todos estes, sujeitos a critérios de competência técnica e a imperativos de racionalidade lógico-formal.[237]

Prossegue referido autor, asseverando que, em razão dos princípios de sujeição do soberano à lei, da divisão tripartite do poder estatal e da racionalização formalizante na produção do direito, condições *sine quae non* para a legitimação de uma ordem institucional capaz de propiciar "segurança social" e "certeza jurídica", as funções sociais judiciais irão tornar-se a um só tempo*:*

> (a) autônomas com relação às demais funções sociais; e (b) padronizadas, impessoalizadas e sistematizadas, tendo por objeto um "processo" – uma série de "atos devidamente ordenados praticados pelos litigantes, pelos órgãos da jurisdição cuja participação possa ser útil, eficaz ou necessária, a fim de que o litígio se resolva

[237] FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 25.

> segundo os ditames do bem comum e justiça consubstanciados nos imperativos e mandamentos da ordem jurídica ou direito objetivo.[238]

Ademais, graças a esse formalismo processual, que acaba propiciando uma ideologia específica (o legalismo), cuja reprodução é assegurada por uma complexa tecnologia lingüística e conceitual (a dogmática jurídica), *"o exercício da função judicial configura assim um intricado aparelho burocrático no qual somente para efeitos analíticos é possível diferenciar-se o aparelho institucional (a dimensão funcional) e o aparelho ideológico (a dimensão lógico-sistemática)"*

O que ocorre, então, é que Judiciário organiza sob a forma de uma estrita hierarquia não apenas as instâncias judiciais, os seus poderes, as suas sentenças e as interpretações em que elas se fundamentam, mas, também, as próprias normas e fontes que conferem autoridade a todas as suas decisões.[239]

Em termos funcionais, a transformação da "certeza jurídica" em condição legitimadora da ordem institucional de caráter liberal-burguês, herdada do Iluminismo, exige a "tecnificação" na aplicação do Direito – o que, por sua vez, confere um estatuto de "cientificidade" ao sistema jurídico, valorizando noções como completude, equilíbrio e coerência. Nos termos dessa filosofia, cujo objetivo era: (a) proteger rigorosamente os limites conceituais do contrato social para evitar abusos do soberano; (b) dar um mínimo de unidade à pluralidade, de homogeneidade ao heterogêneo (o que entreabre a necessidade de princípios organizacionais e normativos em condições de administrar conflitos); e (c) tentar assegurar a harmonização de valores e anseios potencialmente contraditórios, que não podem ser "harmonizáveis" por meio de uma solução que elimine tal contradição, mas são passíveis de uma decisão judicial, desenvolve-se uma "jurisprudência conceitual".

Por jurisprudência conceitual, entenda-se uma concepção de Direito como um sistema jurídico inequívoco, completo e capaz de desenvolver a partir de si próprio novos conceitos e novas categorias normativas– o que faz com que a interpretação do Direito tenha um caráter estritamente cognitivo.

Assim sendo, os juízes somente teriam o trabalho de, com auxílio de um "método lógico", derivar por dedução a decisão relativa a um caso concreto do sistema de conceitos jurídicos; rigorosamente vinculados a esse sistema, na medida em que são obrigados a tomar os conceitos da jurisprudência como base para a dedução das normas e para a subsunção de

---

[238] FARIA, José Eduardo, op.cit, p. 25-26.
[239] Ibidem, p. 26-27.

fatos, os magistrados terminam desta maneira convertidos numa espécie de "porta-vozes da lei".[240]

Sob o ponto de vista da dogmática jurídica, seus postulados, princípios e categorias, que no modelo processual brasileiro se expressam pela unidade de jurisdição, juiz monocrático de primeiro grau, processo civil condicionado à iniciativa de uma parte, respeito à congruência entre o pedido e a sentença, tipicidade dos atos processuais, duplo grau de jurisdição, igualdade das partes, participação pelo contraditório e exigência de julgamento legal e não da eqüidade dos casos concretos, têm sido cada vez mais desgastadas pelas crescentes contradições sócio-econômicas dessas sociedades. [241]

A partir desta análise, torna-se possível compreender a resistência dos operadores do Direito em mitigar a aplicação das regras da processualidade clássica, em detrimento da tutela jurisdicional coletiva. Afinal, para ajustar-se a situações cada vez mais tensas e explosivas, nas quais os tradicionais conflitos entre cidadão *versus* cidadão e cidadão *versus* Estado vão sendo substituídos – em grau de importância de impacto para a ordem social – pelos novos conflitos entre cidadão *versus* conglomerados econômicos e entre os próprios interesses do capital entre si, a dogmática jurídica vai sendo obrigada a assumir tarefas com dimensões ignoradas pelo liberalismo político que a inspirou. Muitas vezes, ela tem até mesmo de substituir o caráter tecnicista, o estilo generalizador e o ideário individualista dos códigos tradicionais por soluções metaindividuais – o que não só contribui para desorganizar a estrutura formal do ordenamento vigente, mas também compromete a própria ideologia da independência judicial tradicional, da rigorosa separação entre o Direito e a política, entre a política e a economia, entre a legalidade e a justiça.[242]

Assim sendo, bem leciona Nelson Nery Junior ao afirmar que os institutos ortodoxos do processo civil não podem se aplicar aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX[243].

Diante disso, deixar de conceder legitimação para que alguém ou alguma entidade ou organismo possa vir a juízo na defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos, é

---

[240] FARIA, José Eduardo, op.cit, p. 27-28.
[241] Ibidem, p. 82-83.
[242] Ibidem, p. 82-83.
[243] NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 114.

ofender o princípio constitucional que garante o acesso à justiça por meio do exercício do direito de ação judicial[244].

Alude-se, assim, à ocorrência de uma verdadeira revolução paradigmática, responsável pelo surgimento de um novo processo civil brasileiro, marcado pela instrumentalidade, necessariamente aberta e flexível à nova moldura dos conflitos sociais, não mais estanquemente definidos como públicos ou privados, e absolutamente carentes de prestação jurisdicional efetiva. Trata-se de conceber a técnica processual como genuinamente aberta às novas realidades, dinâmica em face de todas as transformações suportadas tanto pelo objeto de tutela (o direito subjetivo) como pela sua destinatária (a sociedade civil como um todo)[245]. Segundo preceitua Elmar Altvater, paradigmas consistem em concepções, aceitas de modo mais ou menos hegemônico, dentro da comunidade científica, inclusive no campo das ciências sociais. A crise de um paradigma se instala justamente quando os conceitos até então admitidos não se mostram suficientes para explicar, de maneira convincente, um novo desafio que se apresenta[246]. Nas palavras de Kuhn, a crise paradigmática seria precedida de "um sentimento de funcionamento defeituoso", que serviria como um "pré-requisito para a revolução" [247], precisamente o que ocorre em relação aos dogmas da processualidade clássica, face às exigências da tutela jurisdicional coletiva[248].

Ainda dentro deste contexto, pondera José de Albuquerque Rocha que a legitimação dos entes coletivos apresenta perfil singular. Por isso, exige rupturas com os critérios classificatórios clássicos, ancorados nos dogmas do liberalismo, que vê o conflito social como choque de interesses interindividuais, visão insuficiente para explicar a atual realidade sócio-jurídica, caracterizada pelo surgimento dos conflitos coletivos e difusos[249].

---

[244] NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 115.
[245] VENTURI, Elton, op.cit, p. 33.
[246] ALTVATER, Elmar. *Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos*. In HELLER, Agnes et al. A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
[247] KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8.ed. trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.
[248] Assim, por exemplo, a legitimidade ativa, um dos principais dogmas da processualidade clássica, sempre constituiu entrave ao pleno exercício da tutela jurisdicional coletiva. Diante de tal panorama, outra alternativa não restou senão o advento de novas e arrojadas construções doutrinárias, por processualistas que percebiam a necessidade de adaptar os esquemas clássicos às instâncias de nosso tempo (como José Carlos Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe) e por uma jurisprudência pioneira e corajosa. Isto porque não seria possível enquadrar nos estreitos limites do artigo 6º do Código de Processo Civil a legitimação de entes públicos e associações às ações coletivas em defesa de interesses transindividuais, já que estes não podem ser titularizados por um detentor individualizado. Com efeito, pela doutrina clássica, os grupos que debatessem judicialmente os interesses coletivos ou difusos não agiriam por direito próprio, mas sim na qualidade de substitutos processuais, não sendo essa legitimação extraordinária prevista em lei. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor in* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 118.
[249] ROCHA, José Albuquerque.*Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 204.

Articula, ainda, Marcus Orione Gonçalves Correia:

> O caráter político das ações de natureza coletiva salta aos olhos, em face do próprio contingente de pessoas por elas abrangidas. Logo, as noções tradicionais de ação, processo e jurisdição revelam-se insuficientes diante desses fenômenos. Além de atingidos estes, que são os conceitos basilares da ciência processual, também em elevado grau serão afetados os procedimentos judiciais – que devem adequar-se ao fenômeno coletivo[250].

Segundo Ada Pelegrini Grinover, o que se constata, portanto, no tocante aos processos coletivos, é que a revolucionária legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, teve que buscar soluções novas, adequadas a conflitos sociais que abrangem numerosos membros do corpo social. Era esse o desafio que se antepunha ao processualista brasileiro: ou ficar adstrito aos esquemas processuais clássicos, que deixavam sem solução jurisdicional os conflitos de interesses transindividuais, renunciando assim a seu tratamento pelas vias processuais; ou bem utilizar a técnica processual para edificar novos esquemas, próprios dos processos de massa, pelos quais se cumpririam não só as finalidades jurídicas, mas também as sociais e políticas da jurisdição. [251]

Mostra-se imperativa, pois, a necessidade de reestruturação dos esquemas processuais clássicos, para sua adaptação aos conflitos emergentes, próprios de uma sociedade de massa, de que os decorrentes das relações de consumo representam um ponto nodal. E tudo, ainda, dentro da idéia maior, segundo a qual a chamada "crise do direito" talvez apenas encobrisse "a dificuldade de dominar com categorias jurídicas substancialmente pré-capitalistas a fenomenologia de uma sociedade industrial".[252]

4.3.1 A postura do operador do Direito

Geraldo Magela e Silva Meneses constatam que desalentador é admitir que, no século XXI, ainda vicejam atitudes contrárias aos progressos científicos alcançados pela modernidade. Com efeito, para dito autor, adquire notoriedade a relutância que muitos opõem em adotar novos métodos de solução dos conflitos de interesses. Inúmeros técnicos da

---

[250] CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22.
[251] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*, p. 118.
[252] Túlio Ascarelli, *Economia di massa e statistica giudiziaria, in Saggi di diritto commerciale,* Giuffrè, Milão, 1955, p. 525, APUD GRINOVER, Ada Pellegrini. O Novo Processo do Consumidor *in* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 115.

processualística (magistrados e advogados, especialmente) não se compenetram da imperiosa necessidade de mudanças, conquanto contemporaneamente tenham emergido conflitos que envolvem toda a coletividade, existindo mecanismos adequados para uma eficaz intervenção estatal para dizer o direito nos casos em que se perpetram lesões de massa.

