



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
DANIELA DAMIAN MEDEIROS

**O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS COMO INSTRUMENTO
DE EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL**

Tubarão
2011

DANIELA DAMIAN MEDEIROS

**O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS COMO INSTRUMENTO
DE EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Professor Lester Marcantonio Camargo, Me.

Tubarão

2011

DANIELA DAMIAN MEDEIROS

**O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS COMO INSTRUMENTO
DE EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão/SC, 20 de junho de 2011.

Professor e Orientador Lester Marcantonio Camargo, Me.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor Jean Marcel Roussenq, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professora Keila Comelli Alberton, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Com imensurável gratidão e carinho, dedico este trabalho monográfico àqueles que são meu porto seguro, minha fonte de amor e apoio incondicionais, meus pais Fábio e Regina e meu namorado Guilherme.

AGRADECIMENTOS

A Deus, luz divina, meu eterno agradecimento por se revelar sempre tão presente em minha vida, guiando e protegendo a mim e à minha família.

Aos meus alicerces, pais Fábio e Regina, pessoas de indiscutível caráter, fontes inesgotáveis de ensinamento, instrução, sabedoria, carinho, amor e apoio, o meu muito obrigada por terem sempre, desde o início, incentivado a busca incessante ao conhecimento. A eles devo minha eterna gratidão por todas as conquistas.

Ao meu irmão Murilo o meu muito obrigada pelas palavras e brincadeiras amáveis, divertidas e descontraídas que sempre soaram como apoio e estímulo camarada.

Ao meu namorado e amigo Guilherme, personificação de apoio, compreensão, carinho e amor incontestáveis, pelos ensinamentos e sonhos compartilhados diariamente, meu muito obrigada. A ele devo a minha gratidão por transformar, a cada instante, o convívio ao seu lado ainda melhor, afora entender plenamente as tantas sentidas ausências de sua companhia, para dedicar-me à elaboração deste estudo.

Ao professor e orientador Lester, pela destreza de mestre em conduzir a elaboração deste trabalho monográfico, com suas sempre pertinentes sugestões e críticas, bem como pela sua dedicação, paciência, apoio e ensinamentos ímpares, a minha imensa gratidão. A ele agradeço a constante transmissão de exemplares, indelévels e brilhantes ensinamentos.

Aos colegas estagiários, servidores e promotores de justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – Comarca de Tubarão, por transformarem o ambiente de trabalho cotidiano em local de fortes amizades e de ensinamentos constantes, que, inclusive, contribuíram grandemente para a elaboração desta monografia, meu muito obrigada.

Aos colegas com quem dividi estes anos de faculdade e aos professores da Universidade do Sul de Santa Catarina, a minha gratidão por todos os ensinamentos jurídicos fundamentais à formação deste estudo.

Por ser perene atualização do justo, o Direito é condição primeira de toda a cultura, e nisso reside a dignidade da Jurisprudência, podendo-se conjeturar que a justiça implica constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade (REALE, 2002, p. 713).

RESUMO

Objetivo: o presente trabalho monográfico tem por escopo analisar se o Código Brasileiro de Processos Coletivos, na redação encabeçada pela professora Ada Pellegrini Grinover, é instrumento eficaz, útil e apto a fim de garantir maior efetividade ao processo civil, com sustentáculo nos princípios constitucionais do processo civil e nas ações coletivas constitucionais do ordenamento jurídico atual. Método: o método de pesquisa adotado foi o dedutivo, partindo-se de premissas universais a fim de encontrar uma conclusão específica. O tipo de pesquisa escolhido foi o exploratório, bibliográfico e documental, por serem estes os mais adequados ao objetivo almejado. Resultado: a proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos, na redação do anteprojeto de lei encabeçado pela professora Ada Pellegrini Grinover, sistematiza e inova as legislações existentes para a tutela dos direitos transindividuais, bem como afasta as divergências e lacunas das leis vigentes, encontrando respaldo na necessidade premente de efetivar o processo civil de acordo com as exigências atuais da sociedade das massas. Verificou-se que a proposta obedece aos princípios constitucionais do processo civil comum, constituindo alternativa para reduzir os milhares de demandas repetitivas ajuizadas diariamente nos diversos tribunais pátrios. Conclusão: a proposta analisada representa instrumento apto a conferir maior efetividade ao processo civil, na medida em que adequa a legislação às peculiaridades da classe direitos transindividuais, idealizando, especialmente, a garantia da segurança jurídica, duração razoável do processo e acesso à justiça. No entanto, necessita estar aliada a outras políticas para que se operem reflexos ainda mais intensos em termos de modernização judiciária.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Cultura de massa. Interesses coletivos. Interesses difusos. Processo civil.

ABSTRACT

Objective: the main scope of this monograph is to analyze if the Brazilian Code of Collective Processes, on redaction formulated by teacher Ada Pellegrini Grinover, is an effective, useful and fit instrument to guarantee greater effectiveness for civil process, with prop in the constitutional principles of civil process and with collective actions constitutional of current laws. Method: this research was developed based on deductive method, starting from the universal premises to find a specific conclusion. It was developed an exploratory, bibliographic and documentary research, once they are more suitable for the intended objective. Result: the proposal of Brazilian Code of Collective Processes, on redaction of the draft of law formulated by teacher Ada Pellegrini Grinover, systemizes and innovates the laws for the protection of transindividual rights, and goes away the discrepancies and gaps in current laws, finding support in urgent necessities to effect the civil process in unison with current requirements of masses society. It was found that the proposal meets the constitutional principles of ordinary civil process, being an alternative to reduce the thousands repetitive claims judge on several patriotic courts daily. Conclusion: the proposal analyzed represents a suitable instrument to bring greater effectiveness to the civil process, in proportion to adapt the law with the peculiarities of transindividual rights, particularly by idealizing the guarantee judge security, reasonable duration of process and access to justice. However, it must be combined with other policies to operate repercussions even more intense in terms of judicial modernization.

Key words: Access to justice. Mass culture. Collective interests. Diffuse interests. Civil process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	10
1.2 OBJETIVOS	11
1.2.1 Objetivo geral.....	11
1.2.2 Objetivos específicos.....	12
1.3 JUSTIFICATIVA	12
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	14
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	15
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	17
2.1 ACESSO À JUSTIÇA	18
2.1.1 Efetividade.....	22
2.1.2 Duração razoável do processo	25
2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL	29
2.2.1 Adequação	33
3 AÇÕES COLETIVAS CONSTITUCIONAIS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL	35
3.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA	36
3.1.1 Conceito e objeto.....	37
3.1.2 Legitimidade ativa e passiva.....	40
3.1.3 Competência.....	43
3.1.4 Sentença e coisa julgada.....	45
3.1.5 Influência do Código de Defesa do Consumidor	49
3.2 AÇÃO POPULAR.....	52
3.2.1 Conceito e objeto.....	52
3.2.2 Legitimidade ativa e passiva.....	55
3.2.3 Competência.....	58
3.2.4 Sentença e coisa julgada.....	59
3.3 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	61
3.3.1 Conceito e objeto.....	61

3.3.2 Legitimidade ativa e passiva	65
3.3.3 Competência	69
3.3.4 Coisa julgada	70
4 O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS	72
4.1 AS PROPOSTAS INOVADORAS DO ANTEPROJETO	75
4.1.1 Princípios da tutela jurisdicional coletiva	76
4.1.2 Ação coletiva ativa	77
4.1.2.1 Conceito.....	78
4.1.2.2 Objeto	79
4.1.2.3 Legitimidade ativa e passiva.....	81
4.1.2.4 Competência	85
4.1.2.5 Sentença e coisa julgada.....	90
4.2 A EFETIVIDADE CONFERIDA AO PROCESSO CIVIL POR INTERMÉDIO DO ANTEPROJETO	93
4.2.1 Obediência aos princípios constitucionais do processo civil	93
4.2.2 Modificações na prática processual	98
5 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	107
ANEXO	118
ANEXO A – ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS	119

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por escopo discutir a processualística da tutela jurisdicional coletiva, sob a égide da proposta de codificação da legislação afeta ao assunto, como via para reformular e adequar o processo civil brasileiro à dinâmica da sociedade atual, eminentemente massificada, especialmente no que tange aos direitos transindividuais. Neste empenho, o que se visa é à completa efetividade processual, garantia constitucional e concretização do ideal maior perseguido pela ação judicial: produzir justiça.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O tema da pesquisa delimita-se a analisar se a proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos, na redação encabeçada pela professora Ada Pellegrini Grinover, é instrumento apto a conferir efetividade ao processo civil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 universalizou a proteção dos direitos chamados transindividuais, perceptível por intermédio da leitura de alguns dos seus dispositivos. A exemplo cita-se o artigo 129, inciso III, o qual confere legitimidade ao Ministério Público para defender os comentados interesses. Entretanto, não existe, ainda, no Direito Processual Civil Brasileiro, uma sistematização dos princípios, regras interpretativas e procedimentos a serem adotados, nas discussões jurídicas acerca desses direitos massificados.

As ações judiciais que hoje tutelam os direitos transindividuais – amparadas em leis antigas nas quais urgem interpretação e integração constantes com regras nascidas posteriormente – esbarram no rigor procedimental e na legislação retrógrada do processo civil comum, tornando-as por diversas vezes inefetivas e insatisfatórias. É comum o cidadão deparar-se com entraves procedimentais que não se adequam à realidade e que, ao final da demanda judicial, transformam-se em um título sem força nem eficácia, pois o direito já foi comprometido e a pretensão deduzida já perdeu o seu objeto. Ou então, devido à obrigatoriedade de integrar legislações diferentes, depara-se com decisões divergentes acerca do mesmo tema, maculando a tão idealizada segurança jurídica.

A cada dia, o modelo tradicional do processo demonstra não mais comportar as milhares de ações judiciais em trâmite e a serem propostas. Deriva disso, o processo civil comum exigir uma série de ajustes às realidades vivenciadas pela sociedade atual, massificada. Dentre essas mudanças, encontra-se a necessidade premente de revisar a questão das demandas coletivas, já que, em diversas situações, uma única ação poderia satisfazer os interesses de uma gama infinita de cidadãos. Com o modelo processual individualista hodierno, contudo, é preciso que cada um, sozinho, busque suas pretensões, acumulando demandas com o mesmo propósito. Não se pode olvidar, pois, que este modelo tradicional confronta-se com os objetivos perseguidos pelas ações ditas coletivas.

Valendo-se do Direito Processual Coletivo, que surge como um novo ramo da ciência processual, seria possível suprir incômoda lacuna, diante da unificação da legislação esparsa que tutela os direitos transindividuais, da qual são exemplos a ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. Com a codificação do conjunto de leis, concomitantemente à atualização e revisão de procedimentos a serem adotados, haverá indubitável contribuição à efetividade jurisdicional dos direitos e interesses coletivos fundamentais. O tema, hoje, é ainda incipiente dentre a comunidade jurídica nacional e estrangeira.

Diante do exposto, indaga-se: a proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos, de acordo com a redação encabeçada pela professora Ada Pellegrini Grinover, é instrumento eficaz, útil e apto a fim de conferir maior efetividade ao processo civil?

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivo geral

Analisar se o Código Brasileiro de Processos Coletivos, na redação encabeçada pela professora Ada Pellegrini Grinover, será instrumento eficaz, útil e apto a fim de garantir maior efetividade ao processo civil, com sustentáculo nos princípios constitucionais do processo civil e nas ações coletivas constitucionais do ordenamento jurídico atual.

1.2.2 Objetivos específicos

Conceituar, descrever e discutir os princípios constitucionais norteadores do processo civil comum, relevantes e primordiais ao tema direito processual coletivo.

Identificar, descrever e discutir os modelos das principais ações judiciais constitucionais para tutela de direitos transindividuais existentes no ordenamento jurídico atual, com base na legislação esparsa afeta ao assunto.

Apresentar, verificar e discutir – via análise dos principais dispositivos da proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos, encabeçada pela professora Ada Pellegrini Grinover – as inovações levantadas e se elas apresentam-se como instrumentos aptos a garantir maior efetividade ao processo civil, contribuindo com a adequada prestação jurisdicional.

1.3 JUSTIFICATIVA

O mundo globalizado do século XXI tem demonstrado foco no direito das massas, já que atualmente os fenômenos e criações sociais, tecnológicos, comerciais são realizados para atingir um grupo indiscriminado de pessoas, ou seja, a todos, sem distinções. Grande exemplo deste fato são os contratos de adesão.

Urgindo acompanhar a constante evolução da sociedade, o Direito precisa ser dinâmico, o que torna inadequada a utilização, pelo Poder Judiciário, de leis organizadas com o fito de normatizar direitos individuais puros nos casos de direitos transindividuais. Essa prática traz a sensação e, em muitos casos a certeza, de justiça incompleta, distorcida, que não alcança seu objetivo: formar ordem jurídica justa que atenda aos interesses reais das partes. O modelo de entrega da prestação jurisdicional mostra-se retrógrado, visto que está, em sua manifesta maioria, voltado exclusivamente para o direito privado e individual.

As inovações, hoje percebidas necessárias, já foram cogitadas há algum tempo por estudiosos vanguardistas. A preocupação com a tutela dos direitos das massas surgiu com o movimento mundial para o acesso à justiça, há mais de cinquenta anos, com a chamada segunda onda renovatória do acesso de Mauro Capelletti e Bryant Garth. Tal onda defendia os

direitos não individuais, afinal não é possível pensar em acesso à ordem jurídica justa se não houver meios de proteção eficazes ao meio ambiente, patrimônio histórico, consumidores, dentre outros interesses coletivos carentes de tutela por parte do Estado. No Brasil, nessa época, foram criados instrumentos como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, mas mostraram-se insuficientes no cenário atual.

No ano de 2004 surgiu nos países ibero-americanos o Código Modelo de Processos Coletivos, formulado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, contando com a participação de quatro professores brasileiros. Paralelo a isso, a doutrina de vanguarda nacional já vinha demonstrando que é incabível a tutela dos interesses transindividuais através das regras de Direito Processual Civil comum, posto que estas foram inteiramente influenciadas pelos princípios liberais do individualismo, responsáveis pelas grandes codificações do século XIX. Entretanto, ainda não existem, no Direito brasileiro, regras sistematizadas, padronizadas, unificadas para a proteção dos comentados direitos transindividuais. Conta-se apenas com leis esparsas que regulam, de forma diferenciada para cada caso, o funcionamento de determinadas medidas judiciais a serem adotadas nessas situações. O Código ibero-americano, em meio a esse enredo, passou a ser fonte de inspiração e parâmetro para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro.

Diante da necessidade de aprimoramento das normas de tutela coletiva brasileiras, a professora Ada Pellegrini Grinover, juntamente com alunos de pós-graduação da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, elaborou a primeira versão de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Após breves alterações, o anteprojeto foi levado ao Ministério da Justiça, incorporando várias sugestões em sua redação final.

Inexistir legislação codificada que preveja a adoção de um procedimento similar para todas as ações ditas coletivas pode trazer prejuízos na prestação da tutela jurisdicional do Estado. O desenvolvimento de um anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos é o marco inicial para a mudança do quadro jurídico brasileiro no tocante à coletividade. Faz-se mister, entretanto, investigar se haverá realmente inovação, avanço, fortalecimento, contribuição eficaz e útil para com a legislação de direito processual coletivo. Há que se atentar se viabiliza, verdadeiramente, a melhoria do acesso à justiça, do cumprimento integral dos preceitos constitucionais, da economia processual, enfim, consolidando-se como forma efetiva de aperfeiçoar os serviços judiciários para a sociedade brasileira. Essa busca, constante e cada dia mais atual, pela efetividade do processo já fora levantada na terceira onda renovatória do acesso. Ela previa que, para cada tipo de situação, deveria haver um tipo de

processo, ou seja, tutelas diferenciadas, a fim de que se tenha a real efetividade. É exatamente debruçado sobre este aspecto, que o presente estudo pretende analisar se o Código Brasileiro de Processos Coletivos, conforme a redação do anteprojeto de lei, será instrumento para fortalecer a efetividade na prestação jurisdicional do Estado, no âmbito do processo civil.

O interesse pelo tema da pesquisa adveio da identificação com o ramo Direito Processual Civil, aliando-se à prática profissional, pois a acadêmica exerce o cargo de Técnico do Ministério Público, junto ao Ministério Público Estadual, na Comarca de Tubarão/SC, sendo que a defesa dos direitos transindividuais, hoje, incumbe primordialmente ao órgão ministerial citado. Além disso, a atualidade do tema, a função social a que se propõe, e até o próprio desconhecimento acerca da criação do anteprojeto, prenderam a atenção para o desenvolvimento de pesquisa a fim de investigar e difundir o conhecimento nesta área.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método científico determina qual o caminho a ser perseguido na pesquisa. Segundo Leonel e Motta (2007, p. 66), “os métodos de abordagem estão vinculados ao plano geral do trabalho, ao raciocínio que se estabelece como fio condutor na investigação do problema de pesquisa”. Para a elaboração deste trabalho monográfico utilizar-se-á o método dedutivo, que consiste na verificação de questões universais para chegar a uma conclusão específica. Melhor esclarecendo, o ponto de partida será o ordenamento processual civil comum atual, com seus princípios e ações constitucionais para tutela dos direitos transindividuais; e o ponto de chegada será a análise minuciosa do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, na redação encabeçada pela professora Ada Pellegrini Grinover, como instrumento para efetividade daquele processo civil comum hoje existente. Corrobora essa ideia o ensinamento dos já citados Leonel e Motta (2007, p. 67) que “em uma pesquisa científica, muitas vezes o pesquisador estabelece seu raciocínio de forma com que as primeiras considerações acerca do problema sejam consideradas universais ou gerais para, em seguida, analisar o problema de forma específica ou particular”.

A pesquisa a ser desenvolvida nesta monografia será do tipo exploratória, bibliográfica e documental. Segundo Koche (apud LEONEL; MOTTA, 2007, p. 102), a pesquisa exploratória visa proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo, diante da

necessidade de formular problema e hipótese de pesquisa precisos. Para ele, esse tipo de pesquisa tende a colaborar na investigação das características essenciais da variável que se quer estudar. Já a pesquisa bibliográfica é definida por Leonel e Motta (2007, p. 114) como “aquela que se desenvolve tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes: livros, artigos, manuais, enciclopédias, anais, meios eletrônicos [...]”. Para os mesmos autores, a diferença desta para a pesquisa documental, reside no tipo de fonte a utilizar, pois a documental será desenvolvida a partir de fontes primárias, enquanto a bibliográfica utiliza fontes secundárias.

Este estudo acerca do direito processual coletivo será desenvolvido para investigar apenas uma variável, que é a utilidade do Código Brasileiro de Processos Coletivos como instrumento para efetividade do processo civil, possibilitando descobertas e interação com o assunto a uma visão geral, delineando-o como pesquisa exploratória. A coleta de dados partirá da análise, leitura e estudo das teorias, ideias e materiais contidos especialmente nos livros da área e no anteprojeto de lei – documento público – que cria o referido Código, demonstrando a ocorrência das pesquisas bibliográfica e documental.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento do presente trabalho monográfico estrutura-se em três capítulos. O primeiro aborda a discussão acerca de cinco princípios constitucionais do processo civil pela maior relevância e familiaridade com o tema da pesquisa. O princípio do acesso à justiça é o primeiro a ser analisado, seguido dos seus subprincípios da efetividade e duração razoável do processo. A seguir, tem-se o princípio do devido processo legal e o da adequação, o qual pode ser considerado decorrência daquele.

O segundo capítulo, do desenvolvimento, aborda as ações coletivas constitucionais previstas no ordenamento jurídico brasileiro. A ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo são delineados em seus aspectos mais relevantes, quais sejam, conceito, objeto, legitimidade ativa e passiva, competência, sentença e coisa julgada.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos, na redação encabeçada pela professora Ada Pellegrini Grinover. Primeiramente

demonstram-se as propostas inovadoras do anteprojeto no que tange aos princípios adotados e à ação coletiva ativa (conceito, objeto, legitimidade, competência, sentença e coisa julgada). A seguir demonstra-se a efetividade conferida ao processo civil por intermédio do anteprojeto, no que se refere à obediência aos princípios constitucionais do processo civil, analisados no primeiro capítulo, e nas modificações alavancadas para a prática processual.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Atualmente, a ciência jurídica vem se desviando do simples emprego da “letra da lei” na formação de conceitos e regras em geral. Isto se deve, em muito, ao papel desempenhado pelos princípios, posto que estes têm interferido na desenvoltura do Direito brasileiro, a cada dia, com maior profundidade. Desta forma, uma séria análise de tais princípios, tem se mostrado primordial para o progresso de qualquer estudo jurídico. O operador do Direito deixa de ser apenas mero repassador – ou “boca da lei” – e passa a ser autêntico aplicador, organizador, formulador de soluções consoantes com a legislação pátria, mas que se amoldam, de maneira efetiva e única, ao caso concreto.

Princípio, segundo o senso comum, pode ser entendido como base, origem, sustentáculo, fundamento. Os princípios gerais de Direito possuem o formato de diretrizes essenciais para correto exame e interpretação dos dispositivos legais. No processo, eles são aplicados a fim de que se obtenha o melhor comportamento do Estado-juiz na entrega da prestação jurisdicional. Alguns desses princípios servem de suporte para a ciência jurídica em geral; outros, exclusivamente para um determinado ramo do Direito.

Considerando-se a enorme gama de princípios que orientam o Direito, não pairam dúvidas de que os erigidos na Constituição Federal mostram-se de maior relevância, ante ao *status* de lei fundamental do Estado, assumido pela Carta Cidadã¹. Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 57) corroboram a ideia assegurando que “é sobretudo nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Lei Maior a plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo”.

Desta feita, ao ponderar o ramo do processo civil, tal raciocínio não poderia ser diferente. Assim, o processo civil brasileiro é norteado por alguns princípios constitucionais, conforme assevera Bueno (2010a, p. 126):

¹Há autores, como Alvim (2008, p. 28), que entendem haver distinção entre princípio informativo e princípio fundamental do processo civil. Para ele, “os princípios informativos são regras predominantemente técnicas e, pois, desligadas de maior conotação ideológica, sendo, por esta razão, quase que universais. Já os denominados princípios fundamentais do processo são diretrizes nitidamente inspiradas por características políticas, trazendo em si carga ideológica significativa e, por isto, válidas para os sistemas ideologicamente afeiçãoados aos princípios fundamentais que lhes correspondam”. Portanova (2008, p. 19) faz diferenciação semelhante, definindo que existem seis princípios informativos do processo (lógico, econômico, político, jurídico, instrumental e efetivo) e princípios gerais do direito processual, que são aqueles aptos a conformar e amoldar o direito positivo.

os princípios constitucionais do processo civil – que moldam o “modo de ser” do processo –, explicitados fundamentalmente, mas não exclusivamente no artigo 5º da Constituição Federal, prescindem de lei para “existirem juridicamente”. É que referido dispositivo deve ser lido (e interpretado e aplicado) rente ao que dispõem seus dois primeiros parágrafos. De acordo com eles, todos os direitos e garantias lá previstos não exigem nenhuma regra que os implemente concretamente. São, para empregar nomenclatura consagrada na doutrina tradicional “normas de eficácia plena”. São, para empregar nomenclatura que vem sendo cunhada pela doutrina mais recente, “direitos fundamentais”.

Abordagem interessante é feita por Marinoni (2008, p. 50) que acredita serem, muitas vezes, os princípios erroneamente vistos como “válvulas de escape” do ordenamento pátrio, utilizados apenas quando, por si só, as regras não são capazes de resolver os casos concretos, tendo função meramente auxiliadora.

Entretanto, eles não são assim limitados, pois fundamentam normas específicas. Complementam Wambier, Talamini e Almeida (2008, p. 80) que os princípios são normas fundantes do sistema jurídico que imprimem coerência e ordem a um conjunto de elementos. Afirmam ainda que “os princípios jurídicos são também normas jurídicas. Mesmo quando implícitos, não expressos, os princípios jurídicos são obrigatórios, vinculam, impõem deveres, tanto quanto qualquer regra jurídica”.

A análise dos princípios jurídicos é fundamental para embasar qualquer estudo, entretanto, ante a vastidão deles no ordenamento pátrio, é necessário selecionar somente aqueles que se mostram, de fato, mais interessantes e relevantes ao trabalho a ser desenvolvido, apesar da valiosa contribuição que cada um transmite.

Para este estudo, é conveniente discutir os seguintes princípios constitucionais que norteiam o processo civil atual: acesso à justiça, efetividade, duração razoável do processo, devido processo legal e adequação – afinal, são os que estão diretamente relacionados ao tema ora proposto, direito processual coletivo.