Afigura-se, assim, extremamente perniciosa a conduta dos aficcionados pelas tradicionais formas de desenvolvimento do processo. [253]

Esta postura retrógrada advém, conforme especifica José Eduardo Faria, de um conhecimento eminentemente tecnicizante, tendo em vista objetivos práticos e imediatos, consagrando a extensa constelação das representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que disciplinam os atos e as decisões dos atores jurídicos nas suas atividades cotidianas de caráter prático, teórico e acadêmico. Como conseqüência, esse tipo de ensino termina por propiciar uma saturação ideológica na reflexão sobre o Direito, um fechamento na possibilidade de discussões epistemológicas e, por último, uma série de impedimentos para a mudança da própria problemática jurídica. Práticas jurídicas sem reflexão, discussões epistemológicas "circulares" ou "viciadas" sobre o Direito e imunizações quanto à reformulação da própria problemática jurídica acabam assim levando os juristas a um intrincado *"senso comum"*.[254]

Na concepção de Cappelletti, o movimento do acesso à justiça, próprio porque não se contenta com uma mera descrição do ato jurídico positivo, propõe também uma grande responsabilidade do jurista no plano de elaboração, ou da projeção, das reformas, de modo a responderem, a contento, os critérios da acessibilidade.[255]

Por conseguinte, não se pode apartar da dimensão social do processo. Ao largo dessa perspectiva, todo instrumento processual revela-se um fim em si mesmo, e não um meio de alcance de um objetivo verdadeiramente colimado, que é a Justiça. Numa sociedade de massa, como a atual era da tecnologia e da informação, o desafio dos novos tempos é ampliar o processo para obter um resultado mais útil com o menor dispêndio. [256]

Inspirado em altaneira visão sociopolítica, preconiza o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "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 delas, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário resolve controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças individuais.

---

[253] MENESES , Geraldo Magela e Silva, op.cit., p. 181-182.
[254] FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 93-94.
[255] CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*, p. 146.
[256] MENESES , Geraldo Magela e Silva, loc.cit., p. 184.

> 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"[257].

Devem, então, os operadores do Direito maximizar a eficácia das normas que resguardam bens do interesse de um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, ao conferir a certos entes da sociedade o poder de mobilizar a máquina judiciária em demandas coletivas.[258]

Pondera Ada Pelegrini Grinover que uma tarefa dessas dimensões exige, antes de mais nada, nova postura mental por parte de todos os operadores do direito[259]. Todavia, adverte a autora que a mentalidade renovada com que o legislador brasileiro soube atuar às portas do ano 2000 ainda não basta. As leis, por si só, e por mais avançadas que sejam, não são suficientes. Assim como foi necessária uma nova mentalidade para construir o arsenal brasileiro das ações coletivas, a aplicação correta da lei também depende de uma nova postura. É preciso que o operador do Direito – o advogado, o membro do Ministério Público, o juiz – se aproxime dos dispositivos legais e os interprete com o mesmo espírito aberto com que foram eles cunhados. É preciso quebrar resistências, incentivar a mudança de mentalidades (nas Faculdades, nas Escolas de Advocacia, do Ministério Público, da Magistratura), manter os olhos postos na nova realidade, não incidir no fácil erro de interpretar a lei segundo princípios superados[260].

Logo, nova postura do modo de agir devem adotar os protagonistas técnicos do processo – intérpretes e aplicadores da norma jurídica – , para que façam prevalecer o direito material, em vez de *"prestigiar as leis de sua majestade o processo"*[261].

4.3.2 A atividade gerencial do juiz

No que se refere ao papel do magistrado dentro da nova ordem processual, obtempera Kazuo Watanabe que o acesso à ordem jurídica justa supõe, ainda, um corpo adequado de juízes, com sensibilidade bastante para captar não somente a realidade social

---

257 Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, MS 5.187-DF, v. unân., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 24-9-97, publ. no DJU de 29-6-98.
258 MENESES , Geraldo Magela e Silva, op.cit., p. 184.
259 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*, p. 115.
260 Ibidem, p. 121.
261 MACHADO, Hugo de Brito. *O processualismo e o desempenho do poder judiciário*. Desafios do século XXI. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 179, apud MENESES , Geraldo Magela e Silva, op.cit., p. 184.

vigente, como também as transformações sociais a que, em velocidade jamais vista, está submetida a sociedade moderna, e isso evidentemente requer cuidados com o recrutamento e com o aperfeiçoamento constante dos juízes ao longo de sua carreira. Com efeito, a população tem direito à justiça prestada por juízes inseridos na realidade social, comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa, e não à justiça praticada por juízes sem qualquer aderência à vida". Logo, o "direito à melhor organização da Justiça, que envolva todos os aspectos mencionados, é dado elementar do direito de acesso à ordem jurídica justa[262].

Portanto, consiste em um importante problema a *"reavaliação do papel de um Poder Judiciário organicamente unificado e monopolisticamente apropriado pelo Estado, em contextos de intensa transformação social e democratização política"*[263].

Para José Eduardo Faria, a questão que reaparece é a capacidade de uma magistratura basicamente formada por atitudes, métodos e doutrinas de inspiração individualista[264] e de caráter formalista, em mediar a diversidade sócio-econômica e a unidade

---

[262] WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, p. 134.

[263] FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 39.

[264] Segundo explica Luiz Guilherme Marinoni, "o juiz do direito liberal estava proibido de assumir uma postura ativa no processo. A figura de um juiz inerte, do juiz que era a *bouche de loi*, sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, foi sustentada pelo mito da neutralidade, que supôs (a) ser possível um juiz despido de vontade inconsciente, (b) ser a lei – como pretendeu Montesquieu – uma relação necessária fundada na natureza das coisas, (c) predominar no processo o interesse das partes e não o interesse público na realização da justiça e, ainda, (d) que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução, como se a busca do direito material adequado para a sua decisão fosse somente problema das partes, no qual o julgador não deve interferir. Conferir ao juiz poder para tutelar um direito provável é o mesmo que dar ao Judiciário poder para julgar uma situação concreta com base em critério que evidentemente não seria do agrado daqueles que desejavam ver o juiz impedido de interpretar a lei. Aliás, se o juiz não podia se afastar da lei, e se a justiça do juiz tinha que ser a justiça da lei, não se poderia conceber a possibilidade de o juiz julgar sumariamente, já que nessa hipótese o juiz poderia se afastar da lei, quando a justiça passaria a ser do juiz, e não da lei. Como diz Ovídio Baptista da Silva, a precedência da cognição sobre a execução é uma exigência da estrita submissão do juiz à lei, já que dar-lhe poder de executar antes de julgar seria o mesmo que outorgar-lhe o direito de conceder a tutela a quem, depois, a sentença reconhecesse não ter direito; " o que, dizia Hobbes, sendo, no caso, justiça do juiz e não da lei (Leviathan, XXVI, 7), seria por definição injusta; ou, como diria depois Montesquieu, o juiz que concedesse uma medida executiva antes da declaração de certeza, expressa na sentença, de que o destinatário da tutela era de fato o titular do direito tutelado, tornar-se-ia, ipso facto, legislador, com grave risco para a liberdade dos cidadãos. Na linha do direito liberal, o juiz, para não representar ameaça à liberdade dos cidadãos, deveria julgar após ter encontrado a plena certeza jurídica ou a verdade. Como a busca da verdade é uma quimera, já que toda certeza jurídica, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em mera verossimilhança, a idéia de busca da verdade encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar. De qualquer forma, o procedimento ordinário clássico era uma garantia de que o juiz somente poderia julgar após estar "iluminado pela verdade". Com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por conseqüência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das "regras do jogo", cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual. Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado. O processo, como é óbvio, exige que os fatos sejam verificados de forma adequada, ou melhor, para

jurídico-institucional numa sociedade marcada não só por confrontos de interesses, mas também e principalmente, por conflitos de valores e modelos culturais excludentes, envolvendo sujeitos históricos novos e portadores de demandas e necessidades não enquadráveis nas tradicionais categorias a-históricas e nas generalizações abstratas do tipo de Direito hoje vigente.[265]

Com efeito, adverte o autor que os novos conflitos coletivos exigem novos instrumentos jurídicos e novos procedimentos judiciais para poderem ser canalizados, filtrados e decididos no âmbito das instituições formais do Estado, o que transforma o Judiciário num *locus* político privilegiado como arena de luta, confronto e negociação de interesses. Dentro deste contexto, há um sério *"problema que diz respeito à cultura profissional, à sensibilidade social e à percepção política da magistratura – enfim, ao alcance e ao grau de 'atualização', 'desalienação' e 'consciência' de seu saber".*[266]

Na visão de José Eduardo Faria, a pergunta primordial diz respeito a "*até que ponto estarão os tribunais e seus magistrados aptos, funcional e tecnicamente, para lidar com conflitos classistas e transgressões de massa envolvendo grupos, classes e coletividade"?*[267]

De maneira altamente prejudicial aos interesses da coletividade, para a consecução desse processo de intermediação formalizadora das relações sociais, sempre na perspectiva de forçar a atomização, a dispersão, a desideologização e a banalização dos conflitos de interesses, são necessárias categorias abstratas (como "cidadania", "soberania", "contrato", "responsabilidade", "pessoa jurídica", "ilicitude" e "sanção") em condições de

---

a jurisdição dos nossos dias não é concebível que os atos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 42-43 e 101.

[265] FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 152.

[266] Ibidem, p. 39-40.

[267] Prossegue referido autor em seus questionamentos: "Estarão esses atores ainda fortemente impregnados da velha tradição legalista, formalista e normativista da dogmática jurídica, que se expressa por meio de proposições hipotéticas de dever-ser e cuja preocupação central é a subsunção de fatos à prescrição legal, valorizando apenas os aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando somente as tradicionais questões relativas à validez da norma, à determinação do significado das regras, à integração das lacunas e à eliminação das antinomias? Ou, pelo contrário, já estarão sensíveis à necessidade de um *back-ground* cultural capaz de identificar e esclarecer o significado político das profissões jurídicas, possibilitando-lhes assim um distanciamento crítico e uma clara consciência das inúmeras implicações de suas funções em sociedades fortemente marcadas pelo crescente descompasso entre igualdade jurídico-formal e as desigualdades sócio-econômicas? No entanto, qual deve ser o eixo central de um saber técnico e político capaz de sustentar essa prática? Quais serão ao certo as responsabilidades profissionais e sociais dos atores jurídicos nas sociedades em transformação?De que maneira proceder em face do uso alternativo do direito? Como ignorá-lo? Em virtude das recentes transformações sociais, que têm aberto caminho para ações coletivas e para a institucionalização de direitos sociais e direitos difusos cuja titularidade individual é no mínimo problemática, como será possível manter o ensino jurídico atrelado aos tradicionais paradigmas dogmáticos de inspiração kelseniana? FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito – os juízes em face dos novos movimentos sociais.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.41-54.

permitir ao sistema jurídico situar-se de maneira distanciada – e despolitizada – dos antagonismos reais e de organizar um jogo formalmente igualitário entre os "sujeitos de direito".

A neutralidade e imparcialidade do magistrado, conjugadas com uma hermenêutica positivista que o obriga a interpretações restritivas e objetivas dos códigos, convertem-se, na verdade, em condição básica para a legitimação de uma concepção específica de ordem e segurança. Trata-se, pois, de uma concepção passiva de instituição judicial, expressa pela postura formal conferida a um magistrado enquadrado por uma relação de dimensão exegética com a legislação em vigor e de contato distanciado com os fatos, sobre os quais faz incidir estritos juízos de constatação, excluindo quase por completo os diferentes matizes de caráter histórico, ideológico e sociológico que particularizam o processo em julgamento[268].

O que se percebe, portanto, é a predominância de uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes idéias: a autonomia do Direito, a idéia de que o Direito é um fenômeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse Direito ou do que são os autos aos quais o Direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos[269].

Deste modo, como interpreta mal a realidade, o magistrado é presa fácil das idéias dominantes[270].

Neste sentido, assevera Boaventura de Sousa Santos que constitui característica da cultura jurídica confundir independência com individualismo auto-suficiente". Isto significa, basicamente, "uma aversão enorme ao trabalho de equipe; uma ausência de gestão por objetivos no tribunal; uma oposição militante à colaboração interdisciplinar; e uma idéia de auto-suficiência que não permite aprender com outros saberes"[271].

A refratária postura dos magistrados perante os postulados do novo processo civil de resultados lastreia-se, no mais das vezes, nas noções de imparcialidade, neutralidade e subordinação à iniciativa das partes.