2.1 ACESSO À JUSTIÇA

O primeiro princípio a ser analisado trata do escopo fundamental a que se presta o processo: acesso à justiça, previsto essencialmente no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal². Mas, muito antes da previsão surgida no Brasil com a Carta Cidadã, o acesso à

²XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2011c, p. 20).

justiça já era ventilado há mais de cinquenta anos. À época, o célebre estudo desenvolvido pelo italiano Mauro Cappelletti e pelo americano Bryant Garth deu origem às conhecidas “três ondas de acesso à justiça” ou “ondas renovatórias do acesso”, visando à garantia do verdadeiro acesso à ordem jurídica justa a todos e à efetividade processual.

Sucintamente, pode-se dizer que a primeira onda visa facilitar à população hipossuficiente condições de acesso à justiça; a segunda, reflete acerca da tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos; e a terceira e última onda mostra a união entre as duas primeiras, buscando a criação de mecanismos que permitam flexibilizar a atuação jurisdicional, através de um processo adequado, bem como otimizar caminhos extrajudiciais para a solução de conflitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

Considerada sustentáculo primordial do Direito, esta acessibilidade à justiça é princípio de porte altamente elevado. E, diante dessa magnitude, conforme ensinam Cappelletti e Garth (1988, p. 8),

a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal qual como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo (grifo dos autores).

Prosseguem, ainda, afirmando que para efetivar o acesso à justiça, os juristas devem reconhecer as constantes mudanças e evoluções da sociedade civil, a fim de bem acompanhá-las, afinal,

eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar 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. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Hodiernamente, diversos processualistas brasileiros comentam o princípio analisado, inclusive baseando-se na consagrada obra sobredita. Um deles é Bueno (2010a, p. 134) que, ao comentar sobre o dispositivo constitucional escopo do acesso à justiça, afirma ser útil para que qualquer forma de pretensão, ou seja, afirmação de direito possa ser levada ao Poder Judiciário e solucionada. Completa, ainda, tal autor que

uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta mesmo que seja negativa no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isto, uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber se há, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 39) e Portanova (2008, p. 112) são unânimes em afirmar que o princípio do acesso à justiça ventila muito além do mero acesso ao Poder Judiciário e ao processo; significa acima de tudo “acesso a uma ordem jurídica justa” ou efetividade de direitos sociais. Ainda, Watanabe (apud PORTANOVA, 2008, p. 114) reforça tal posicionamento ao acrescentar que “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à *ordem jurídica justa*” (grifo do autor). Já Marinoni (2008, p. 186) destoa deste pensamento ao sustentar que acesso à justiça é a busca pelo Estado-juiz, porque “a realização do direito de acesso à justiça é indispensável à própria configuração de Estado, vez que não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário”.

Nery Junior (2009, p. 172) ainda lembra que, além de o princípio em comento³ garantir o direito ao processo justo, deve garantir que todos obtenham do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto, a qual deve ser concedida independente da existência de lei autorizadora para tal. Pode-se citar, como exemplo, a situação de um jurisdicionado que necessita de tutela urgente, preenche os requisitos legais, mas há lei que proíbe a tutela cautelar; o juiz deve, mesmo assim, conceder a referida tutela urgente, pois é a medida adequada ao caso⁴.

³Outras considerações interessantes e não menos importantes acerca do princípio do acesso à justiça são realizadas por Portanova, Marinoni, Nery Junior e Bueno, conforme verifica-se a seguir.

Portanova (2008, p. 113) argumenta: “erige-se o acesso à justiça como princípio informativo da ação e da defesa, na perspectiva de colocar o Poder Judiciário como local onde todos os cidadãos podem fazer valer seus direitos individuais e sociais”. E Marinoni (2008, p. 308) lembra que o acesso à justiça é imperativo tanto para o sujeito ativo quanto para o passivo da relação jurídica processual, pois “a questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da idéia de que os obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito de usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade”.

Segundo Nery Junior (2009, p. 171), o acesso à justiça serve para postular tutela jurisdicional preventiva ou mesmo reparatória de um direito. Bueno (2010a, p. 135) explica tais tipos de tutela da seguinte forma: “uma delas voltada à reparação de lesões ocorridas no passado, uma proposta retrospectiva da função jurisdicional, e outra, voltada para o futuro, uma visão prospectiva do processo, destinada a evitar a consumação de quaisquer lesões a direito, é dizer a emissão de uma forma de proteção jurisdicional [...] que imunize quaisquer ameaças, independentemente de elas converterem-se em lesões”.

⁴Neste sentido colaciona-se precedente jurisprudencial que abarca caso de ação cautelar de exibição de documentos julgada procedente mesmo ante a inexistência de comprovação de prévio requerimento administrativo para apresentação dos documentos pela ré, pois essa era a medida adequada ao caso a fim de garantir o acesso à justiça. Veja-se a ementa:

“E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – PRESCINDIBILIDADE – PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO. Por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da

É de suma importância verificar que o acesso à justiça não se limita a permitir que apenas um sujeito busque, no Poder Judiciário, a proteção de um direito individual. Permite-se que entidades associativas, representativas e institucionais pleiteiem, em juízo, de forma ampla, direitos da coletividade em geral, como já havia sugerido a segunda onda renovatória. A Constituição Federal permite que o processo civil, tradicionalmente privado, abarque situações de direitos coletivos⁵, públicos (BUENO, 2010a, p. 136). O ordenamento jurídico brasileiro contempla algumas ações exclusivas para a proteção desses direitos coletivos, como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo. A expressiva utilização dessas demandas, bem como a necessidade de avançar no tratamento processual

Constituição Federal, a inexistência de requerimento administrativo pleiteando a apresentação dos contratos celebrados entre as partes não retira da parte o interesse de acionar o Poder Judiciário”.

E ainda do interior do acórdão extrai-se, inclusive, as citadas considerações de Nery Junior:

“A irresignação do apelante não merece guarida, porquanto a Constituição Federal assegura como garantia fundamental dos cidadãos a inafastabilidade do controle jurisdicional, quando, em seu artigo 5º, inciso XXXV, reza que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.

Discorrendo sobre essa garantia, Nelson Nery Junior assevera: ‘Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quanto a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente’.[...]

Como se depreende do excerto acima, presentes as condições da ação, que são a legitimidade das partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido, tem a parte o direito de receber do Estado-juiz um provimento acerca do mérito de sua pretensão.

No caso sub judice, o apelante afirma faltar ao apelado interesse processual, porque não se negou a fornecer-lhe, administrativamente, os extratos de sua conta de poupança.[...]

Portanto, evidente o interesse processual do apelado no manejo desta ação, não há como acolher a tese deste apelo” [...] (MATO GROSSO DO SUL, 2010).

⁵Nesse diapasão, cita-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tratando de ação civil pública promovida pelo Ministério Público para tutelar direito coletivo violado em razão de imposição de cláusula contratual abusiva a todos os adquirentes de terras em determinado loteamento. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPUGNAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE IMPÕE O PAGAMENTO DA TAXA DE CONSERVAÇÃO AOS ADQUIRENTES DE PARCELAS EM LOTEAMENTOS. CONFIGURAÇÃO.

1. No presente caso, pelo objeto litigioso deduzido pelo Ministério Público (causa de pedir e pedido), o que se tem é o pedido de tutela contra exigência dirigida globalmente a todos os adquirentes de parcelas de um loteamento: a declaração da nulidade de cláusula contratual que impõe o pagamento da taxa de conservação aos adquirentes de parcelas nos loteamentos Terras de Santa Cristina - Glebas II e III, implantados na forma da Lei n. 6.766/79 e situados na cidade de Itaí, no Estado de São Paulo, bem como a condenação da ora recorrida à não inserção da referida cláusula nos contratos futuros. Não se buscou reparação da repercussão dessa exigência na esfera jurídica particular de cada um dos adquirentes (devolução da cobrança indevidamente cobradas), hipótese em que haveria tutela de interesses individuais homogêneos.

2. Atua o Ministério Público, no caso concreto, em defesa do direito indivisível de um grupo de pessoas determináveis, ligadas por uma relação jurídica base com a parte contrária, circunstâncias caracterizadoras do interesse coletivo a que se refere o art. 81, parágrafo único, II, da Lei n. 8.078/90. E o art. 129, inc. III, CR/88 é expresso ao conferir ao Parquet a função institucional de promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos.

3. É patente, pois, a legitimidade ministerial em razão da proteção contra eventual lesão ao interesse coletivo dos adquirentes de parcelas de loteamento.

4. Recurso especial provido”. (BRASIL, 2010h - grifo nosso).

dado a elas é de suma importância para abalizar a sistematização de suas regras, por intermédio, por exemplo, de um Código de Processos Coletivos.

Compartilham da mesma ideia os autores Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 39), para quem o efetivo acesso à justiça torna indispensável que o maior número possível de pessoas seja autorizado a demandar e defender-se de maneira adequada, sendo condenável qualquer restrição quanto a algumas causas, sejam, por exemplo, relativas a valores ou interesses difusos. Ajuntou-se a eles Nery Junior (2009, p. 172) afirmando que

o direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Com isso, tanto o titular do direito individual, quanto o do direito meta-individual (difuso, coletivo ou individual homogêneo) tem o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.

Apesar de a Constituição Federal permitir que o processo civil, eminentemente privado, abarque situações de direitos coletivos, o verdadeiro e efetivo acesso à justiça pode mostrar-se um tanto comprometido em virtude da inadequação dos procedimentos e tutelas. Ver-se-á no decorrer deste estudo que, para o processo coletivo, parece necessário haver adaptações e ajustes a fim de melhor atender aos propósitos dessas situações especiais, tornando-o eficaz.

2.1.1 Efetividade

A efetividade do processo está diretamente relacionada à capacidade de converter o litígio judicial em uma solução que satisfaça, com excelência, o direito material da parte que o sustenta. Deste norte, é inegável a forte conexão entre o acesso à justiça e a efetividade processual, visto que para o processo realmente atingir a sua finalidade precípua, deve visar ao ideal maior de justiça. Se o processo não for efetivo, garantidor do direito que a parte ostenta, não haverá o verdadeiro acesso à justiça. Em síntese: somente haverá acesso à justiça se houver efetividade nas decisões judiciais.

O princípio da efetividade é, também, corolário da locução contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, já citado quando da análise do princípio do acesso à justiça (BUENOa, 2010, p. 180).

Para a doutrina contemporânea, o princípio da efetividade é também chamado de princípio da máxima coincidência possível, que para Didier Junior (2009, p. 40),

trata-se de velha máxima chiovendiana, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional. O processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material.

Segundo Bueno (2010a, p. 181) “o princípio da efetividade do processo volta-se mais especificamente aos resultados práticos deste reconhecimento do direito, na exata medida em que ele o seja, isto é, aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo”. Esclarece ainda que este princípio demonstra que o processo civil

[...] deve gerar resultados práticos e concretos para aqueles que procuram o Estado-juiz para resolução de seus conflitos de interesses. Quem convence o Estado-juiz de que tem razão de levar as conseqüências práticas e reais desta sua razão, deste seu convencimento para casa e ir em paz, feliz, satisfeito e o mais rápido possível.

Na mesma linha de interpretação, vem a ideia de Wambier, Talamini e Almeida (2008, p. 82), pois para eles “os mecanismos processuais [...] devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão”. Deste modo, ao mencionar que as decisões devem ser tempestivas, lembra-se do princípio da duração razoável do processo, exposto no tópico seguinte.

Consoante expõem Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 40), algumas medidas devem ser tomadas para atingir a efetividade jurisdicional:

para a efetividade do processo, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos) [...]; e, de outro, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final.

Neste contexto, Wambier, Talamini e Almeida (2008, p. 82) defendem que, para a plena consecução do princípio em comento, é indispensável que o Estado preste assistência jurídica integral e gratuita aos menos favorecidos, fornecendo advogados preparados e comprometidos.

Existem, no Direito contemporâneo, diversos instrumentos úteis para assegurar a efetividade do processo, servindo de apoio a todos os juristas. Citam-se exemplos: o uso adequado das medidas cautelares, a prisão do devedor de alimentos e a aplicação de multa diária para descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2010, p. 41)⁶.

⁶Em contexto semelhante, verifica-se a ementa das seguintes jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, que inclusive especulam acerca da aplicação dos instrumentos em comento para garantir a efetividade do processo:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS.

Dinamarco (apud BUENO, 2010a, p. 184) resume com maestria o alcance do princípio da efetividade ao expor que:

a força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais (grifo do autor).

Diferente dos demais autores aqui estudados, Portanova (2008, p. 54) trata o princípio da efetividade como sinônimo de supremacia do interesse social no processo, de forma a considerá-lo um meio de reorganizar o Estado frente aos indivíduos. Considera que a demanda judicial não pode ser individualista e que o Estado precisa aumentar suas tarefas sociais, visando ao bem comum, à redistribuição de riquezas e ao interesse social, da coletividade.

Acerca da interferência do princípio da efetividade no direito processual coletivo, o posicionamento de Bueno (2010a, p. 183), de elogiável clareza, fez conveniente a transcrição:

o princípio da efetividade do processo também deve ser entendido no sentido de que o processo civil brasileiro, tal qual moldado pela Constituição Federal, tem inegável vocação para o chamado “processo civil coletivo”. [...] Por ora, faz-se suficiente o destaque de que a expectativa de um processo efetivo deve ser entendido amplamente no sentido de realização concreta dos direitos individuais ou subjetivados e coletivos, isto é, aqueles direitos ou interesses que não guardem, necessariamente, pertinência subjetiva. É por intermédio do processo civil que se tutelam jurisdicionalmente os chamados interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O Poder Judiciário é integrante da Administração Pública, submete-se, portanto, aos princípios administrativos. Deste norte, pode-se considerar que a efetividade processual é,

1. A concessão da ordem de habeas corpus depende da demonstração de que a ordem judicial seja ilegal, hipótese presente quando o alimentante tenha demonstrado a impossibilidade de prestar alimentos, o que se dá quando efetivamente comprovado que os valores mensais cobrados são, em média, superiores aos vencimentos percebidos pelo devedor.

2. A prisão por alimentos visa garantir o cumprimento da obrigação pelo devedor, pois o temor do cárcere constitui um meio de persuasão. Todavia, quando não pode o devedor saldar a dívida, tal coação acaba por constituir um fim em si mesma, não trazendo resultados úteis ao processo executivo.

3. Recurso ordinário provido”. (BRASIL, 2009c - grifo nosso).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO QUANTO À FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA O DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 557, § 2º DO CPC.

1. Súmula 83/STJ. Descumprimento de obrigação de fazer. Multa diária. Possibilidade: o Tribunal a quo está alinhado à jurisprudência deste STJ e deu correta aplicação ao disposto no artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, o qual autoriza o juiz, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, impor multa diária ao réu.

2. Agravo regimental a que se nega provimento”.(BRASIL, 2009b - grifo nosso).

também, uma decorrência do princípio da eficiência⁷ da Administração Pública, insculpido no artigo 37 *caput* da Constituição Federal⁸. A relação da efetividade processual com a eficiência da prestação jurisdicional é evidente, pois o processo presta-se à proclamação da justiça. E processo efetivo é também processo justo; a justiça processual demonstra a eficiência de um completo serviço judiciário. Pode-se acrescentar ainda que, ao utilizar a inovadora posição, já mencionada, do autor Rui Portanova, a efetividade também pode ser idealizada de forma mais abrangente, de acordo com a justiça social, tendo em vista que o mundo contemporâneo gira em torno de uma sociedade massificada.

2.1.2 Duração razoável do processo

A magnitude do princípio do acesso à justiça ainda exige que o processo seja tempestivo, ou seja, tenha uma duração razoável, compatível com os atos a serem desenvolvidos e com a complexidade da causa. Dessa forma, pode-se entender que a duração razoável do processo é, também, decorrência do princípio maior do acesso à justiça. É como enuncia a célebre frase de Rui Barbosa: “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

O princípio em comento, que é também conhecido como celeridade, está previsto expressamente na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXVIII⁹. Ao estudá-lo, percebe-se que semelhante é o entendimento de Bueno (2010a, p. 175) e Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 79), pois definem que tal princípio preleciona que a atividade jurisdicional deve sempre ser prestada para produzir o máximo de resultados na atuação do direito com o mínimo de esforços, de atividade processual.

Já Didier Junior (2011, p. 62), deduz que este princípio está preconizado no artigo 8º, inciso I do Pacto de San José da Costa Rica¹⁰, promulgado e incorporado ao ordenamento

⁷Neste sentido, manifesta-se Salles (2009, p. 59).

⁸Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte” [...] (BRASIL, 2011c, p. 32).

⁹LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2011c, p. 22).

¹⁰“Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 62).

jurídico brasileiro por meio do decreto 678/1992, entretanto, para ele, não é possível dar azo apenas à celeridade sem que se atentem às garantias levantadas no próprio texto legal citado. Em outras palavras: é mister entender-se que essas cauções (contraditório, produção de provas, recursos) até podem atrapalhar a celeridade, mas são garantias que jamais poderão ser desconsideradas. É necessária ao aplicador do Direito atenção para encontrar um método que concilie, de forma efetiva, a rapidez do processo com os atos processuais obrigatórios, o que a uma visão perfunctória, pode parecer assimétrico.

Nery Junior (2009, p. 314) ensina que a duração razoável do processo possui dupla função, pois

de um lado, respeita ao *tempo do processo* em sentido estrito, vale dizer, considerando-se a duração que o processo tem desde o seu início até o final com o trânsito em julgado judicial ou administrativo, e, de outro, tem a ver com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, de sorte a aliviar a carga de trabalho da justiça ordinária, o que, sem dúvida, viria a contribuir para abreviar a duração média do processo.

O tempo do processo possui um valor imensurável na solução dos litígios judiciais, porquanto é fácil perceber que um autor com razão é manifestamente prejudicado com a demora do Poder Judiciário e, na mesma proporção, um réu sem razão é bastante beneficiado. São valores inversamente proporcionais. (MARINONI, 2008, p. 188).

No mesmo norte, está a posição de Didier Junior (2011, p. 65) para quem o processo não deve ser rápido ou célere, mas sim deve demorar o tempo necessário e adequado para solucionar o caso em análise, afinal

bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sintam saudade deles¹¹.

Existem alguns tipos de ações que não permitem a espera do chamado “tempo normal da justiça”, pois a duração do processo acaba inutilizando-as, transformando em mero direito à indenização. É o caso dos direitos da personalidade ou direito ao meio ambiente, por exemplo¹². A efetividade dos direitos fundamentais é altamente prejudicada pela morosidade

¹¹Seguem a mesma linha de raciocínio: Bueno (2010a, p. 180), Nery Junior (2009, p. 318) e Portanova (2008, p. 173).

¹²Corroborando esta ideia, encontra-se a seguinte ementa de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dando conta de que a tutela antecipada deferida nos autos foi medida acertada, a fim de evitar que a duração razoável do processo causasse dano ambiental irreparável:

da justiça (MARINONI, 2008, p. 188). Percebe-se, assim, que a duração razoável do processo deve ser analisada caso a caso, a fim de atingir o verdadeiro acesso à justiça, observando todos os preceitos de um devido processo legal. Complementa-se com Didier Junior (2011, p. 64) para quem “processo devido é, pois, processo com duração razoável”.

Moreira (2000, p. 141) enfrenta a demora processual, demonstrando que existem quatro mitos por detrás dessa questão: rapidez acima de tudo, fórmula mágica, supervalorização de modelos estrangeiros e onipotência da norma. Tais mitos significam que colocar a rapidez em alto pedestal não gera benefício aos litigantes, afinal quanto mais ordinário e lento for um processo, maior será a segurança jurídica e vice-versa. Não existe fórmula mágica para combater a excessiva demora no processo, há uma conjugação de diversos fatores que contribuem para tal. A celeridade não está presente em todos os modelos estrangeiros, pelo contrário, há diversos países como Japão e Inglaterra que sofrem do mal da morosidade judiciária. A lei não é capaz de, sozinha, transformar o processo, inundando-o de celeridade, portanto, não há necessidade de modificar constantemente os artigos legais. E finaliza: “o que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço” (grifo do autor).

Há diversas tentativas inconformadas para justificar a demora processual que assola o Judiciário brasileiro. Portanova (2008, p. 171) entende que o problema está na administração do Estado e do Judiciário, afinal “o Estado é tímido em promover a melhor

“REINTEGRAÇÃO DE POSSE E OBRIGAÇÃO DE FAZER - DANO AMBIENTAL - BENS PÚBLICOS - LIMINAR PARCIALMENTE CONCEDIDA, DETERMINANDO A JUÍZA A QUO A RETIRADA DAS PLANTAÇÕES QUE SE ENCONTRAM NAS ÁREAS QUESTIONADAS, INDEFERINDO A IMEDIATA REINTEGRAÇÃO NA POSSE DA ÁREA PELA FAZENDA, BEM COMO A DESOCUPAÇÃO E DEMOLIÇÃO DE EDIFICAÇÕES QUE EXISTEM NO LOCAL - MANUTENÇÃO DA DECISÃO - NECESSIDADE DA RETIRADA DA PLANTAÇÃO, EM RAZÃO DO RISCO DE LESÃO IRREPARÁVEL CASO TAL MEDIDA NÃO FOSSE IMEDIATAMENTE TOMADA, CONSIDERADA A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO - INVIABILIDADE, NESTE MOMENTO PROCESSUAL, DA REINTEGRAÇÃO DA POSSE”.

E do interior do acórdão extrai-se:

“Com efeito, considerando os pedidos formulados liminarmente na inicial da ação de reintegração de posse e os bens jurídicos envolvidos, acertada foi a decisão ora impugnada, que deferindo parcialmente a tutela antecipada postulada, determinou a retirada da plantação de bananas existente na área *sub judice*, no prazo de quinze dias, sob pena de multa diária, ponderando “*que a razoável duração do processo pode causar dano irreparável ou de difícil reparação ao meio ambiente já degradado*” (fls. 94).

Veja-se que não se trata, neste momento de cognição sumária, da questão da ocupação da área em tela ser embasada em título de posse ou mera detenção, e na possibilidade e viabilidade de se resguardar tais direitos, ou de ser cabível a liminar reintegração da Fazenda na posse da área.

O que objetiva a d. Magistrada a *quo* é a possibilidade de que os réus exerçam plenamente as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a fim de evitar, também, nulidades processuais, observada a natureza da lide e os elementos existentes nos autos, valendo apontar que foram tomadas as medidas cabíveis para a proteção imediata do meio ambiente lesado, até o final julgamento da ação” (SÃO PAULO, 2010a – grifo do autor).

distribuição da riqueza nacional com vistas a diminuir os conflitos sociais. Já o Judiciário é tímido em promover a criação de cargos de juízes em proporcionalidade razoável ao número de feitos que ocorrem à Justiça”. Deve haver uma equação diretamente proporcional entre a quantidade de conflitos sociais acometidos ao Poder Judiciário e juízes exercendo suas funções.

Ao discorrer sobre o princípio da duração razoável do processo e relacioná-lo ao magno princípio do acesso à justiça, Theodoro Junior (2009b, p. 93) questiona a responsabilidade do Estado em fazer o processo tramitar em tempo razoável, afinal

não se escusa o Estado invocando o volume excessivo de demandas, já que se acha constitucionalmente obrigado a aparelhar o serviço público de modo a cumprir, e fazer cumprir, todos os direitos fundamentais, inclusive o de garantir o acesso à justiça, dentro dos parâmetros do devido processo legal. Afastar-se dos parâmetros formais e temporais do devido processo legal corresponde a negar vigência às garantias fundamentais dos incisos XXXV e LIV da CF. Equivale, ainda, a violar o dever fundamental de prestar os serviços públicos segundo a legalidade e de maneira eficiente (CF, art. 37, caput).

A responsabilidade pela demora do processo é tema extenso e polêmico. Marinoni (2008, p. 190) mostra posição controversa à apresentada por Bueno (2010a, p. 179) e Nery Junior (2009, p. 318), ao designar que a responsabilidade pela lentidão está relacionada com a ideologia do Poder Judiciário¹³.

A aferição do que é um processo com duração razoável deve levar em conta alguns critérios objetivos, que para Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 93) e para Nery Junior (2009, p. 315) são três: a complexidade da causa, o comportamento dos litigantes e a atuação das autoridades judiciárias e/ou administrativas competentes.