Para Roberto Sampaio Contreiras de Almeida, por princípio da imparcialidade tem-se a noção da necessária eqüidistância do juiz em relação às partes, como pressuposto, até, de validade da relação processual. É garantia de justiça para as partes, uma vez que o

---

[268] FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 56.
[269] SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 68.
[270] Ibidem, p. 70.
[271] Ibidem, p. 71.

Estado reservou para si o exercício da função jurisdicional, decorrendo daí o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

Assim é que "só a jurisdição subtraída de influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça".

Contudo, imparcialidade não significa indiferença axiológica, muito menos a isenção do magistrado significa insensibilidade. Não se pode esquecer que o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo.

Com efeito, a imparcialidade do juiz deve ter a justa medida da sua superioridade em relação a sentimentos e interesses pessoais, mas não pode, por outro lado, consistir em comportamento desinteressado e conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo[272]. O juiz moderno deve compreender que só lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusar a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença. Perante tais considerações, há que se salientar que a iniciativa instrutória do juiz, se levada a extremos, seria perigoso fator de abertura à parcialidade. Seu comportamento, nesse particular, deve-se pautar exclusivamente na ética e no interesse público por detrás do exercício da jurisdição, qual seja, o de eliminar conflitos mediante critérios justos.[273]

Prossegue o mesmo autor, salientando que, conforme ressaltam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, em tempos outros, o magistrado atuava como um espectador da atividade probante das partes, sem interferir na iniciativa ou condução da prova. Essa postura não mais se coaduna com o processo civil moderno, que exige um julgador comprometido com a descoberta da verdade e a correta distribuição da justiça[274].

---

[272] O artigo 11, parágrafo primeiro, do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos adota a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e ainda prevê a produção de prova de oficio pelo juiz, observado o contraditório, concedendo ao juiz um papel ativo, a fim de se alcançar a máxima efetividade da prestação jurisdicional. Por meio da teoria, a produção da prova incumbe a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações especificas sobre os fatos, ou maior facilidade para sua demonstração. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. *Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al., p. 94.

[273] ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de, op. cit., p. 21.

[274] Ibidem, p. 23.

A produção da prova não é mais entendida, portanto, como monopólio das partes. Os poderes do juiz, com o passar do tempo, foram paulatinamente aumentados, incumbindo-lhe, hoje, lembrar à parte sobre o ônus da prova ou sobre a importância de ela manifestar-se sobre um determinado fato, e, ainda, quando necessário, determinar provas *ex officio*.

Assim, o princípio da imparcialidade do juiz não é empecilho para a participação ativa do julgador na instrução; ao contrário, supõe-se, na fase atual, que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte. Nem mesmo o contraditório é arranhado pela nova postura assumida pelo juiz. O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje[275].

Alguém poderia afirmar que o juiz, ao determinar uma prova de ofício, pode estar comprometido, psicologicamente, com a demanda, e, assim, que não seria conveniente dar ao juiz tal poder. Acontece que, se esse poder não for conferido ao juiz, muitos casos concretos poderão ficar sem a devida solução. Não deve haver diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte, seja autora ou ré, que tenha razão.

Há quem entenda, ainda, que, embora o juiz não deva limitar-se a assistir inerte à produção das provas, pois, em princípio, pode e deve assumir a iniciativa destas, na maioria dos casos, ou seja, nos casos de direitos disponíveis, pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levaram ao processo e eventualmente rejeitar a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. A atuação do juiz na instrução da causa, contudo, não deve ser associada à natureza do direito material em litígio. A instrução da causa é aspecto inerente ao processo, instrumento através do qual é realizado o poder do Estado, e onde os seus interesses predominam independentemente de ser disponível ou não a relação jurídica de direito material. Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode se limitar a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que concluir que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo

[275] MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 101 – 103.

que trata de direitos disponíveis não é o mesmo processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado.

Cabe ao juiz participante, ainda, reprimir energicamente a litigância de má-fé, pois, prevalecendo no processo o interesse público na realização da justiça, é dever do juiz evitar que procedimentos escusos tentem alterar o seu destino ou protelar o seu fim.[276]

Cumpre frisar, outrossim, que a inafastável neutralidade do juiz não se mostra compatível, em tempo integral, com os ditames da tutela jurisdicional coletiva, já que esta mune o julgador de certos instrumentos processuais que exigem sua participação ativa. Com este intuito, a Lei de Ação Civil Pública previu que, no cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, o juiz não ficaria necessariamente adstrito à imposição do preceito cominatório, consistente na clássica multa diária, podendo determinar, quando a entendesse insuficiente ou incompatível, o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor manteve o precedente da Lei de Ação Civil Pública quanto à execução específica. Não bastasse isso, ainda deixou claro que o juiz poderia emitir qualquer espécie de provimento jurisdicional, legítimo e adequado para propiciar a efetiva tutela dos direitos e interesses protegidos pelo Código. Quanto aos processos coletivos de responsabilidade civil, estruturou a sentença condenatória de modo que o Juiz nela averiguasse a respeito dos prejuízos *causados* (e não dos prejuízos *sofridos*), tanto assim que a condenação é genérica e a indenização, se não houver habilitantes em número compatível com a gravidade do dano, poderá reverter ao fundo criado pela Lei de Ação Civil Pública[277].

Logo, os poderes instrutórios do juiz se consubstanciam em importante instrumento do Estado na prestação da tutela jurisdicional, com vistas à persecução de um resultado efetivamente justo do processo, passível de contribuir para a realização da pacificação social e adequado ao progresso científico dos tempos atuais.[278]

Quanto à necessidade de assunção, pelo magistrado, de uma postura mais ativa, decorrente das imperiosas necessidades de uma sociedade de massa, assevera com acerto Boaventura Souza Santos:

> É evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças. Mas, tem que assumir a sua quota-parte de

[276] MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 101 – 103.
[277] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*, p.120.
[278] ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de, op. cit., p. 25.

> responsabilidade na resolução. O sistema judicial está, hoje, colocado perante o seguinte dilema: Se não assumir a quota-parte da sua responsabilidade, continuará a ser independente de um ponto de vista corporativo, mas será cada vez mais irrelevante tanto social como politicamente. Deixará de ter aliados na sociedade e isolar-se-á cada vez mais. Se, pelo contrário, assumir a sua quota de responsabilidade, politizar-se-á e, com isso, aumentará o nível de tensão e conflito, quer internamente, quer no relacionamento com outras instâncias do poder. Verdadeiramente, ao sistema judicial não resta outra alternativa senão a segunda. Tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que o possam ajudar a assumir a sua quota-parte de responsabilidade.[279] (grifos nossos)

Segundo ensina Ovídio Araújo Baptista da Silva[280], embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de modernização de nosso processo civil, todas elas, serão incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária. Sem uma profunda e corajosa revisão de nosso paradigma, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, devolvendo ao juiz os poderes que o Iluminismo lhe recusara, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas desilusões.

Nas palavras de dito autor, é indispensável e urgente formar juristas que não sejam, como agora, "técnicos sem princípios", meros "intérpretes passivo de textos", em última análise, "escravos do poder"[281], pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder Judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania[282].

Portanto, a postura esperada do magistrado diante dos dilemas trazidos pelos conflitos sociais é a de assumir sua parcela de responsabilidade, atuando como verdadeiro arquiteto social na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Para José Eduardo Faria, na medida em que as partes defendem concepções distintas e excludentes de direito de propriedade, contrapondo legalidade e legitimidade, o intérprete se vê assim preso a um difícil dilema: o de tentar manter um "espírito" do sistema legal em vigor, a fim de resguardar o Poder Judiciário com sua estrutura tradicional intacta, atualizando certas normas dentro de um

---

[279] SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 34.

[280] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-germânica*, p. 219 apud ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito processual civil brasileiro – um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

[281] VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris*, 1957, p. 109, apud ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito processual civil brasileiro – um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65

[282] ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual civil brasileiro – um novo ramo do direito processual*, p. 105.

limite razoável de flexibilidade e adaptando- as jurisprudencialmente como verdadeira regras conectivas, atribuindo-lhes função de especificar e conciliar a generalidade das prescrições em vigor com a nova realidade; ou de tentar resolver o problema em si, deixando de lado algumas das limitações formais a que os magistrados estão submetidos, bem como o próprio *ethos* profissional da corporação, para agir como uma espécie de "arquiteto social", modificando as concepções discriminatórias da ordem jurídica vigente e valendo-se de suas sentenças como instrumentos para auxiliar os grupos e classes subalternas a se constituírem efetivamente como "sujeitos coletivos de direito"[283].

4.4 A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do Estado, freqüentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser simplesmente atribuídos à população. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vista a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas para, enfim, promover a realização de programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.

É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes. Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos à gradual transformação do presente e formação do futuro, alguns juízes têm assumido a posição de negar o caráter perceptivo, ou *self-executing*, de tais leis ou direitos programáticos.

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do Direito e da nova função do Estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do Estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas finalidades e princípios: o que eles podem fazer controlando e

[283] FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 111-112.

exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.[284]

Voltando essas assertivas à tutela jurisdicional coletiva, Luiz Guilherme Marinoni afirma que é passada a época em que as preocupações estavam centradas na defesa, através de um adequado sistema de garantias, da liberdade do cidadão. O problema, atualmente, não é mais tutelar o indivíduo em relação ao Estado, mas garantir uma justa inserção do cidadão na sociedade, mediante a tutela dos interesses e das necessidades fundamentais a uma organização social justa e equilibrada. A tutela coletiva é relevante instrumento de participação, já que o cidadão, em face das peculiaridades da sociedade de massa, não tem condições de reivindicar e participar isoladamente. Se é importante a realização concreta do conteúdo inserido nas normas que estabelecem deveres à Administração, é fundamental a existência de um processo que permita ao cidadão obrigar a Administração a observar as normas que são ditadas em nome das exigências sociais[285].

4.4.1 Discricionariedade ou omissão? O mito da absoluta autonomia dos Poderes no Estado Democrático

A responsabilidade do Estado, consoante assevera Rodolfo de Camargo Mancuso, pode advir do mau gerenciamento das políticas públicas (de moradia, educação, saúde pública etc.). Cuidando-se tais políticas de poderes-deveres do Estado, a incúria administrativa ensejará a sindicabilidade judicial, resultando de pouca ou nenhuma valia contra-argumentar com a discricionariedade subjacente a tais atividades. É que, como pondera Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, "a margem de discricionariedade da Administração no cumprimento da ordem constitucional é bastante limitada, o que ocasiona a possibilidade de maior judicialização dos conflitos, pois que as políticas públicas podem ser questionadas judicialmente". A autora lembra que nesse campo "a função do Ministério Público não é somente de atuar para corrigir os atos comissivos da Administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também deve atuar na correção dos

[284] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, pp. 41-42.
[285] MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela inibitória.* p. 92-94.

atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas públicas visando à efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988”[286].

A observação feita por Afonso Rodrigues Queirós[287], no sentido de que o não agir também é uma ação e, em muitos casos, a única forma idônea para se atingir o interesse público, é de todo pertinente à atuação judicial. Toda vez que a Administração atua de forma negativa, abstendo-se de tomar um comportamento ao qual está obrigada por lei, abre margem para que a sua atuação seja questionada e corrigida através da via jurisdicional.

Com total acerto diz Eisenmann[288] que a exigência da legalidade da atuação da Administração Pública não se compraz com a mera não contradição da atuação com a lei, exigindo, na verdade, plena conformidade entre elas; sendo assim, e se há uma norma no sistema que estabelece para a Administração o dever de agir em determinada situação, o descumprimento do dever é pura e simplesmente violação de lei, como tal passível de corrigenda pelo Poder Judiciário.