Acerca do comportamento adotado pelos litigantes, defende o italiano Carnelutti (2006, p. 39) que as partes possuem sua parcela de responsabilidade na demora processual, afinal o autor da ação normalmente deseja que o andamento seja o mais rápido possível, mas a parte adversa tem exatamente o interesse contrário. Dessa forma, cada um deles procura os mais diversos meios de comprovar sua razão, o que acaba atrasando a duração razoável do processo. Segundo o autor, “nenhum deles se resigna em deixar ao outro a última palavra. [...] Assim, o processo se arrasta no meio de um emaranhado de dificuldades que retardam sua

¹³Para Marinoni (2008, p. 190) a lentidão processual é fruto de vários interesses, sendo mera ingenuidade atribuir responsabilidade aos juízes. Diz que a demora passa por uma dimensão mais profunda, ou seja, pela ideologia que permite ao Poder Judiciário ser intuitivo, pois “nenhuma ‘justiça’ é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da ‘forma’ que os detentores do poder a desejarem, e, portanto, para alguns, sempre ‘boa’ e ‘efetiva’”. Já Bueno (2010a, p. 179) e Nery Junior (2009, p. 318) designam que o princípio da duração razoável do processo deve ser interpretado por uma série de quesitos, dentre os quais a questão da estrutura do Poder Judiciário, seja na parte administrativa, material, física e humana, capacitando melhor os juízes e servidores em geral. Ou seja: entende-se que para estes dois últimos autores, diferente do primeiro, há responsabilidade também por parte dos juízes na questão da demora do processo.

marcha, agravam o custo e, muitas vezes, comprometem seu resultado”. E finaliza afirmando que muitos cidadãos costumam criticar o Poder Judiciário pela lentidão, culpando sempre “os outros”, esquecendo que diversas vezes quem dá azo à demora são justamente os envolvidos no litígio.

Já Portanova (2008, p. 171) menciona que o próprio legislador, muitas vezes, cria prazos não compatíveis com a realidade processual, citando como exemplo o tempo para conclusão de todos os atos do procedimento sumaríssimo, que é de noventa dias, prazo este que qualifica como “nunca exequível”. Outro prazo que é notoriamente impossível de ser cumprido atualmente, diante do excessivo acúmulo de demandas destinadas a julgamento por um único juiz, é o previsto no artigo 456 do Código de Processo Civil¹⁴.

A questão da brevidade processual é tema trazido à baila pelos estudiosos há várias épocas, pois conforme já se verificava nas palavras de Araújo (1982, p. 65, apud PORTANOVA, 2008, p. 174), trata-se de “problema dos mais delicados e que deve merecer a mais profunda meditação por parte dos processualistas, pois nem sempre a melhor justiça corresponde à rapidez nos julgamentos”.

Bueno (2010a, p. 177) prevê que a economia da atividade jurisdicional, visando ao aceleração dos processos em trâmite, pode se dar mediante uma possível reforma no processo civil, de modo a reduzir o número de atos processuais ou até mesmo diminuir o número de demandas, reunindo-as em uma única, solucionando diversos conflitos em uma mesma ação. A necessidade premente é de racionalizar e otimizar o serviço judiciário.

Daí surge a importância de se discutir um direito processual mais abrangente e que busque atender às exigências de uma sociedade de massas. Trata-se do direito processual coletivo o qual imprime a ideia de justamente aperfeiçoar o serviço judiciário, através da unificação de diversas demandas similares em única ação. Isso provocaria uma reação em cadeia, porque quanto menos ações idênticas forem protocolizadas, menos processos serão recebidos nos cartórios e, assim, servidores e juízes estarão disponíveis para trabalhar com um número razoável de processos, reproduzindo qualidade, eficiência e rapidez (observadas todas as garantias processuais) no desempenho do serviço judicial. É uma forma de configurar o acesso à justiça por meio da duração razoável do processo.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

¹⁴Art. 456. Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias (BRASIL, 2011b, p. 387).

O abrangente princípio do devido processo legal é considerado a base ou “norma-mãe” que sustenta a regularidade formal, procedimental e material de todo o caminho a ser perseguido pelo processo. A ele estão vinculados diversos outros princípios previstos na Constituição Federal e em leis esparsas.

Segundo Portanova (2008, p. 145), o devido processo legal é uma garantia que assegura ao cidadão exercer o direito de acesso ao Poder Judiciário, bem como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas. Complementa Theodoro Junior (2009a, p. 24) que o princípio em questão garante que o processo siga a regularidade formal, acompanhado do objetivo maior de lapidar-se de forma a realizar o melhor resultado concreto, a par das questões de direito material. Pondera ainda que há um comprometimento com o justo, com a correção, com a efetividade e com a presteza da função jurisdicional, o que o torna um “superprincípio”, que coordena e delimita todos os demais princípios que informam tanto o processo quanto o procedimento. Citam-se como ditames do princípio do devido processo legal os incisos XXXV (já citado como norteador do princípio do acesso à justiça), LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal¹⁵.

Questão secundária, mas interessante, é a discussão levantada pela doutrina brasileira acerca do literal significado da expressão devido processo legal¹⁶.

E nesta linha de raciocínio, Wambier, Talamini e Almeida (2008, p. 82) conceituam devido processo legal como “o processo cujo procedimento e cujas conseqüências tenham sido previstas em lei e que estejam em sintonia com os valores constitucionais. Exige-se um processo razoável à luz dos direitos e garantias fundamentais”.

Já Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 88) definem o devido processo legal como o “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”.

Portanova (2008, p. 147) faz um retrospecto do princípio analisado:

o princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido

¹⁵LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 2011c, p. 20).

¹⁶Didier Junior (2011, p. 45) atenta para a inteligência correta da locução devido processo legal, lembrando que se trata de tradução da expressão inglesa “*due process of law*”. *Law* significa Direito e não lei, o que demonstra que o processo deve estar em consonância com todo o Direito e não apenas com a letra da lei. Entretanto, Bueno (2010a, p. 139) discorda deste entendimento ao explicar que “no lugar de um devido processo legal, que daria ensejo a ser destacado o papel da lei na conformação da atuação do Estado, tem-se dado preferência a devido processo constitucional, para enfatizar que a pauta de reflexão sobre o direito, em um modelo de Estado como o brasileiro, tem que partir da Constituição e não da lei”.

quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.

Complementam tal retrospectiva as palavras de Nery Junior (2009, p. 81), ao lembrar que “o conceito de ‘devido processo’ foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão”. Didier Junior (2011, p. 48) resume em uma única frase a inevitável evolução do princípio em análise: “a construção do processo devido é obra eternamente em progresso”.

Bueno (2010a, p. 137) justifica a existência do devido processo legal:

o processo deve ser devido porque, em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de uma específica forma, de acordo com regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, de *participação*. O princípio do devido processo legal, neste contexto, deve ser entendido como o princípio regente da atuação do Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente (grifo do autor).

O princípio em comento tem função integrativa de princípios, pois cria elementos para a promoção do ideal de protetividade de direitos, de forma a integrar um sistema jurídico que se apresente lacunoso; dele se podem extrair diversos outros, bem como direitos fundamentais. (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 48)¹⁷.

Há diversos princípios processuais constitucionais que se mostram vinculados ao princípio do devido processo legal, pois são ou decorrência ou mesmo concretização dele. Didier Junior (2011, p. 47), Nery Junior (2009, p. 77) e Theodoro Junior (2009a, p. 24) citam em comum os seguintes: contraditório, proibição de provas ilícitas, juiz natural, motivação das decisões judiciais e acesso à justiça. A este motivo deve-se o fato de Bueno (2010a, p.

¹⁷Neste norte encontra-se posição da Corte Catarinense que afirma serem os princípios do contraditório e ampla defesa corolários do magno princípio do devido processo legal, demonstrando nitidamente a função integrativa assumida por este último. Veja-se:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA PROPOSTA ORIGINALMENTE PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL - DECISÃO DE REMESSA AO JUÍZO ESTADUAL - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO - NULIDADE ABSOLUTA DECRETADA - APELO PROVIDO”.

Do interior do acórdão:

“Em havendo nítida afronta ao contraditório pleno e ampla defesa, corolários do devido processo legal e, a fim de restaurar o equilíbrio entre os litigantes, a decretação da nulidade do processo é medida que se impõe, porquanto está eivada de nulidade irreversível e insanável. [...] O fato refoge ao direito processual e encontra ressonância no princípio constitucionalmente consagrado do devido processo legal, fundamento teórico do processo civil brasileiro, garantidor da ampla defesa e do contraditório pleno, com previsão no art. 5º, incisos LIV e LV. [...] Em que pese a ampla discussão doutrinária acerca do alcance do princípio do “devido processo legal”, houve, *in casu*, desrespeito claro e indubitável tanto do contraditório como da ampla defesa, uma vez que a matéria, objeto da decisão de fl. 22, somente poderia ser reexaminada pelo órgão de jurisdição federal”. [...] (SANTA CATARINA, 2006).

137) lembrar que alguns doutrinadores definem o devido processo legal como “princípio-síntese” ou “princípio de encerramento” de todos os valores para a promoção de um processo justo e adequado. Ainda Nery Junior (2009, p. 77) define-o como “gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”.

O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia da efetividade dos direitos fundamentais. (THEODORO JUNIOR, 2009a, p. 25).

Nery Junior (2009, p. 77) e Wambier, Talamini e Almeida (2008, p. 81) asseveram que o devido processo legal é a base que sustenta todo o sistema processual. Theodoro Junior (2009a, p. 23) reforça tal pensamento, afirmando que são “os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes”.

Qualquer consequência processual, seja relacionada à liberdade pessoal ou a seu patrimônio, que qualquer das partes venha a sofrer, deve ser fruto de uma decisão judicial prolatada em processo que haja tramitado sob a guarda de previsão legal e das garantias constitucionais (WAMBIER, TALAMINI E ALMEIDA, 2008, p. 82).

Desse modo, segundo Theodoro Junior (2009a, p. 24), integram a garantia de um processo justo não somente os aspectos formais e procedimentais, mas sim a exigência de que o juiz não seja apenas “boca da lei”, repetindo a letra da lei em suas sentenças. É indispensável que haja uma integração, de modo a atualizar e adequar a norma aos fatos, tornando o processo verdadeiro “instrumento de justiça”.

Bueno (2010a, p. 136) interliga a importância do princípio do acesso à justiça ao devido processo legal, nos seguintes termos:

se o princípio do “acesso à justiça” representa, fundamentalmente, a idéia de que o Judiciário está aberto, desde o plano constitucional, a quaisquer situações de “ameaças ou lesões a direito”, o princípio do “devido processo legal” volta-se, basicamente, a indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do *processo*, isto é, o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito, deve se dar (grifo do autor).

Pode-se interligar, também, devido processo legal com efetividade, conforme raciocínio de Didier Junior (2011, p. 73), para quem “[...] os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é processo efetivo”. Na mesma sorte está a posição de Bueno (2010a, p. 181) ao dizer que “o ‘justo’ e o ‘devido’ [processo], com efeito, vão além do reconhecimento jurisdicionalmente do direito”.

Conclui Portanova (2008, p. 147) que “com estas características, o princípio do devido processo justifica-se como verdadeiro princípio informativo de todos os princípios ligados ao processo e procedimento”. E complementa Theodoro Junior (2009a, p. 26):

o processo justo, em que se transformou o antigo devido processo legal, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade (grifo do autor).

O devido processo legal convive em perfeita harmonia com os demais princípios discutidos neste capítulo, haja vista serem uns corolários dos outros. A demanda judicial para ser devida e, acima de tudo, justa, necessita da observância dos diversos postulados constitucionais que garantem os direitos primordiais do cidadão brasileiro. E, para atingir com excelência e de forma eminentemente devida tais garantias, parece essencial que as demandas coletivas possuam rito e procedimentos próprios.

2.2.1 Adequação

O princípio da adequação, mencionado por alguns poucos autores, não é previsto expressamente na Constituição Federal, mas, segundo eles, encontra-se de forma implícita no referido diploma legal. Entretanto, apesar de este capítulo dar azo ao estudo apenas dos princípios constitucionais do processo civil, é interessante fazer menção à adequação procedimental, tendo em vista o tema direito processual coletivo. Além disso, pode-se entender que adequação é decorrência do próprio princípio do devido processo legal, pois para que a demanda judicial percorra o seu caminho ideal, é necessário, também, observar que se adequem os procedimentos.

Ao definir a abrangência do princípio da adequação, Didier Junior (2011, p. 75) afirma que o juiz pode adaptar o procedimento às peculiaridades da causa e que

o titular do direito, para obter aquilo que realmente tem direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional.

Lacerda (apud DIDIER JUNIOR, 2011, p. 75) diz que o princípio em comento justifica a existência de uma teoria do processo, pois, para aceitar os conceitos que servem para compreender os fenômenos processuais, é preciso entender que as regras do processo devem se adequar aos objetos de tutela.

Conveniente é citar mais um posicionamento de Didier Junior (2011, p. 75):

inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar este fenômeno (grifo nosso).

Ao discorrer acerca da efetividade processual, Marinoni (2008, p. 218) questiona a existência de um único tipo de procedimento para todas as situações, indo ao encontro do que defende o princípio da adequação. Afirma ainda que

o mito da uniformidade procedimental, ou da idéia da suficiência de um único procedimento para todas as situações de direito substancial, deriva da tentativa de eliminar a influência do direito material sobre o direito processual, especialmente quando se inicia a construção da doutrina processual moderna – de que é exemplo o trabalho de Chiovenda sobre o conceito de ação –, tentando-se isolar a ação e os procedimentos de qualquer vestígio de direito material. [...]
Se a ação se desenvolve para poder chegar ao julgamento do mérito e à tutela jurisdicional do direito – e, portanto, não pode ser vista apenas como ato inaugural do processo –, é óbvio que o seu desenvolvimento é atrelado a um procedimento e, assim, que a sua efetividade também depende da capacidade do procedimento para atender ao direito material.

Neste sentir, o princípio da adequação mostra-se basilar para a defesa do Código Brasileiro de Processos Coletivos, pois não parece oportuna, para reger questões inerentes aos direitos difusos e coletivos, a utilização do Código de Processo Civil comum, essencialmente privado, voltado ao direito individual. Há notória controvérsia na utilização das regras processuais privadas como fonte primária para a tutela de direitos difusos e coletivos.

Para que todos os princípios processuais constitucionais sejam observados nas tutelas coletivas, tem-se a impressão de que é fundamental perceber que esses direitos demandam uma lei especial para atingir a sua finalidade com excelência e efetividade, de modo a proporcionar o devido acesso à justiça. A partir do momento em que se utilizam regras de um ramo em outro, há deficiências pontuais que interferem na adequada prestação jurisdicional, inclusive no que concerne à celeridade¹⁸.

¹⁸A título de comparação e exemplo, verifica-se que o Código de Processo Civil foi criado a partir da clássica tríplice divisão entre processo de conhecimento, execução e cautelar. Hoje, no entanto, com as mudanças legislativas sofridas, forçou-se o sincretismo processual, norte totalmente oposto, considerando-se, por exemplo, que a execução é uma consequência do processo de conhecimento. O diploma citado sofre constantes reformas legislativas que comprometem a sua essência, tornando difícil e complexa a interpretação, pois a lógica dos dispositivos é ferida com essa prática, na tentativa de readequar apenas alguns pontos cruciais, esquecendo-se do cerne da legislação. Essas divergências entre a legislação nova e a alterada, salvo melhor juízo, parecem comprometer a celeridade processual. A partir de problemas práticos como o apontado, torna-se ainda mais perceptível a imperatividade de criar lei própria ao processo coletivo, para que ele não se perca no meio de questões confusas em razão da integração de legislações.

3 AÇÕES COLETIVAS CONSTITUCIONAIS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL

A tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹ tomou proporções consideráveis com o movimento mundial para o acesso à justiça há mais de cinquenta anos, a partir da chamada segunda onda renovatória do acesso de Mauro Capelletti e Bryant Garth, conforme comentário no tópico anterior que analisou o princípio do acesso à justiça.

Atualmente, a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ocorre por meio de leis esparsas que regulam tanto as ações previstas na Constituição Federal de 1988 quanto as ações criadas por meio de leis ordinárias. Tais legislações, apesar de bastante modernas, mostram-se ainda insuficientes para tutelar, com excelência, os direitos massificados, porque estão vinculadas ao direito processual civil comum, eminentemente individual. Além disso, não conseguem abarcar todas as situações vivenciadas pela coletividade. Destarte, entende-se ser necessário realizar uma sistematização dessas leis, unificando-as e criando procedimentos próprios para tutelar os chamados direitos transindividuais.

O tema tem gerado interesse por parte de alguns doutrinadores, como Bueno (2010a, p. 84), que percebe a necessidade de adaptação dos procedimentos judiciais para tutela dos chamados novos direitos, pois

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

¹Como o objetivo deste estudo é eminentemente processual, pensa-se, *data vêniam*, ser desnecessária discussão ampla acerca dos diversos entendimentos sobre a conceituação e diferenciação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Será adotado em todo o estudo o conceito definido pelos incisos do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que é o mesmo adotado por Mazzilli (2009, p. 53). Direitos e interesses serão tratados aqui como sinônimos. Direitos transindividuais serão tratados como gênero, do qual são espécies os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Segue o conceito: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, [...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, [...] os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 2011a, p. 901– grifo nosso).

O Código de Processo Civil mostra-se incompatível com o sistema das ações coletivas no todo, pois aquele trata eminentemente de conflitos individuais e este dos conflitos que afetam grupo, categoria, classe ou mesmo pessoas indeterminadas, como a sociedade em geral. Verifica-se, por conseguinte, com Almeida (2006, p. 2) que, por exemplo, não há como aplicar em sede de ação civil pública o artigo 293 do Código de Processo Civil², pois, tendo em vista a relevância dos interesses protegidos por seu intermédio, não há que se falar em “interpretação restritiva do pedido”. Também não devem ser aplicados a qualquer tipo de ação coletiva, conforme o autor mencionado, o disposto nos artigos 264 e 294 do Código de Processo Civil³, afinal como o objeto da demanda coletiva é de interesse social, há a possibilidade de alteração da causa de pedir e pedido a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que observado o contraditório, fazendo-se preponderar sempre o interesse público.

É sabido que as ações ditas coletivas, que se prestam a tutelar todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são inúmeras, entretanto, para este estudo convém, diante do objetivo do trabalho, analisar apenas os aspectos processuais das ações ditas constitucionais, primordialmente mencionadas no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, quais sejam, ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. Além disso, é preferível analisar detidamente apenas estas poucas ações a comentar superficialmente todas as ramificações e tipos existentes na legislação brasileira. Neste capítulo, será demonstrado um panorama geral do comportamento e da disciplina dessas demandas no ordenamento jurídico brasileiro dos dias atuais, com as legislações que estão em vigor.

3.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O instituto da ação civil pública, talvez o modelo de tutela coletiva mais conhecido e abrangente, será discutido em alguns pontos cruciais, tais como conceito, objeto, legitimidade, competência, sentença e coisa julgada. Foram, todavia, selecionadas apenas as

²Art. 293. “Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juro legais” (BRASIL, 2011b, p. 376).

³Art. 264. “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”.

Art. 294. “Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa” (BRASIL, 2011b, p. 372-376).

questões essenciais para tal discussão em virtude da complexidade do assunto, da extensão do trabalho e da delimitação do tema da pesquisa.

3.1.1 Conceito e objeto

O conceito de ação civil pública não é uníssono na doutrina jurídica brasileira, porém a esmagadora maioria dos autores vincula tal conceito ao objeto a que essa demanda se propõe tutelar.

Pode-se dizer, em um conceito simplista, conforme Mazzilli (2009, p. 73) que “a rigor, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público”. Há, contudo, outra corrente doutrinária⁴, a qual se filia Capez (2004, p. 198) que defende que a tal ação é “toda aquela proposta pelo Ministério Público e demais legitimados ativos, com o fim de pleitear tutela jurisdicional a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos”.

Milaré (apud ALMEIDA, 2003, p. 337), um dos autores do anteprojeto de lei que instituiu a ação civil pública, diz que a demanda em comento é “o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em defesa do interesse público, a função jurisdicional”. Não obstante, Almeida (2003, p. 337) lembra que pode acontecer o ajuizamento deste tipo de ação para tutelar direito trabalhista ou penal, este último, como no caso de reconhecer direitos constitucionais do preso na execução criminal, sendo que na realidade a tutela em geral é de interesse de natureza constitucional⁵.

⁴ Perseguem a mesma corrente doutrinária: Almeida (2003, p. 338) e Mancuso (2007, p. 22).

⁵ A jurisprudência maciça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina afirma que a ação civil pública não é meio idôneo para garantir direitos relacionados com a execução penal, como é o caso de um pedido de interdição de estabelecimento prisional por condições inadequadas de uso. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA COM O FITO DE ADEQUAR A OCUPAÇÃO DO PRESÍDIO DE JARAGUÁ DO SUL. TRANSFERÊNCIA DE PRESOS E INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. COMPETÊNCIA DO JUIZ-CORREGEDOR DAS EXECUÇÕES PENAIS. EXEGESE DOS ARTIGOS 302 A 310 DO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. ENTENDIMENTO CONSAGRADO NESTE SODALÍCIO. PRELIMINAR RECURSAL ACOLHIDA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM A APRECIÇÃO DO MÉRITO COM AZO NO ARTIGO 267, VI, DO DIPLOMA INSTRUMENTAL.

‘A ação civil pública, nos termos do que preceituam os arts. 308 a 310 do CNCGJ, não se configura instrumento processual adequado para buscar a interdição de estabelecimento prisional, sendo a extinção do feito, sem julgamento do mérito, na origem, providência imperativa (art. 267, VI, do CPC), à vista da evidente impossibilidade jurídica do pedido e da falta de interesse processual’ (CC n. 2004.022961-5, de Curitiba, rel. Des. Rui Fortes, j. em 28-3-2006)” [...].

Segundo Meirelles (2008, p.160),

a ação civil pública, disciplinada pela lei 7.347, de 24.7.85 é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao *meio ambiente*, ao *consumidor*, a *bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico* e por *infrações da ordem econômica* (art. 1º)⁶, protegendo, assim, os *interesses difusos da sociedade*. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu (grifo do autor).

Acerca da extensão conceitual da ação civil pública, Bueno (2010b, p. 204) é prudente ao advertir que não se trata de sinônimo de ação coletiva ou direito processual coletivo, distinguindo os institutos da seguinte forma:

a chamada “ação civil pública” é um *procedimento* para veicular, ao Estado-juiz, pedido de tutela jurisdicional relativo a determinados direitos e interesses. O “direito processual coletivo” é o *contexto* que permite a devida análise daquele instituto e de tantos outros que, mesmo sem serem uma “ação civil pública”, tal qual disciplinada na Lei n. 7.347/1985 também fazem parte daquele “ramo” do direito processual civil (grifo do autor).

No interior do acórdão tem-se que:

“Dessarte, tem-se que a ação civil pública não é o meio processual cabível para a interdição de estabelecimento prisional e, portanto, é de rigor reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido, entendimento esse já consolidado na jurisprudência desta Corte de Justiça” (SANTA CATARINA, 2011).

Em sentido adverso julga a Corte Paulista:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Obrigação de não fazer - Interdição de carceragem - Via eleita adequada - Preliminar afastada - Superlotação e precárias condições de estabelecimento prisional - Ação que visa a obrigação de não fazer por parte do Estado - In casu, não há ofensa ao princípio da separação dos poderes - Intervenção do Judiciário que se mantém - Sentença que se reforma parcialmente - Art. 128, inc. II, alínea a, da CF, que veda honorários ao MP - Recurso parcialmente provido”.

Do interior do acórdão:

“Afasto a preliminar de via eleita inadequada, vez que por força do disposto nos artigos 127, da Constituição Federal, o Ministério Público tem o dever institucional de promover ação civil pública na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ademais, a Lei nº 7.347/85, que dispõe sobre a ação civil pública, prevê o Ministério Público como um dos entes legitimados, ativa e concorrentemente, para promover a referida ação na proteção do patrimônio público e social e de outros direitos difusos e coletivos” (SÃO PAULO, 2010b).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também aceita a ação civil pública para os casos em comento, conforme se pode inferir pela ementa abaixo:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. DECISÃO JUDICIAL DE INTERDIÇÃO DE PRESÍDIO. AFRONTA À SEPARAÇÃO DE PODERES. COMPETÊNCIA DA 3ª SEÇÃO”.

No corpo da decisão verifica-se:

“Legítima a propositura de Ação Civil Pública pelo Ministério Público para a defesa de qualquer direito difuso. Presença do interesse processual, na medida em que o Ministério Público, na condição de legitimado, não poderia permanecer inerte diante de violação à segurança pública e a dignidade de uma parcela da população. Sem dúvida, seria útil o provimento da tutela jurisdicional tal como pleiteado” (BRASIL, 2010g).