Para Mancuso, a questão problematiza-se, contudo, quando, em vez de um dever, a norma estabelece para o administrador uma faculdade, ou seja, uma competência discricionária em vez de uma competência vinculada, possibilitando-lhe decidir, diante do caso concreto, entre agir e não agir. Mesmo em tais hipóteses, não se pode aprioristicamente afirmar a impossibilidade de apreciação jurisdicional da decisão administrativa que eventualmente opte pelo não agir.

É que os órgãos da Administração, como se sabe, exercem *função*, o que em Direito designa a situação subjetiva passiva em que se encontra aquele a quem se atribui um dever a ser cumprido no interesse de outrem, outorgando-se-lhe, concomitantemente, os poderes instrumentais ao seu cumprimento.

Mas se os órgãos da Administração exercem função, todos os poderes e todas as faculdades que lhes são outorgados não o são para que deles estes órgãos façam o uso que quiserem. Todos os poderes e faculdade de que estes órgãos dispõem têm uma finalidade serviente dos deveres que lhes são cometidos e só em nome do atendimento destes podem ser exercitados. E o que se está dizendo aplica-se, obviamente, às competências discricionárias.[289]

---

[286] *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em Defesa do meio Ambiente,do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 359.

[287] QUEIRÓS, Afonso Rodrigues. *A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 6, p. 59, apud MARINONI, op. cit. p. 88

288 EISENMANN, Charles. *O direito administrativo e o princípio da legalidade. Revista de Direito Administrativo*, v. 56, p. 67, apud MARINONI, op.cit. p. 88.

[289] MELLO, Celso *Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 13-14.

Portanto, se a norma regula determinado comportamento da Administração de maneira discricionária, não é por simples opção entre assim fazê-lo ou fazê-lo vinculadamente. A lei não é ato aleatório.

A eventual existência de discricionariedade ao nível da norma não significa a sua subsistência diante do caso concreto. As peculiaridades do caso concreto podem ser tais que toda margem de liberdade eventualmente conferida pela norma desapareça, surgindo apenas uma solução de aplicação da norma como prestante ao atendimento à finalidade legal. Além disso, hipóteses outras haverá nas quais as peculiaridades do caso concreto, não obstante não se apresentarem suficientes para indicar qual a única solução correta, serão bastantes para indicar que um dado comportamento administrativo certamente não atende à finalidade legal.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, daí decorre uma conclusão de fundamental importância: se os órgãos administrativos, exercitando competências com aspectos discricionários, têm o dever jurídico de sempre buscar e adotar o comportamento que melhor atenda às finalidades da norma de competência, não se pode falar em insindicabilidade dessa atuação discricionária. Com efeito, o Poder Judiciário sempre poderá confrontar a atuação administrativa com as circunstâncias que concretamente se apresentaram e analisar a legalidade da decisão tomada. Caso as referidas circunstâncias de fato revelem que a providência que melhor atenderia à norma não foi escolhida pelo agente administrativo, sua atuação deverá ser anulada, e não se pode aí dizer que houve invasão do mérito do ato administrativo. Se as circunstâncias do caso concreto apontam para a existência de uma única solução ótima, ou se deixam evidente que a solução concretamente adotada não é a solução ótima, houve violação à legalidade e, portanto, não se pode falar em insindicabilidade do mérito do ato.[290]

Todavia, dado como assente e salutar o princípio da tripartição das funções estatais e seu corolário – a harmonia e independência entre elas – indaga-se: é desejável o controle externo sobre a conduta do Estado, propiciado pelo exercício de certos instrumentos cívico-processuais, como as ações civis públicas e as ações populares? Em caso positivo, qual deve ser a postura do Poder Judiciário na consecução desse escopo?[291]

Primeiramente, cabe lembrar que nosso modelo jurídico-estatal é o de uma República Federativa. "República" provém de *res publica*, isto é, literalmente, "coisa que a *todos* pertence". Ora, o que "pertence a todos" não é uma *res nullius*, e sim uma *res omnium*;

---

[290] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op.cit., p. 90.

[291] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum*. *In* Participação e Processo. Coord. Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 192.

logo, cada qual dos integrantes desse *todo* de que se compõe a República, tem legitimação (ainda que "concorrente e disjuntiva") para apresentar-se como portador dos interesses nela representados.

Sendo assim, é natural e legítimo concluir-se que cada cidadão, em que pese ter outorgado mandato legislativo ou executivo a um representante, não abdicou de seu direito à proba e eficaz administração dos negócios públicos. Dir-se-ia que essa participação popular melhor se exercitaria *in loco*: junto aos centros de produção da atividade legiferante e executiva. Mas, se assim parece, teoricamente não o é, porém, na prática: são notórios os percalços, retardamentos e empecilhos postos no caminho do cidadão que quer ser ouvido pelo Estado. Da outra parte, é remota a possibilidade de obter-se tutela de urgência, em sede administrativa e legislativa: a própria natureza e composição dessas instâncias conduz as reivindicações e aspirações do cidadão a um processo dialético, onde elas terão maior ou menor acolhida, conforme coincidam ou não com as posições do grupo preponderante na ocasião.

Desse modo, quando o cidadão pretende: provocar a atuação do Estado para ver resguardados certos bens ou valores integrantes do patrimônio público, *lato sensu*; denunciar certas malversações do dinheiro público ou irregularidades administrativas que derivem dano ao erário, vem ele, cada vez com maior freqüência, bater às portas do Poder Judiciário, pleiteando a cautela ou a sanção cabíveis na espécie.

Questiona-se que a apresentação desses temas ao Poder Judiciário, que se vê assim compelido a fazer certas "escolhas políticas" extravasaria as atribuições normais desse Poder e, por outro lado, provocaria uma macrocefalia da função jurisdicional em detrimento das outras duas, comprometendo a estabilidade da tripartição, harmonia e independência das funções estatais. Correr-se-ia, em suma, o risco de um *governo di giudici*, a que se alude na doutrina italiana[292].

A essa argumentação pode-se responder: a) que a função jurisdicional é exercida em termos de substituição e mediante provocação da parte interessada; logo, nada se pode reprovar ao Judiciário pelo fato dele atender a quem lhe bate às portas; b) que, se o cidadão se dirige ao Judiciário, quando poderia, antes, recorrer às outras instâncias, alguma causa ponderável há que haver: ou as outras funções estatais deixam a desejar em termos de presteza e eficácia, ou é o elemento de confiabilidade, inspirado pelo Judiciário, que vem a ser o fator decisivo; c) que, embora se possa, assim, até certo ponto, falar-se numa função supletiva

[292] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum*, p. 193-197.

exercida pelo Judiciário, a rigor não é bem isso que se passa, porque o Judiciário não pode recusar a prestação jurisdicional, salvo naqueles casos de manifesta ausência de pressupostos de constituição válida do processo (e mesmo aí haverá um pronunciamento a respeito) ou quando sua atuação implique reexame de ato eminentemente discricionário da Administração (e também aí haverá uma declaração nesse sentido)[293].

Antes que se temer o avanço da função jurisdicional em tema de certos interesses que envolvem escolhas políticas, deve-se augurar que as outras funções estatais desempenhem a contento e com presteza suas atribuições.

Portanto, esses remédios cívico-processuais não são instrumentos de indevida interferência dos cidadãos na gestão da coisa pública. Trata-se de uma legítima participação, respaldada pelo lídimo direito que a cada cidadão assiste de ter, não apenas uma vida, mas qualidade de vida; não qualquer administração, mas aquela proba e eficaz. Deveria o Estado-Administração, assim, ficar reconhecido ao cidadão, quando este, exercendo seu direito subjetivo público, lhe indique, via jurisdicional, a omissão que urge ser suprida, a ação que o interesse público impõe seja praticada ou a irregularidade que deve ser corrigida[294].

A tripartição das funções estatais, em nossos dias, não é um *dogma*, e sim uma *proposta de trabalho*, que é colocada à prova todos os dias: sua higidez depende de que cada um dos poderes se desincumba satisfatoriamente de suas atribuições, para que daí resulte uma harmonia geral. E de todo modo, a sociedade civil não é mais a mera espectadora do que se passa na vida pública, mas desta quer e pode participar; é a democracia participativa[295].

Como aduz Diomar Ackel Filho, o que se verifica hodiernamente é uma notável evolução jurídica, permitindo a reformulação dos antigos conceitos em face de novos imperativos fático-sociais, diante dos quais a potestade discricional administrativa se restringe a um campo delimitado por marcos referenciais em que a legitimidade, legalidade e moralidade, entre outros princípios, fixam contornos que não poderão ser violentados[296].

Essa linha conceitual progressista tende a uma gradativa superação da concepção de Estado de Direito num senso apenas formal ou retórico, por um modelo de Estado de Direito num sentido plenamente material, onde os atos emanados dos três Poderes, para terem validade e legitimidade, têm de vir respaldados por todo um contexto jurídico-social, dominado pela nota da efetividade, com destaque para os valores maiores da moralidade,

---

[293] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum*, p. 193-197.
[294] Ibidem, p. 193-197
[295] Ibidem, p. 193-197.
[296] Idem. *Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*. *In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002, p. 768.

eficiência, economicidade, razoabilidade, proporcionalidade, não mais bastando, simplesmente, a mera coincidência entre o ato ou conduta e a norma de regência.[297]

Paralelamente, é preciso zelar para que o conceito de política pública não perca em unidade e concreção, correndo risco de assimilação ou redução aos chamados conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, que, nãos ensejando uma visualização mais nítida de seus contornos, muita vez acabam se forrando ao contraste judicial. Como observa José Carlos Barbosa Moreira, na fixação de conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com freqüência, a formulação de juízos de valor.

Outra realidade, porém, se passa com os valores atinentes às várias políticas públicas, representadas em expressões como "erário", "infância e juventude", "deficiente físico", "idoso", "ordem econômica", "meio ambiente", "estética urbana", "interesse social", em face das quais o intérprete, manejando as técnicas da hermenêutica, por certo chegará a uma conceituação razoavelmente segura, que permita resolver os casos concretos.

Esse labor interpretativo, por vezes até criativo, é imanente à experiência jurídica, valendo lembrar, por exemplo, que a lei processual autoriza o julgador a valer-se "regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece", podendo, em certos casos, "decidir por eqüidade" ou mesmo até ficar desobrigado de "observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna" (Código de Processo Civil, artigos 335, 127 e 1.109, respectivamente)[298].

No plano das políticas públicas, onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente, como, por exemplo, se dá em caso de descumprimento das normas tuteladoras do meio ambiente,

---

[297] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*. *In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002, p. 769.

[298] No tocante à política de infância e juventude, decidiu o TJRS, relator o desembargador Sérgio Gischkow Pereira, em acórdão assim ementado: "A Constituição Federal, em seu artigo 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância do mandamento constitucional (Ap. 596.017, 7ª Câm., j. 12.03.1997, v.u., RT 743/132). *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*. *In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002, p. 770 - 772.

onde o infrator se sujeita "a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados" (artigo 225, §3º); ou na política de atendimento aos precatórios judiciais, onde o descumprimento das normas de regência fundamenta o "seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito" (Constituição Federal, §2º do artigo 100), a par de eventual intervenção no ente político faltoso (Constituição Federal, artigo 35, I).

É preciso ter em mente, de um lado, que a regra é a sindicabilidade judicial dos danos sofridos ou temidos por pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas (Constituição Federal, artigo 5º, XXXV), respondendo o Estado "pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (Constituição Federal, artigo 37 e §6º); de outro lado, o interesse de agir, que pavimenta o acesso à justiça, é, como se sabe, abstrato e autônomo e, pois, independe, para ser exercitado, que a pretensão material seja efetivamente fundada. Por conseguinte, atos e fatos de gestão pública que se apresentam judicialmente insindicáveis apresentam-se como excepcionais dentro do sistema, até porque, como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, invocando Afonso Rodrigues de Queirós, "*em certos casos não será possível dizer qual o comportamento único obrigatório para atender o interesse público, mas será possível dizer que aquele comportamento específico adotado não é o que o atende*".[299]

Não há, portanto, fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre as políticas públicas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários. De resto, estas duas categorias, malgrado toda a celeuma doutrinária que (ainda) possam suscitar, talvez no limite hoje estejam reduzidas a um falso problema: é que, bem vistas as coisas, ressalvados os casos extremos (v.g., falsa motivação, desvio de finalidade), no mais, de ordinário, se um ato é realmente só político (v.g. adesão a tratado de cooperação internacional) ou se a conduta é realmente só discricionária (v.g.,incentivo governamental para fomento de certo setor da economia), dificilmente se apresentará um histórico de lesão temida ou sofrida, capaz de configurar o interesse de agir (necessidade + utilidade do recurso ao Judiciário).[300]

Hoje já vai se formando um consenso no sentido de que, dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de efetiva discrição nos atos e condutas da

---

[299] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*, p. 772.
[300] Ibidem, p. 774.

Administração Pública, quase se podendo falar que os atos discricionários hoje já estão sujeitos a uma sorte de, nas palavras de Rodolfo Camargo Mancuso, "liberdade vigiada"[301].

A política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.[302]

A etiologia da questão das políticas públicas remete ao desenvolvimento histórico-político do próprio conceito de Estado moderno, inicialmente visto como fonte produtora de normas (supremacia do Legislativo, ou nomocracia estatal), e daí evoluindo para uma concepção que hoje o coloca como fonte provedora e mantenedora de políticas públicas estabelecidas em prol de finalidades específicas do bem comum. Esta nova concepção – teleocracia estatal – vê o Estado, basicamente, como um pólo gerador de funções e atividades voltadas à efetiva consecução de uma existência digna para a população, mediante a oferta de serviços e utilidades (o Estado Social de Direito), conforme os programas estabelecidos nas normas-objetivo. [303]

Possivelmente por conta de uma acepção exacerbada ou um tanto radical da tripartição entre Poderes, ou ainda por influência de certas contingências políticas em épocas de exceção, grassou por certo tempo em nosso país uma tendência à aproximação entre as políticas públicas e os atos puramente políticos, de governo, ou, enfim, os ditos atos de gestão, por aí se pavimentando o caminho para o argumento de que certas condutas dos governantes se revelam infensas e refratárias ao contraste jurisdicional. Vide o artigo 68 da Carta de 1934: "É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas"[304].

Não é, pois, de se descartar a hipótese de que a propalada contraposição entre política pública e controle judicial talvez mesmo configure, no limite, um falso problema, ou ao menos uma falsa antinomia, conforme adredemente mencionado, a se ter presente que os princípios constitucionais têm de ser compatibilizados entre si, para conviverem harmoniosamente, sem que um esvazie o conteúdo ou enfraqueça a eficácia do outro; assim, é com esse espírito largo e conciliador que se devem ler os princípios da independência entre os Poderes e o da garantia do acesso à justiça.

---

[301] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*, p. 776.
[302] Ibidem, p. 777.
[303],Ibidem, p. 782.
[304] Ibidem, p. 783.

Dentro desse contexto, verifica-se um sensível crescimento em ações civis públicas levando ao Judiciário controvérsias acerca de políticas públicas em diversas áreas, como, por exemplo, deu-se em São Paulo, com o chamado plano P.A.S. sendo questionado em termos de sua adequação ao modelo constitucional de saúde pública, e ainda sob os prismas de sua economicidade e eficiência; em matéria de educação básica, a mídia divulgou a controvérsia acerca da efetiva aplicação do percentual mínimo em "manutenção e desenvolvimento do ensino" (Constituição Federal, artigo 212). Na esfera federal, ações de natureza coletiva (civis públicas, populares), seguem questionando o programa governamental de redução do chamado tamanho do Estado, ou custo-Brasil, ante a iterativa alienação de empresas públicas em setores básicos da economia nacional, como siderurgia, eletricidade, transportes, telefonia etc.[305]

Exemplo significativo se dá na política de proteção à infância e juventude, considerada "absoluta prioridade" pela Constituição Federal (artigo 227, caput), cabendo ao Estado promover "programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais". O efetivo implemento dessa política deve ser buscado por meios diversos, observado um núcleo mínimo e fundamental de providências, descritas na Constituição e explicitadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, texto este que disponibiliza uma ação civil pública de "responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente" (artigo 208). Nessa ação, que tem "por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento" (artigo 213): aí, pois, está sobrelevada a nota da efetividade do comando jurisdicional, indispensável ao real implemento das políticas públicas.[306]

Conforme sobredito, as inconstitucionalidades que podem inquinar as políticas públicas tanto podem se revelar por via comissiva, com o fracasso dos objetivos colimados, ante o emprego de meios inadequados ou ineficientes (v.g., política econômica incompatível com a meta do pleno emprego – artigo 170, VIII; política de saúde desconectada das diretrizes do sistema nacional único – artigo 198), como podem ainda ocorrer por via omissiva, ante uma abstenção inescusável, por exemplo: o não oferecimento ou oferta irregular, à criança e adolescente, do ensino obrigatório (Constituição Federal, artigo 208, I, c/c a Lei 8.069/90, arts. 54 e 208, I); a não inclusão, no currículo escolar, da matéria educação ambiental

[305] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*, p. 785.
[306] Ibidem, p. 786.

(Constituição Federal, artigo 231); a não elaboração, por município com mais de vinte mil habitantes, do devido plano diretor (Constituição Federal, artigo 182, §1º).

Impende ter presente que o reconhecimento atual da sindicabilidade judicial sobre as políticas públicas não surgiu *ex abrupto*, mas foi se firmando gradativamente, na seqüência de uma linha evolutiva que reclama dos operadores do Direito, sobretudo dos julgadores, um maior e mais estreito compromisso com o valor do justo (o acesso a uma ordem jurídica justa, de que fala Kazuo Watanabe), a par de uma prestação jurisdicional deveras idônea em seu grau de eficácia social, metas que Cândido Rangel Dinamarco resumiu na expressão instrumentalidade do processo.

Não mais basta, portanto, à moderna concepção de Estado Social de Direito a singela edição de normas (a citada nomocracia estatal), como também não satisfaz a simples subsunção das normas aos fatos, se essa tarefa não vier acompanhada por um compromisso com a realização da Justiça social, o que só ocorre quando o aplicador da norma entre a perquirir sobre a idoneidade dos meios empregados para a consecução dos fins ali estabelecidos (a mencionada telocracia estatal).[307]

Todo esse contexto vem, naturalmente, permeado de vontade política, de determinação para atuar, de disposição para fazer atuar um efetivo Estado Social de Direito, esperando-se dos operadores do Direito que não se contentem com a fria subsunção dos fatos à norma, mas que dêem um passo a mais, entrando a indagar acerca da idoneidade dos meios empregados para a consecução dos fins e programas estabelecidos na norma de regência; porque é essa – a eficiência na implementação do previsto nas normas-objetivo – a atual condição legitimante do Estado moderno.[308]

Com efeito, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello[309] que haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa se o juiz se propuser a sobrepor seu critério pessoal a outro critério, igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador. Não haverá indevida intromissão judicial na correção do ato administrativo se o critério ou opção do administrador houverem sido logicamente insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios ante o plexo de circunstâncias reais envolvidas, resultando por isso na eleição de providência desencontrada com a finalidade legal a que o ato deveria servir[310].

---

[307] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*, p. 787 - 788.
[308] Ibidem, p. 790.
[309] MELLO, Celso Antonio, op. cit., p. 32-33.
[310] Nesse melhor caminho postou-se o TJSP, em ACP movida pelo MP contra o Estado e o Município, onde se buscava "compelir os poderes públicos a prestar assistência social básica à população de rua na capital do

Como observa Carlos Alberto Salles, o Judiciário, tradicionalmente, esteve voltado à resolução de disputas privadas, entre interesses particulares de partes individuais, com a introdução das ações coletivas em nosso sistema judicial, o poder jurisdicional passa a atuar sobre o interesse público, decidindo, entre vários interesses antagônicos na sociedade, qual deles deve ser prevalecente em uma data situação concreta, tendo em vista os valores consagrados no sistema jurídico. A decisão judicial terá direta repercussão sobre aquelas políticas, devendo ser avaliada a partir de sua capacidade de produzir resultados em relação aos objetivos com ela implicados.[311]

Outrossim, seria desejável, no atual estágio de desenvolvimento da ação civil pública, que o largo espectro de seu objeto viesse acompanhado por uma distribuição mais equilibrada, eqüitativa, no que concerne às iniciativas judiciais, mediante uma participação mais expressiva dos demais co-legitimados, até para que não venha sobrecarregado o Ministério Público. Esse exercício equânime da legitimação ativa é o que mais condiz com a democracia participativa que o constituinte, em tantos dispositivos, procurou deixar assente, assim conclamando os vários segmentos da sociedade civil a se integrarem, cooperativamente, no esforço comum por uma melhor gestão da coisa pública, mediante o exercício consciente e responsável da ação civil pública.[312]

Em que pesem as fartas justificativas acima expostas, a autorizar a atuação do Poder Judiciário na imposição, ao Estado, da implementação de políticas públicas, há entendimentos em sentido contrário.

Paulo Salvador Frontini assevera que, em rigorosa simetria, cabe ao Poder Judiciário julgar as ações submetidas à sua apreciação (Constituição Federal, artigos 102, I e II, 105, I, II e III, 108, I e II, 109, 114, 121 e 125, além do artigo 5º, XXXVIII, para o júri). O

Estado". Ante os argumentos das co-rés de que não pode o Judiciário "ser transformado em co-gestor dos recursos destinados ao bem-estar social, sendo o pedido até juridicamente impossível", e de que no caso inexistia "direito difuso a ser protegido", o Tribunal entendeu: (i) "não se estar violando a disposição constante no artigo 2º da Constituição Federal, mesmo porque cabe exclusivamente ao Poder Judiciário dizer o Direito. E na hipótese concreta outra coisa não se está fazendo senão dizer o Direito, determinando-se seja cumprida a Constituição Federal em sua inteireza. Existindo norma constitucional determinando seja prestado o atendimento social, não há que se falar em opção da Administração, pois a liberdade do administrador cessa ante o texto expresso da lei"; (ii) "o direito ao tratamento digno pertence a todo e qualquer cidadão, tratando-se, pois, de direito difuso por excelência".(Apel. 61.146-5/0, 2ª Câm. De Direito Público, rel. Des. Lineu Peinado, j. 22.06.1999, v.u.).Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. *In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002, p. 795.

[311] SALLES, Carlos Alberto de. *Existe um processo civil de interesse público*? Revista de Direito, v. I, n. 2, São Paulo, UNIB, Nov. 1999, p.31-32, apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. *In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002, p. 796.

[312] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*, p. 796.

critério que o Judiciário adota, para julgar, resulta de convicção formada no âmbito interno do julgado e isso diz respeito à independência desse Poder.

Diante da nítida configuração de independência de Poder bem demarcada no seio do Legislativo e do Judiciário, cumpre dizer que, do mesmo modo, no plano do Poder Executivo, também há questões que se encerram em sua estrita e exclusiva alçada de deliberação.

Ao Poder Executivo compete exercer a direção superior da Administração Federal, destacando-se, nesse ponto, a competência para remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional (artigo 84, XI). Por evidente que os critérios que vão inspirar e nortear essas, entre outras, providências, situam-se no âmbito interno do Poder Executivo, segundo critérios de conveniência e oportunidade que lhe são próprios e que são insuscetíveis de apreciação pelos outros podres. Eis aí no que se notabiliza a independência do Poder Executivo.