⁶Art. 1º “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - à ordem urbanística; IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V - por infração da ordem econômica e da economia popular; VI - à ordem urbanística. Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” (BRASIL, 2011f, p. 1356).

No mesmo norte está a posição de Mazzilli (2009, p. 74) ao afirmar que ação civil pública da lei 7.347/85 nada mais é do que uma espécie de ação coletiva, assim como o mandado de segurança coletivo e a ação popular⁷.

Já com relação ao objeto, pode-se dizer que o instituto em comento nasceu com campo de atuação um tanto quanto restrito, conforme recorda Meirelles (2008, p. 161), com relação aos setores de sua incidência e aos interesses que defendia. A legislação posterior, notadamente o Código de Defesa do Consumidor, é que permitiu a abrangência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Entende Almeida (2003, p. 338) que o objeto material da ação civil pública “é a proteção jurisdicional do direito ou interesse coletivo em sentido amplo, sem prejuízo do cabimento de outras formas de tutela jurisdicional coletiva previstas, como o mandado de segurança [...], a ação popular [...] e o mandado de injunção [...]”.

A distinção entre ação popular e ação civil pública é inequívoca, pois a primeira é predominantemente desconstitutiva⁸ e subsidiariamente condenatória; já a segunda é preponderantemente condenatória⁹, seja em dinheiro, obrigação de fazer ou de não fazer. Pode acontecer que o mesmo fato dê azo ao ajuizamento simultâneo das duas ações, pois ambas fazem parte do mesmo sistema de defesa dos interesses difusos e coletivos, compatibilizando-se as regras aplicáveis (MEIRELLES, 2008, p. 166).

Com relação ao objeto das demandas propostas pelos legitimados ativos, que não o Ministério Público, na ação civil pública, defende Capez (2004, p. 203) que

⁷Ainda sobre o tema, mas destoando do que afirmam outros autores citados, discorre Mazzilli (2009, p. 74): “sem melhor técnica, portanto, a Lei n. 7347/85 usou a expressão *ação civil pública* para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos colegitimados ativos, entre os quais até mesmo associações privadas, além do Ministério Público e outros órgãos públicos. Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu a denominação *ação coletiva*, da qual as associações civis, o Ministério Público e outros órgãos públicos são colegitimados. [...] Como denominaremos, pois, uma ação que verse a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos? Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o prisma doutrinário, será chamá-la de ação civil pública. Mas se tiver sido proposta por associações civis, mais correto será denominá-la de *ação coletiva*”.

⁸Segundo Theodoro Junior (2010, p. 527), a sentença constitutiva é aquela em que há a criação, modificação ou extinção de um estado ou relação jurídica, tendo por função essencial a criação de novas situações, operando efeitos instantaneamente. Cita como exemplos a sentença que decreta a separação dos cônjuges, a que anula um ato jurídico ou a que rescinde um contrato. Dessa forma, a ação popular pode ser considerada desconstitutiva porque sua função é eminentemente desconstituir por intermédio da sentença um ato de agente público eivado de vício ou ilegalidade.

⁹Segundo Theodoro Junior (2010, p. 525), a sentença condenatória é aquela em que fica asseverado o direito da parte vencedora, atribuindo a esta “um ‘título executivo’, possibilitando-lhe recorrer ao processo de execução, caso o vencido não cumpra a prestação a que foi condenado”. Ainda pode-se considerá-la “em termos gerais, aquela que tem por conteúdo a imposição do cumprimento de uma obrigação já violada ou cuja violação se ameaça”. Portanto, fica evidente o caráter condenatório da ação civil pública, que se presta a condenar, via sentença judicial, o agente causador do dano a reparar os malefícios causados por sua conduta.

também se aplica a extensão legal que permite a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, independentemente de prévia autorização por lei. Exige-se, contudo, vinculação entre a natureza do interesse defendido e a finalidade institucional do ente legitimado (a União não pode defender interesse difuso de âmbito estadual; uma associação criada para a defesa do consumidor não pode intentar ação de conteúdo ambiental etc.).

Segundo Brandão (1996, p. 102) o direito de ação do instituto em foco difere daquele que é objeto do direito processual civil por duas razões: primeiro porque o Estado e a sociedade civil evoluíram desde a criação da teoria da ação, havendo, a cada dia, maior afastamento entre esta e aqueles; segundo porque a ação civil pública é instrumento para defesa de direitos que se manifestam como coletividade, estando a serviço da cidadania; já o processo civil, serve à tutela de direitos originários de uma relação individualista, de índole liberal-burguesa-capitalista.

Transparece, diante dos conceitos analisados, que a ação civil pública é o meio processual para defesa especialmente dos direitos difusos e coletivos elencados no artigo 1º da lei 7347/85. Conforme regra contida no inciso III do artigo 129 da Constituição Federal, o Ministério Público é reconhecido como a fonte primordial para requerer tais tutelas. Contudo, com o advento das novas legislações e com a evolução da sociedade e do Direito, paradoxalmente à falta de atualização da lei da ação civil pública, surgiram outros direitos metaindividuais que merecem guarida, mas que não estão abarcados especificamente em um procedimento único, bem como foi dada legitimidade a outras instituições para ingresso com ações civis públicas. Destarte, fica evidenciado que a criação do Código Brasileiro de Processos Coletivos seria instrumento capaz de estancar qualquer dúvida a este respeito, ao criar um procedimento similar para a tutela de todos os chamados direitos massificados, conferindo legitimidade expressa aos órgãos competentes para tanto.

3.1.2 Legitimidade ativa e passiva

Para a defesa do meio ambiente, do consumidor, da ordem econômica e da proteção ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico apresentam-se como legitimados ativos, de forma concorrente o Ministério Público (em todos os seus desdobramentos – Estadual e da União), a União, os Estados e o Distrito Federal, os

Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações que estejam constituídas há mais de um ano (CAPEZ, 2004, p. 205).

A lei 11.448/07 acresceu, no rol de legitimados ativos, para propositura de ação civil pública com o fito de defender os direitos difusos, a Defensoria Pública. O artigo 5º da lei 7347/85¹⁰ especifica as condições para o ingresso da ação em comento por todos os entes já citados (MEIRELLES, 2008, p. 170).

Zavascki (2008, p. 75) leciona que o Ministério Público possui legitimidade irrestrita para a propositura de ação civil pública, o que não ocorre com os demais legitimados ativos, afinal

[...] o Ministério Público tem legitimação ampla e irrestrita para promover ação civil pública, mas desde que o bem tutelado tenha natureza típica de direito ou interesse difuso ou coletivo.

Não é assim tão ampla e incondicionada a legitimação da Defensoria Pública e das pessoas de direito público referidas na Lei da Ação Civil Pública (União, Estados, Municípios). É que a legitimação ativa deve ser associada, necessariamente, ao interesse de agir. [...] No caso do Ministério Público, o interesse na defesa de direitos difusos e coletivos se configura pela só circunstância de que ela representa o cumprimento de suas próprias funções institucionais. É diferente, entretanto, com os demais legitimados, cujas funções primordiais são outras e para as quais a atuação em defesa de direitos transindividuais constitui atividade acessória e eventual.

A legitimidade dos entes para propor a ação em análise, além de concorrente é disjuntiva¹¹ e exclusiva, porque, conforme atenta Almeida (2003, p. 349)

é *disjuntiva* porque um pode ajuizar ação sem a necessária presença do outro. A disjuntividade não é absoluta, pois o Ministério Público, quando for o autor da demanda coletiva, obrigatoriamente atuará no processo coletivo como parte adesiva¹² [...]. E é *exclusiva* tendo em vista que somente os entes arrolados poderão ajuizar *ação civil pública*. Diferentemente da ação de classe (class action) norte-americana, a legitimidade no *direito processual coletivo* brasileiro é conferida expressamente pela própria lei [...] (grifo do autor).

Questão que gera certa polêmica é a possibilidade de o Ministério Público propor ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos. É possível reconhecer a

¹⁰Art. 5º “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (BRASIL, 2011f, p. 1357).

¹¹O autor Bueno (2010b, p. 213) apresenta o mesmo raciocínio.

¹²Parte adesiva ativa, conforme a concepção denotada pelo autor na íntegra do texto, está relacionada com a atuação do Ministério Público como fiscal da lei, podendo inclusive haver litisconsórcio entre os órgãos ministeriais da União, Distrito Federal e dos Estados, de acordo com previsão estatuída no artigo 5º da lei 7347/85.

legitimidade para tanto, com base no que dispõe o artigo 127, *caput* da Constituição Federal¹³, desde que os interesses sejam indisponíveis, pois mais que a individualidade do direito, importa é o grau de indisponibilidade (BUENO, 2010b, p. 214)¹⁴.

A chamada pertinência temática – o objeto da ação e a finalidade do ente devem ser análogos – para a propositura de ação civil pública por alguns sujeitos, não é exigida para todos eles, conforme revela Bueno (2010b, p. 221). As pessoas administrativas, tanto as que compõem a administração direta quanto indireta, estão dispensadas da comprovação de pertinência temática para demonstrar representatividade adequada, exceto no caso das que são regidas pelo direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista). Já as associações devem possuir afinidade com o objeto que pretendem tutelar por meio da citada ação. Zavascki (2008, p. 76) manifesta-se da mesma forma que o autor supracitado, diferindo, tão somente, do entendimento acerca das pessoas administrativas, ao informar que elas também devem evidenciar, ainda que em sentido genérico, vantagem para si ao propor a ação. Cita, ainda, que a Defensoria Pública pode atuar apenas em casos de pessoas reconhecidamente hipossuficientes.

Referente à legitimidade passiva, não há qualquer peculiaridade ou discussão temática nas principais doutrinas que abordam o tema. Almeida (2003, p. 353), Bueno (2010b, p. 224) e Capez (2004, p. 207) entendem que qualquer pessoa física ou jurídica, que contribuiu para evento danoso a direito difuso ou coletivo tutelável, pode figurar no polo passivo da demanda.

Capez (2004, p. 207) lembra que também aqueles que possuíam o dever jurídico de evitar a lesão ao direito podem ser parte passiva, como é o caso das pessoas jurídicas de direito interno que deixam de coibir eventual ato nocivo (ato omissivo). Atenta também que o

¹³Art. 127. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 2011c, p. 57).

¹⁴Na mesma linha de raciocínio do autor citado, segue esclarecedora jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para ilustrar a situação comentada:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A MENOR CARENTE. DIREITO À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo.

3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de menor carente que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis [...].

4. Embargos de divergência não providos” (BUENO, 2010b, p. 215).

Ministério Público, órgão estatal sem personalidade jurídica, não possui legitimidade passiva, devendo, pois, o Estado responder por eventuais atos, podendo depois responsabilizar o agente ministerial somente em casos de dolo ou fraude.

Mas, Mazzilli (2009, p. 112) acredita que não há empecilho legal para que o Ministério Público possa ser citado como réu em uma ação civil,

não para responder patrimonialmente enquanto instituição por eventuais danos causados a terceiros, mas sim nos casos em que a lei lhe dê capacidade postulatória para, como parte pública, responder ao pedido do autor, como já ocorre nas ações de usucapião, nas ações rescisórias destinadas a desconstituir coisa julgada formada em ação na qual foi autor, [...] ou em outros casos em que a lei lhe confira legitimidade extraordinária para, em nome próprio, defender direitos de terceiros.

Em síntese, por todo o exposto, pode-se compreender que os legitimados ativos para a propositura de uma ação civil pública são todos os entes citados no artigo 5º da lei 7347/85, com restrições a alguns de exercer este direito. Já para a legitimação passiva, segue-se a regra do processo civil comum e do Código de Defesa do Consumidor, em que todos os responsáveis pelo evento, seja por ação ou omissão, são admitidos como réus. Quanto à figura do Ministério Público, o Estado é que o representa passivamente.

3.1.3 Competência

O artigo 2º da lei da ação civil pública estabelece a regra geral de competência do foro para o processamento desta demanda¹⁵.

A disposição contida no referido artigo trata de regra especial de competência, fixada com base em dois critérios, segundo afirma Almeida (2003, p. 345), “um *relativo*, que é *critério territorial* (foro do local onde ocorrer o dano – competência do foro), e outro *absoluto*, pois o dispositivo estabelece que o respectivo juízo terá *competência funcional* (competência de foro) para processar e julgar a causa” (grifo do autor). Dessa forma, o critério absoluto (funcional) deve prevalecer, por ser revestido de maior rigor. O autor lembra ainda que tal regra de competência não pode ser convencionada pelas partes, por meio de prorrogação ou derrogação, podendo a incompetência ser declarada de ofício pelo juiz.