Esses critérios constituem a matriz das políticas públicas que o Poder Executivo vai adotar e que, na democracia, hão de corresponder ao que foi apresentado ao eleitorado como plataforma (proposta) de governo.

As deliberações do governo, enquanto ele age dentro do cumprimento normal e de boa-fé de sua competência constitucional, adotando decisões de conveniência e oportunidade que lhe são próprias e exclusivas, ficam resguardadas da ingerência dos demais poderes. As decisões do Poder Executivo, assim assumidas, ficam subtraídas à apreciação ou interferência dos demais poderes.[313]

O mesmo autor afirma que sérias responsabilidades vêm à tona quando se coloca a hipótese de ação civil pública em face de agentes políticos, especialmente se está em causa a prática de atos que se inserem no âmbito da discricionariedade administrativa.

A hipótese tem especial gravidade se o caso envolve pedido de condenação a obrigação de fazer, pois representa avaliação formulada no âmbito do Ministério Público, entendendo-se legitimado a demandar a intervenção do Judiciário em assuntos do Poder Executivo. [314]

Não raro se verificará que a obrigação que se pretende tenha seu cumprimento decretado pelo Judiciário não está lastreada em lei. Ou se perceberá que esta não vincula inexoravelmente o Poder Executivo, de modo que pode a autoridade requerida simplesmente

---

[313] FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação Civil Pública e Separação dos Poderes do Estado*.. *In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002, p. 743-744.
[314] Ibidem, p. 745.

invocar as prerrogativas de independência do Poder para não praticar o ato pretendido (em relação ao inquérito civil).

A gravidade do problema fica destacada pela circunstância de que a intromissão, por via judicial, em questões internas de alçada do Poder Executivo – o que sempre é admissível se há fraude ou desrespeito à lei – é questão altamente sensível, já que interfere numa das chamadas cláusulas pétreas da Constituição Federal, como se lê no artigo 60, §4º, III.

E o tema mais se aguça se se considerar que isso pode ocorrer por meio de instrumentos provisórios, como medida cautelar ou antecipação de tutela[315].

No recurso especial 63.128-9-GO (95.0015142-4), apreciando caso em que o Ministério Público de Goiás pediu em ação civil pública a condenação do Estado a construir centro de recuperação e triagem de menores, decidiu o Superior Tribunal de Justiça confirmar a decisão do TJGO, sob o fundamento de que "... O Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas". A ementa é expressiva ao dizer que "... haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para execução da obra reclamada (6ª. Turma, rel. Min. Adhemar Maciel, Lex 86/149).

Caso semelhante foi decidido pelo TJSP, em ação civil pública em que o MP postulava a condenação do Estado a construir e manter em funcionamento cadeia pública e casa do albergado. Nesse caso, a douta 2ª Câmara de Direito Público, além de não ver caracterizado interesse difuso ou coletivo, afirmou expressamente tratar-se de hipótese, ademais, de intervenção indevida do MP na esfera da administração pública. Em seu voto vencedor, o rel. Des. Paulo Shintate, afirmou, literalmente: "É que ao Estado cabe, no exercício de sua autonomia, decidir por lei estadual se constrói cadeias públicas e em que comarcas, segundo as prioridades que estabelecer, de conformidade com as disponibilidades financeiras" (Ap. Cível 271.710-1 JTJ 190/10).

Minucioso estudo do problema foi tratado pelo r. acórdão proferido na Ap. cível 246.686-1, julgada pela 7ª. Câm. De Direito Público do TJSP. Pretendia o MP, por via judicial, compelir a Petrobrás a aumentar o número de operadores da unidade de engenharia de aviação, à vista de alegado risco ao meio ambiente. A apelação da Petrobrás foi provida, por unanimidade. O rel. Des. Sérgio Pitombo, proferiu substancioso voto, largamente

[315] FRONTINI, Paulo Salvador, op. cit., p. 746.

fundamentado na doutrina. Vale destacar, na ementa, a referência à "invasão, pelo Judiciário, de atribuições que não lhe são inerentes" (JTJ 189/17).[316]

Outro expressivo acórdão do TJSP tem esta ementa: "não podem os juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional competente para exercê-los (rel. Des. Marco César, 5ª. Câm. Civil, Ap. Cível 166.981-1, JTJ 143/14). A ação visava compelir a Sabesp a proceder ao tratamento de esgoto, antes de lançá-lo ao rio.

Em outro julgado, o TJSP examinou o caso em que, através de ação civil pública, o MP pretendia não fossem recebidos, na prisão da comarca, presos transferidos de cadeias de cidades próximas, conforme determinado por autoridades penitenciárias. O juízo da comarca deferiu a liminar, contra a qual houve agravo da Fazenda do Estado. O agravo foi provido, sendo significativa esta passagem do voto do rel. Des. Aloisio de Toledo: "A Administração dos presídios é matéria que foge à atividade jurisdicional, não tendo os juízes competência legal para nela interferir, muito menos restringir ou ampliar a lotação das cadeias. Em momentos de crise, com as rebeliões armadas, tem sido relevante a atuação dos magistrados paulistas, porém afastadas essas circunstâncias, não deve o juiz envolver-se com atividade que é privativa de outro Poder" (Ag. Inst. 67.852-5, 2ª. câm. Dir. público – JTJ 206/164).

Cabe ao Poder Executivo o direito e o dever de fixar prioridades de sua administração, sopesando ações outras que, a critério desse mesmo Executivo, podem ser prioritárias. Assim, não podem juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos da Administração, sob pena de violação inconstitucional da independência dos poderes do Estado (JTJ 145/25).[317]

Sintetizando os argumentos contrários à atuação do Poder Judiciário na esfera administrativa, Lídia Helena Ferreira da Costa Passos assim se manifesta:

> A) A atuação judicial no controle dos atos da Administração Pública deve pautar-se pela maior "assepsia", "isenção "e "neutralidade" possíveis, apurando-lhes a adequação legal, entendida como expressão formal do procedimento previsto. O exame do mérito dos atos discricionários praticados pelo administrador público, no exercício de suas funções legalmente definidas, constituiria indevida sobreposição do magistrado, de quem se espera o mais estrito e singelo entendimento do critério da legalidade.[318]

---

[316] FRONTINI, Paulo Salvador, op. cit., p. 746-747.
[317] Ibidem, p. 748.
[318] PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. *Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas*. *In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002, p. 495.

> B) A compreensão judicial da discricionariedade como o espaço de liberdade conferido ao administrador para, exclusiva e autonomamente, decidir sobre o conteúdo concreto da medida imposta à coletividade, presumindo-se a prévia aprovação de seus critérios subjetivos ("conveniência e oportunidade") pelo voto popular, revela a concepção do ordenamento jurídico como uma espécie de "escudo de proteção" da individualidade contra os "desmandos" da soberania estatal, cuja inspiração, por assim dizer, é ainda herança das teorias contratualistas nos moldes de Locke e Rousseau, que tanto entusiasmaram os adeptos do ideário liberal.[319]
>
> C) Ao Poder Judiciário seria permitida a análise da adequação da vontade administrativa à vontade constitucional (quanto ao interesse concretamente tutelado), apenas na hipótese de prévia normatização – por órgão competente – que definisse o conteúdo do mérito administrativo.
>
> D) Princípio da separação dos poderes deve ser estritamente observado.[320]

Para a autora, essas são as idéias centrais que transpiram – explícita ou implicitamente – de muitos julgados e escritos doutrinários que sustentam a limitação mais rígida da apreciação judicial da discricionariedade administrativa, como decorrência necessária da independência dos poderes e, acima de tudo, como garantia maior da democracia política que norteia a organização formal do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No entanto, segundo essa linha de argumentação, não é fácil compatibilizar a absoluta independência e autonomia do juízo administrativo a respeito da juridicidade concreta e das condutas e circunstâncias impostas aos cidadãos, com a garantia de eficácia da vontade legislativa, que, antes do Executivo, definiu, na Constituição, os objetivos e finalidades maiores da própria Administração.

Também não é coerente a definição da missão constitucional do próprio Poder Judiciário, encarregado de garantir, no final das contas, a realização concreta destas finalidades determinadas legislativamente.

A implementação desta opção de interpretação da norma contida no artigo 2º da Constituição Federal, com relação à discricionariedade administrativa, na verdade, depende da adoção de uma teoria do ato administrativo que o apresente não como uma totalidade complexa, mas como uma entidade, por assim dizer, composta por elementos estanques e autônomos: vontade, motivo, objeto, forma e finalidade.

Este fracionamento artificial do ato jurídico administrativo é que permite a compreensão funcional dos atos da Administração em níveis diferenciados e nunca conflitantes, quando analisados sob a ótica dos outros poderes constituídos, no exercício das competências que lhes são próprias.

---

[319] PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa, op. cit., p. 497.
[320] Ibidem, p. 502-503.

O artifício do fracionamento do ato jurídico administrativo exerce uma função de imunização dos elementos chamados internos (finalidade e objeto), excluindo-os da apreciação do magistrado que, assim, pode restringir o exame tão-somente a seus aspectos externos (forma, motivo e vontade).[321]

A discricionariedade, segundo esta teoria dos atos administrativos, é concebida como um mecanismo selecionador da vontade estatal que deve ou não ser submetida a controle.

No entanto, o direito realizado nunca é parcial: a indagação a respeito da validade do ato administrativo – discricionário ou não – importa necessariamente a curiosidade a respeito não apenas da estrutura normativa que lhe é inerente, mas também dos fatos culturais e dos valores sociais que o fundamentam.

Esta constatação não renega o conceito de discricionariedade como um espaço de exercício da vontade do próprio administrador, mas o confina ao limites finalisticamente impostos pela lei, cuja apreciação em última instância será sempre feita pelo Judiciário que, segundo a prudência que lhe é inerente e a consideração da contingenciabilidade dos litígios verificados, selecionará, mediante a invocação casuística da discricionariedade administrativa, a medida conveniente – naquele caso – do controle material a ser exercido.[322]

A idéia de que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são dotados de uma independência tão absoluta, que lhes permita atuação em esferas incondicionalmente autônomas e perfeitamente delimitadas, não encontra respaldo no texto constitucional.[323]

Conforme observação de Norberto Bobbio, Montesquieu atribui grande importância à separação de poderes como defesa contra o despotismo, referindo que o expediente constitucional que pode permitir a atuação do princípio segundo o qual "o poder constitua um freio para o poder" é a atribuição das três funções do Estado a órgãos diferentes.

No entanto, todos os três poderes exercem atribuições que, não obstante a distinção sugerida na argumentação tradicional, são sempre aspetos de uma única função estatal, que é o exercício da vontade soberana.

Esta vontade, em nosso ordenamento constitucional, é o paradigma e o critério de atuação dos poderes e instituições.[324]

---

[321] PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas, op. cit. p. 497-498.
[322] Ibidem, p. 500.
[323] Ibidem, p. 503.
[324] Ibidem, p. 504.

Neste contexto, só se pode compreender a disposição do artigo 2º mediante a consideração de seus princípios sociais fundamentais: mais do que mera divisão funcional do poder soberano, tendente à garantia instrumental contra a tirania e o autoritarismo político, trata-se aqui de adotar o mecanismo de garantia material das finalidades e princípios assegurados pelo legislador originário.

O poder que controla o poder, visto sob este prisma, não pode ser um freio, que limite o poder democrático, mas é o mecanismo que o reafirma, fazendo-o forte, vivo e eficaz.

As esferas dos poderes-funções do Estado Democrático de Direito devem ser vistas, portanto, com a imagem da independência dos elementos de um sistema de engrenagens: funcionalmente independentes, porém finalisticamente integradas – "harmônicas entre si", para usar a expressão constitucional.

Os "contrapoderes" são a garantia da pluralidade política, econômica e social, encarregados de assegurarem, por sua atuação efetiva no exercício das competências que lhes são determinadas, a realização, no plano da vida, da igualdade e cidadania prometidas na ordem constitucional.[325]

A cidadania participativa demanda uma estratégia jurisdicional capaz de provocar o consenso e a adesão social às soluções oferecidas. O Poder Judiciário, para realizar sua função constitucional, tem que estar apto a enxergar não mais um conjunto de cidadãos individuais aglutinados e reunidos na comunidade política, mas precisa ser capaz de reconhecer o conjunto social solidário e autônomo que caracteriza as relações transindividuais. Não se fala apenas em relações de cidadania entre indivíduos e Estado, mas entre Estado e sociedade.[326]

Por estas razões, parece inescondível a dimensão política, social e econômica da função judicial. Não há qualquer espaço para a compreensão de uma suposta "isenção" e "pureza" do Direito, no sentido de sua apoliticidade. A decisão jurídica não se constitui como técnica exclusiva ou ausência de cálculo = *judex non calculat*.[327]

A tarefa do Poder Judiciário, em caso de litígio sobre a decisão administrativa, evidentemente, não será a de inverter, segundo sua própria avaliação discricionária, a prioridade a ser atendida pelo administrador público, porque isso não lhe compete. Mas não poderá escudar-se neste argumento para omitir a decisão a respeito da matéria que lhe compete: a promoção do interesse público.[328]

---

[325] PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa, op. cit, p. 507.
[326] Ibidem, p. 516.
[327] Ibidem, p. 517.
[328] Ibidem, p. 522.

4.4.2 Justiciabilidade dos direitos sociais e posicionamento dos tribunais brasileiros

Recentemente, Flávia Piovesan[329] realizou interessante análise jurisprudencial acerca da efetiva justiciabilidade que vem sendo dada, em nosso país, aos direitos sociais. Para tanto, coletou dados referentes a diversos aspectos, dentre os quais se destacam o direito à saúde e o direito à educação[330].

Nos casos relativos ao *direito à saúde*, mais especificamente os que se referem ao *fornecimento de medicamentos e acesso à assistência médico-hospitalar*, constatou Flávia Piovesan que reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal consagram o direito à saúde como decorrência do direito à vida, determinando o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, a pessoas portadoras do vírus HIV e outras doenças graves.

Destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 27.1286 AgR/RS, na qual se afirmou o direito à saúde como conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. A decisão adicionou que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, cabendo ao Estado formular e implementar políticas que visem a garantir a todos, inclusive aos portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Ressaltou que o Poder Público não pode transformar norma programática em promessa constitucional inconseqüente.

---

[329] PIOVESAN, Flávia. *Proteção e justiciabilidade dos direitos sociais nos planos global, regional e local*. In Revista da Escola a Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho – 2ª região, ano 3, nº3, setembro de 2008. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho – 2ª região, 2008, p. 164-182.

[330] Segundo Eduardo Appio, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 menciona, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, sendo um dever do Estado brasileiro a sua implementação, nos termos da Constituição. A idéia que preside esta sólida jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal consiste naquilo que Ronald Dworkin chama de "***princípio do resgate***". Segundo o princípio do resgate, a saúde e a manutenção da vida humana seriam os bens mais importantes de uma comunidade, razão pela qual deveríamos aplicar todos os recursos financeiros possíveis para salvar uma vida, por menores que sejam as chances de sobrevivência e por maiores que sejam os custos envolvidos. Segundo o autor, o princípio do resgate está, historicamente vinculado à obra de René Descartes, no sentido de que este último autor afirmava, em seus escritos, que a saúde a vida humana seriam os bens supremos da sociedade. A segunda vertente, também tão intuitiva quanto a primeira, estaria ancorada na percepção de que em uma sociedade na qual a partilha dos bens materiais é, desde logo, injusta e desproporcional, seria injusto exigir pagamento por parte dos mais pobres em relação aos serviços de saúde. (DWORKIN, Ronald. **Virtude Soberana**: A teoria e a prática da igualdade. Martins Fontes. São Paulo: 2005, p. 434.)Seguindo uma linha semelhante, a partir da doutrina de proteção dos direitos fundamentais a partir da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, temos no Brasil a referência obrigatória ao Prof. INGO SARLET, o qual reconhece existir um direitos subjetivo público universal em favor do cidadão. (SARLET, Ingo. "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988". Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, 01/2002. Disponível em: <http://www.direitopúblico.com.br>. Acesso em: 25 jun. 2004). Essas informações são retratadas por Eduardo Appio em *A justiciabilidade dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil.* Disponível em http://www.conjur.com.br/static/text/50337,1 Acesso 12 out 2008.

Neste sentido, a distribuição gratuita de medicamentos permitiria conferir efetividade aos preceitos constitucionais, representando um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada tem e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e sua essencial dignidade. Acrescentou ainda o Supremo Tribunal Federal que o sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva, que somente terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Em outro caso, afirmou o Supremo Tribunal Federal que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição Federal (artigo 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa expressa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entende-se que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: o respeito indeclinável à vida (Supremo Tribunal Federal, DJ, seção 1, de 12-02-1997, n. 29, p. 1830).

Em direção similar, ao endossar a justiciabilidade dos direitos sociais e a necessidade de controle judicial das políticas públicas sociais, destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45: "é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Esse não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado. Não se revela absoluta a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar,

comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal, aquele núcleo irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna, aí então justificar-se-á a possibilidade de intervenção do Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado".

O Superior Tribunal de Justiça tem ainda rompido com uma ótica formalista procedimental, a fim de assegurar o direito à saúde. É o caso da medida judicial concedida em ação civil pública para proteger direito à vida e à saúde de criança portadora de doença grave, reformando decisão de tribunal estadual que teria extinto o processo sem julgamento do mérito, por considerar que o Ministério Público não teria legitimidade para a defesa de interesse individual indisponível (Superior Tribunal de Justiça, Resp 662033).

No mesmo sentido, em reiteradas decisões, o Superior Tribunal de Justiça tem autorizado o levantamento de saldo de FGTS para tratamento de moléstia grave, mesmo que não previsto em norma (Resp 644557, REsp 686500, Resp 848637).

Há o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal de que é possível o bloqueio de verbas públicas como meio executivo de decisão judicial que determinou o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Embora o Supremo Tribunal Federal venha adotando a teoria da reserva do possível em casos similares, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, o Superior Tribunal de Justiça consagra que ambos são bens máximos, que não podendo ter sua proteção postergada.

A teoria de efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma "*reserva do possível*", ou seja, na dependência de recursos econômicos, é a adaptação de um entendimento fixado pela jurisprudência constitucional alemã. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha orienta suas decisões sobre direitos sociais no sentido de que a construção dos direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à disponibilidade dos respectivos recursos. Por sua vez, a decisão sobre a disponibilidade desses estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos. Os direitos a prestações positivas pelo Estado limitam-se a um básico social, ou seja, aquilo que o indivíduo, de maneira racional, poderia esperar da sociedade.[331] Pondera, contudo, Andreas J. Krell, que a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas

[331] BverfGE, Coletânea das decisões do tribunal constitucional federal, n. 33, S 222, *apud* PIOVESAN, Flávia. *Proteção e justiciabilidade dos direitos sociais nos planos global, regional e local*. In Revista da Escola a Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho – 2ª região, ano 3, nº3, setembro de 2008. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho – 2ª região, 2008, p. 164-182

prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado[332].

Contudo, constatam-se, ainda, decisões que, com fundamento em uma ótica liberal clássica e na cláusula da separação dos poderes, afastam a justiciabilidade do direito à saúde. A respeito, cite-se decisão proferida no RE 259508 AgR/RS, em que se discutia a aplicação de lei estadual que previa distribuição gratuita de medicamentos a carentes e portadores de HIV, mediante acordo entre Estado e município de Porto Alegre. O Supremo Tribunal Federal entendeu que não lhe cabia examinar a efetivação do acordo, na medida em que não lhe cabe controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender a demanda da população na área da saúde, sob justificativa de que seria ofensa ao princípio da separação de poderes. Há também decisões que negam a justiciabilidade aos direitos sociais com fundamento na insuficiência de recursos orçamentários. A respeito, destaca-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no MS 6564/RS, em que se sustentou: "no sistema jurídico-constitucional brasileiro, a nenhum órgão ou autoridade é dado realizar despesas sem a devida previsão orçamentária. A dotação consignada no orçamento, para o fim da efetivação da despesa, seja de qual natureza for, obriga aos órgãos da Administração, sob pena de incorrer no desvio de verbas".

Em relação aos casos relativos à *responsabilidade por dano à saúde e ao alcance de contratos de seguro de saúde*, Flávia Piovesan observou, no mesmo estudo, que há um número significativo de decisões judiciais a respeito do tema, com base no Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, há decisões que acolhem pedidos de dano moral em caso de recusa de seguro-saúde em custear o tratamento de segurado com suspeita de câncer (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AG 520390). Há ainda decisões que reconhecem a abusividade de cláusula que afasta tratamento de moléstias infecto-contagiosas de notificação compulsória, como é o caso da AIDS (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Resp 265872). Por outro lado, há uma tendência minoritária de julgados que considera válida a exclusão de AIDS definida no contrato do convênio (Resp 160307).

No que pertine aos casos relativos ao *direito à educação*, mais propriamente ao *ensino fundamental*, Flávia Piovesan obtempera que diversos julgados reconhecem a absoluta relevância do direito ao ensino fundamental, com destaque para a decisão do Supremo Tribunal Federal que assim afirmou: "conforme preceitua o artigo 208, IV, Constituição Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e

---

[332] KRELL, Andreas J. *in Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado.* Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 53-54, *apud* PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*

pré-escola as crianças de zero a seis anos de idade. As unidades federadas e municípios devem aparelhar-se para a observância irrestrita aos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa" (Supremo Tribunal Federal, RE 411518/SP).

Destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE-AgR 384201/SP, que teve como relator o Min. Marco Aurélio: "a determinação judicial tem por escopo a efetiva concretização da norma constitucional, sem implicações com o princípio da separação de poderes, uma vez que, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal, a educação é direito de todos, cumprindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à educação e à dignidade. Ao Poder Judiciário cabe fazer valer, no conflito de interesses, a lei e a Constituição Federal. Deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente o cumprimento de preceitos constitucionais de importância ímpar, como os voltados à educação.

A análise feita por Flávia Piovesan fez com que a autora concluísse que é ainda reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos. Observa-se também que as demandas judiciais são em sua vasta maioria de cunho individual e não coletivo.

Quanto ao direito à saúde, ao efetuar a ponderação de bens envolvidos, as decisões tecem expressa opção pelo respeito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição Federal, em detrimento de interesses financeiros e secundários do Estado. Neste sentido, há uma tendência jurisprudencial que rompe com uma visão formalista e procedimental do direito, em prol da relevância do direito à vida.

Embora a tendência majoritária das decisões seja no sentido de efetivar a proteção constitucional do direito à saúde, há uma tendência minoritária que, com fundamento em uma ótica liberal clássica e na cláusula da separação dos poderes, afasta a justiciabilidade do direito à saúde. O argumento central é que não cabe ao Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender demanda da população na área da saúde, sob justificativa da ofensa ao princípio da separação de poderes, bem como da ofensa a critérios de dotação orçamentária, com base ainda no princípio da "reserva do possível".

As demandas são, sobretudo, individuais. No que tange ao fornecimento de remédios para portadores do HIV, esta foi, inclusive, uma estratégia de litigância. Optou-se por demandas individuais em detrimento das demandas coletivas, sob o risco das últimas serem afastadas pelo Judiciário, ainda com elas pouco familiarizado, temendo, inclusive, o

amplo impacto social de uma decisão de alcance coletivo. Os ganhos judiciais individuais é que propiciaram a resposta legislativa, mediante a adoção de lei que determinou o fornecimento obrigatório e gratuito de medicamentos a todos os portadores de HIV (Lei 9313/96).