¹⁵Art. 2º “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto” (BRASIL, 2011f, p. 1356).

Capez (2004, p. 211), Mazzilli (2009, p. 264) e Meirelles (2008, p. 180) explicam que a comentada regra geral de competência visa facilitar o ajuizamento da ação civil pública e a coleta das provas.

Em relação aos casos de danos coletivos generalizados, há entendimentos distintos, expostos na doutrina jurídica. Mazzilli (2009, p. 264) assim se posiciona:

em se tratando de ação civil pública ou coletiva que objetive a defesa de interesses difusos ou coletivos de caráter regional ou nacional, não há previsão normativa específica para determinar a competência. Por analogia ao que vem disposto em matéria parelha pelo CDC [Código de Defesa do Consumidor] no tocante à defesa de interesses individuais homogêneos, mesmo as ações que versem interesses difusos e coletivos, envolvendo ou não consumidores, deverão ser ajuizadas na Capital do Estado ou no Distrito Federal.

Meirelles (2008, p. 181) não admite a reunião de ações propostas em Estados diferentes, mesmo que entre elas haja conexão¹⁶. Entende que a regra de prevenção estatuída no parágrafo único, do artigo 2º, da lei 7347/85, só impera para as ações propostas em cada Estado da Federação, não existindo, portanto, prevenção¹⁷ entre uma ação proposta em Santa Catarina com outra do Rio Grande do Sul, por exemplo. Cada ação proporcionaria uma decisão no âmbito daquela competência, de acordo com o artigo 16 da lei da ação civil pública¹⁸.

Em norte oposto está o posicionamento de Mazzilli (2009, p. 285), para quem “se o dano atingir todo o país e várias ações idênticas tiverem sido ajuizadas em foros concorrentes (Capitais de Estados ou no Distrito Federal), a prevenção¹⁹ também deverá determinar a competência”.

¹⁶Marinoni e Mitidiero (2010, p. 163) definem conexão como o “nexo de semelhança entre duas ou mais causas ou ações. [...] A conexão pode ser própria ou imprópria. Há conexão própria quando há semelhança entre causas ou ações; imprópria, quando existem duas ações ou causas diferentes, mas que dependem total ou parcialmente da resolução de questões idênticas”. Nery Junior e Nery (2010, p. 376) sucintamente dispõem que para que a conexão seja configurada basta a “coincidência de um só dos elementos da ação (partes, causa de pedir ou pedido) [...] entre duas ações”.

¹⁷Nery Junior e Nery (2010, p. 380) asseveram que a prevenção “é a fixação da competência entre dois juízes igualmente competentes para decidir as causas conexas”. Já Marinoni e Mitidiero (2010, p. 164) acrescentam que a prevenção “fixa a competência em função de determinado elemento temporal. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar. Se as ações conexas correm perante juízes que têm competência territorial diferente, então a prevenção ocorre em face da realização da primeira citação válida”.

¹⁸Art. 16. “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” (BRASIL, 2011f, p. 1357).

¹⁹Segue exemplo prático de caso onde ocorreu prevenção de Câmara para julgamento de recurso: “APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO PRECEDENTE. PREVENÇÃO DE CÂMARA. EXEGESE DO ART. 54, CAPUT, E § 1º, DO RITJSC. REDISTRIBUIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. O julgamento de agravo de instrumento vincula o Relator para futuros recursos dos autos principais e, em caso de transferência, é a Câmara que passa a deter a prevenção” (SANTA CATARINA, 2010a).

Acerca das situações que abarquem danos de caráter regional, Grinover (apud MAZZILLI, 2009, p. 284) manifesta-se no sentido de que o foro competente para tal é o da capital do Estado ou o Distrito Federal. Mas em caso de dano que se estenda a apenas duas comarcas, por exemplo, a competência torna-se concorrente para qualquer uma delas. E Mazzilli (2009, p. 284) complementa informando que, em caso de dano de âmbito nacional, a competência é concorrente entre a capital do Estado ou do Distrito Federal, a critério do autor, que deve escolher a forma mais cômoda e eficaz para defesa dos direitos transindividuais.

Para o processamento da ação civil pública, a competência deve, acima de qualquer regra formal, ser aferida de forma a realmente efetivar o direito ali pretendido, posto que se trata de uma tutela que beneficia toda a sociedade ou, pelo menos, boa parte dela. Além disso, deve facilitar a produção da prova e a duração razoável do processo, visando à garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Este aspecto é fundamentalmente abordado na proposta de criação de Código de Processos Coletivos a ser analisada nesta monografia, por assumir especial relevância.

3.1.4 Sentença e coisa julgada

Sentença, segundo o Código de Processo Civil²⁰, é o ato decisório do juiz em um processo. Para Pontes de Miranda (apud THEODORO JUNIOR, 2010, p. 505) ela “é emitida como prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídico-processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, isto é, exercerem a pretensão à tutela jurídica”. Já Theodoro Junior (2010, p. 505) define o termo como o ato, no processo de conhecimento, pelo qual o Estado-juiz, por meio da prestação jurisdicional, cumpre o dever de declarar a vontade concreta da lei a fim de solucionar o litígio envolvendo as partes do processo.

Na ação civil pública, a sentença é revestida de algumas peculiaridades, conforme assevera Zavascki (2008, p. 78):

na ação civil pública, a procedência do pedido importará, conforme o caso, outorga de tutela jurisdicional geral ou específica, líquida ou ilíquida, condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva, mediante sentença que seja congruente com a natureza do que foi postulado. E, [...] a ação civil pública permite

²⁰Art. 162. “Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei” (BRASIL, 2011b, p. 365).

a postulação de tutela de qualquer natureza. Em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer e de entregar coisa, a sentença será executiva *lato sensu*, subordinada ao regime dos artigos 461 e 461-A do CPC [Código de Processo Civil]. Isso significa que o seu cumprimento será promovido no âmbito da mesma relação processual em que foi proferida, e não em ação autônoma de execução.

Cominatória é a natureza da sentença de ação civil pública, de acordo com a leitura conjunta dos artigos 11 e 13 da lei 7347/85²¹. O objeto desta demanda volta-se para a tutela de um interesse metaindividual e não para obtenção de condenação pecuniária. O dinheiro, nestes casos, seria mera compensação tênue pelo dano coletivo, não trazendo significativa benesse quando se trata, por exemplo, de tutela de valores culturais ou ambientais (MANCUSO, 2007, p. 253). Para casos como este, a reversão do dano é impossível, pois o estrago já está causado, sendo a condenação pecuniária apenas uma medida paliativa e pouco eficaz, afinal o bem maior já está prejudicado²².

O pedido na ação civil pública deve ser certo e não genérico, obedecendo à regra disposta no *caput* do artigo 286 do Código de Processo Civil²³, resultando, assim, em sentença com caráter semelhante. A sentença deve fazer, nestas demandas, juízo amplo e específico, o mais completo possível acerca da controvérsia. (ZAVASCKI, 2008, p. 78).

²¹Art. 11. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

Art. 13. “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados” (BRASIL, 2011f, p. 1358).

²²Há casos de dano ambiental em que é possível promover a restauração do meio ambiente de certa forma, mas o dever de indenizar a natureza pelo dano causado continua existindo, conforme se infere da jurisprudência abaixo colacionada. No entanto, em casos como o de vazamento de óleo no mar por empresas petrolíferas, por exemplo, não subsiste essa possibilidade de restauração, o que torna a indenização pecuniária devida a única forma de responsabilização civil pelo ato ilícito praticado.

“EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DESMATAMENTO. ÁRVORES NATIVAS E DE CERRADO. PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INDENIZAÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO COM REFLORESTAMENTO ASSISTIDO. A reparação do dano ambiental também obedece ao princípio da "restitutio in integrum", de tal modo que compreende não só à plantação das árvores derrubadas como indenização do estrago no solo. Constatado o dano ambiental deve o infrator promover a restauração do meio ambiente na medida do possível e compensar os prejuízos através de indenização a qual deverá abranger o conteúdo econômico do dano causado”.

Do interior do acórdão extrai-se que:

“A reparação do dano ambiental também obedece ao princípio da "restitutio in integrum", de tal modo que compreende não só à plantação das árvores derrubadas como indenização do estrago no solo.

Constatado o dano ambiental deve o infrator promover a restauração do meio ambiente na medida do possível e compensar os prejuízos através de indenização a qual deverá abranger o conteúdo econômico do dano causado.

No caso de dano ambiental a multa tem caráter educativo e punitivo, não sendo dispensável pela só recuperação da área mediante reflorestamento, posto que o prejuízo causado ao meio ambiente é enorme e o crescimento e formação da flora exige tempo” (MINAS GERAIS, 2008 – grifo nosso.).

²³Art. 286. “O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:”[...] (BRASIL, 2011b, p. 375).

Depois de passados todos os prazos recursais cabíveis ao combate da sentença, tem-se o seu trânsito em julgado que, no processo civil, dá azo à formação da chamada coisa julgada, a qual é bem definida por Capez (2004, p. 214):

diante das peculiaridades da ação civil pública ou coletiva, o fenômeno da coisa julgada na defesa dos interesses metaindividuais recebe tratamento especial. Como em toda e qualquer sentença, a coisa julgada não é efeito da decisão, mas uma qualidade desses efeitos que lhes confere imutabilidade. Trata-se de uma qualidade adquirida pelos efeitos da sentença, após o trânsito em julgado, que impede as partes de discutirem a mesma causa em outro processo.

O artigo 16 da lei 7347/85 dispõe que a coisa julgada, na ação civil pública, terá efeito *erga omnes* (contra todos), inibindo que outro colegitimado proponha nova demanda, com o mesmo pedido e mesma causa de pedir, caso a primeira ação proposta haja sido julgada procedente ou, então, improcedente por infundada pretensão deduzida (ALMEIDA, 2003, p. 356). Arremata Zavascki (2008, p. 79) que “se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada”.

O dispositivo legal, acima invocado, faz menção aos limites territoriais da coisa julgada, assunto polêmico na doutrina jurídica. Bueno (2010b, p. 231) e Nery Junior e Nery (apud ALMEIDA, 2003, p. 357) partilham do mesmo raciocínio ao defender que tal alteração, trazida a cabo pela lei 9494/97, é inconstitucional e ineficaz, pois restringe os efeitos de uma decisão proferida em sede de ação civil pública.

Abordagem inteligente é feita por Bueno (2010b, p. 231) quando observa que:

[...] há casos em que, a despeito de ser *coletivo* (em sentido amplo) o direito ou o interesse, por questões de política legislativa, não há qualquer mácula em pretender o legislador restringir os efeitos da tutela jurisdicional a determinados segmentos territoriais. Até para que se mostrem afinadas a tutela (jurisdicional) que recai sobre o direito (material). [...]

No entanto, para outras situações, a restrição tem condições de mostrar-se totalmente contrária à garantia de acesso *coletivo* à Justiça [...] que, por imposição constitucional, deve ser *efetiva*. A própria compreensão de *multiplicação* de processos para tutela de um *mesmo* bem da vida, ainda que *coletivamente*, é contrária ao “modelo constitucional”. É imaginar um dano ambiental cujas conseqüências (no plano material) estendam-se para além dos limites territoriais de uma comarca ou seção judiciária. É fora de dúvida que sequer há condições físicas de constringer os efeitos da tutela jurisdicional e a imutabilidade do que foi decidido aos “limites da competência territorial do órgão prolator” (grifo do autor).

Zavascki (2008, p. 81) limita a questão em análise apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos e não àquelas que tratam de típicos direitos difusos e coletivos. Entende que, quando a relação jurídica trata destes últimos, há pluralidade indeterminada de sujeitos – o que inviabiliza a delimitação territorial.

Já Mazzilli (2009, p. 561) acredita que a redação dada ao artigo 16 da lei da ação civil pública não chegou ao alcance do Código de Defesa do Consumidor, de forma que os dois diplomas legais se interpenetram e se completam para chegar a um tom harmônico. O Código de Defesa do Consumidor estendeu a competência territorial do juiz prolator da sentença a todo o estado ou país nos casos de danos regionais ou nacionais; disciplinou, também, de forma