No âmbito do direito à educação, também constatam-se demandas de natureza individual e não coletiva.

O incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos direitos sociais e econômicos revela a apropriação ainda tímida pela sociedade civil dos direitos econômicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos legais, acionáveis e justiciáveis.

No Brasil, apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a justiça estatal, existindo uma clara relação entre IDH e litigância, ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano.

Para Maria Teresa Sadek, no que se refere às regiões, o IDH permite afirmar que o nordeste e o norte reúnem os mais baixos indicadores socioeconômicos do país. Em contraste, o sul, o sudeste e o centro-oeste apresentam melhores índices. Quanto mais alto é o IDH, melhor é a relação entre processos entrados e a população. Ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano[333]. O incipiente grau de provocação do poder Judiciário nesses casos reflete ainda um "estranhamento recíproco" entre a população e o Judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional. De acordo com pesquisa realizada pela IUPERJ/ABM, 79,5% dos juízes entendem que uma dificuldade do judiciário considerada essencial esta no fato dele se encontrar distante da maioria da população.

Para a formação de uma jurisprudência protetora dos direitos humanos, bem como para a consolidação do Poder Judiciário como um *locus* de afirmação de direitos, é fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos, acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador que o direito pode ter. Só assim haverá um Judiciário mais aberto, próximo e com maior responsabilidade social e política. Só assim haverá maior transparência e

---

[333] SADEK, Maria Teresa. *O judiciário e a prestação da justiça*. In: Maria Teresa Sadek (org), Acesso à justiça, fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001, p. 20-21, apud PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*

accountability dos deveres do Estado no tocante a implementação dos direitos a saúde e à educação.

Por derradeiro, afirma Piovesan que a justiciabilidade dos direitos sociais na experiência brasileira, ainda que incipiente, tem sido capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário.

É necessário, contudo, avançar em estratégias de litigância, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do *empowerment* da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo. Há que se reinventar a relação com o Poder Judiciário, ampliando seus interlocutores e alargando o universo de demandas, para converter esse Poder em um *locus* de afirmação de direitos.

5 CONCLUSÃO

O fenômeno da massificação da sociedade, que teve como marco histórico a Revolução Industrial do século XVIII, trouxe à tona uma nova realidade, em que as disputas de grupos, classes ou categorias de pessoas confrontam-se com as lides meramente individuais. Essa nova realidade, que tem como nota característica a transindividualidade, é a responsável pelo advento dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que não podem ser compreendidos a partir das clássicas regras jurídicas individuais. Igualmente, a defesa em juízo de tal sorte de direitos não poderia ser levada a cabo por intermédio dos instrumentos processuais de índole eminentemente individual, derivados do Direito Processual Civil. Daí a necessidade da criação de um ramo específico do Direito para tanto: trata-se da tutela jurisdicional coletiva.

Embora a tutela jurisdicional coletiva tenha suas origens na Inglaterra Medieval (embora alguns identifiquem sua gênese na *Bill of Peace*), tendo se popularizado com as *class actions* norte-americanas, sua utilização no Brasil se consolidou definitivamente em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o qual, unindo-se à Lei de Ação Civil Pública, editada em 1985, formou o sistema brasileiro de tutela jurisdicional coletiva, originando, assim, o que Gregório Assagra de Almeida denominou de "direito processual coletivo comum".

Dadas as especiais características das regras processuais coletivas, é impossível não associá-las à idéia de acesso à justiça, na medida em que permitem a defesa em juízo de interesses de milhares de indivíduos, litigantes eventuais que possivelmente jamais procurariam o Poder Judiciário para tal finalidade. Cumpre frisar, todavia, que o termo acesso à justiça não deve ser tomado, como adverte Kazuo Watanabe, como mero acesso ao Judiciário, mas sim como alcance da ordem jurídica justa – aquela que permite ao lesado obter concretamente a pretensão deduzida em juízo. Tal noção coincide com a atual fase porque passa a ciência processual, referente à instrumentalidade do processo e ao movimento mundial pelo acesso à justiça, tão bem retratados por Cândido Rangel Dinamarco e por Mauro Cappelletti. Com efeito, o processo não deve ser considerado um fim em si mesmo (em que

pese sua autonomia enquanto ramo do Direito), mas, antes, um *instrumento* para atingir aos escopos da jurisdição e propiciar *sensações felizes* à parte que tiver razão.

Assim sendo, a tutela jurisdicional coletiva pode e deve ser utilizada para beneficiar a coletividade de indivíduos que, embora não possam acessar individualmente o Poder Judiciário, nele vêem uma esperança para a concreção de suas necessidades e, pois, para o acesso a uma ordem jurídica justa. Nesse compasso, o Direito, mais especificamente em seu ramo processual, é utilizado como verdadeira *arma*, consoante preceituam Boaventura de Sousa Santos, José Eduardo Faria e J.J. Calmon de Passos, porquanto entendido como um caminho disponibilizado à sociedade para *concretamente* fazer valer seus interesses.

Levando-se em conta esse aspecto, é importante frisar o papel da tutela inibitória coletiva, que se destaca justamente por assegurar que o ilícito sequer chegue a se concretizar, corporificando, assim, o mandamento contido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o qual retrata o princípio da *inafastabilidade da jurisdição.*

Todavia, para que a tutela jurisdicional coletiva possa ser corretamente manejada, transformando-se em efetivo instrumento de acesso à justiça, faz-se necessário não só o labor legislativo, mediante a criação de regras processuais, mas também a inclusão dessas, pelos operadores do Direito, em seus cotidianos forenses. Ressalte-se, a esse respeito, a importante constatação realizada por Flávia Piovesan, no sentido de que as ações judiciais para a obtenção de medicamentos para o tratamento da AIDS, por muito tempo, foram *estrategicamente* ajuizadas por intermédio de *lides individuais*, tendo em vista a posição refratária assumida pelo Poder Judiciário quanto à amplitude da extensão subjetiva da coisa julgada coletiva – situação que perdurou até o advento de legislação pertinente ao tema.

Em relação às regras propriamente ditas, mostra-se relevante a edição de um código de processo coletivo, que unifique a matéria e retrate mais satisfatoriamente temas importantes para o acesso à justiça, como as noções de *fair notice* e *opt out* – as quais permitem aos titulares dos direitos individuais homogêneos relacionarem-se de modo extremamente benéfico com as ações coletivas propostas em seu interesse. No que pertine à atuação dos operadores do direito, sobreleva-se a função exercitada pelo Poder Judiciário, que deixa de atuar de forma impassível e passiva, para garantir à sociedade a efetivação de seus direitos.

Neste tópico, entra em cena o agir do Poder Judiciário diante das omissões do Poder Executivo, as quais acabam por inviabilizar o direito à vida, à saúde e à educação, assim como a outros direitos essenciais, de grande parcela da população. A justiciabilidade dos direitos sociais encontra na tutela jurisdicional coletiva grande aliada, permitindo aos

cidadãos participar, por intermédio do processo, das decisões que repercutem diretamente em sua sadia qualidade de vida. O que se tem, a partir daí, é um verdadeiro exercício democrático de cidadania, por meio da tutela jurisdicional coletiva, que não só modela o Estado, compelindo-o a alcançar seus objetivos constitucionais, como também permite o acesso a uma ordem jurídica efetivamente justa, que se traduz em propiciar à população a efetivação de seus interesses mais caros. Afinal, conforme aduz Flávia Piovesan, secundada por José Eduardo Faria, o Poder Judiciário não só pode, como deve, assumir seu papel como *locus* das decisões políticas e de afirmação de direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual civil brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Interesses Difusos e Coletivos (Consumidor, Ambiental, ECA e Tutelas Jurisdicionais Coletivas.* Disponível em http://arquivos.unama.br/professores/iuvb/AulasAnteriores/TutelaDireitoDifusos/INT_AO_DIR_DOS%20INT_DIF/DIF_Aula01_Obrigatoria.pdf Acesso 15 out 2008.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Os poderes introdutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo.* In.: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 38 n. 150 abr./jun. 2001.

ALTVATER, Elmar. *Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos*. In HELLER, Agnes et al. A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

APPIO, Eduardo. *A justiciabilidade dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil.* Disponível em http://www.conjur.com.br/static/text/50337,1 Acesso 12 out 2008.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Coisa Julgada e litispendência no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: RT, 2007.

ARRUDA ALVIM. *Mandao de segurança, direito público e tutela coletiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Sobre a "participação do juiz" no processo civil. In* GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BRASIL, Deilton Ribeito. *Tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002.

_____. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 61:155, 1991.

CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça – tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão.* São Paulo: Atlas, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo (diversificações conceptuais).* São Paulo: Saraiva, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. Fundamentos do processo civil moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Escopos políticos do processo. In* GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Instituições de direito processual civil.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito – os juízes em face dos novos movimentos sociais.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FERREIRA, William Santos. *O Código de Defesa do Consumidor e as ações coletivas para a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos*. In Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Sergipe: Escola Superior da Magistratura, n° 03, 2002.

FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação Civil Pública e Separação dos Poderes do Estado.. In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002.

GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito.* In: Direito e Sociedade. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, v. 3, n. 1, jan./jun. 2004.

_____. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Class Actions in Brazil:A Model for Civil Law Countries*. The University of Houston Law Center, 2003, p. 337-338.

GOULART, Flavio A. *As Representações sociais, ação política e cidadania*. Cadernos de Saúde Pública, 1993, vol.9, n. 4, ISSN 0102-311X.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Novo Processo do Consumidor. In* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor in* O processo em evolução. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Disponível em http://arquivos.unama.br/professores/iuvb/AulasAnteriores/DireitoProcessual/PROCESSO_CIVIL/DP_Aula10_Obrigatoria02.pdf Acesso 15 out 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. *Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer*. In Processo de execução e assuntos afins. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1998.

JACOBI, Pedro Roberto. *Educação, ampliação da cidadania e participação*. Educação e Pesquisa. v.26 n.2 São Paulo jul./dez. 2000. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022000000200002&lng=pt&nrm=iso Acesso 21 nov. 2007.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8.ed. trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. *Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al.

LEMOS, Raquel Filomena Gonçalves. *Eficácia preclusiva do julgamento da exceção de pré-executividade. In* Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado, v.29, n. 61, jan/jun 2005.

MAMEDE, Gladston. *Hipocrisia: o* mito *da cidadania no Brasil.* Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 134 abr./jun. 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum*. *In* Participação e Processo. Coord. Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*. *In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento – a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Tutela inibitória : individual e coletiva*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A tutela específica do consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 251, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4985>. Acesso em: 19 out. 2008

_____. *Tutela Inibitória*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2. ed., 3ª tiragem São Paulo: Malheiros, 1998.

MENESES , Geraldo Magela e Silva. *Prestação de tutela jurisdicional coletiva.* . In.: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 38 n. 149 jan./mar. 2001.

MILARÉ, Édis. *Ação civil pública – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. Ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover *et al.* 8 ed. ver e atual e ampl conforme o novo código civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, participação e processo. In* GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. *Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas*. *In* Ação Civil Pública – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: RT, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção e justiciabilidade dos direitos sociais nos planos global, regional e local*. In Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho – 2ª região, ano 3, nº3, setembro de 2008. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho – 2ª região, 2008.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. I.

_____. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. *Democracia moderna e processo civil. In* GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública – instrumentos da tutela coletiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, José Ribas. *A cidadania, sua complexidade teórica e o Direito*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 135 jul./set. 1997.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Ada Pellegrini Grinover et. al. 8 ed. rev. ampl. e atual. Conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

_____. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In* GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Da cognição no processo civil.* 2. ed. atual. Campinas, SP: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Antecipação de tutela.* São Paulo: Saraiva, 1997.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo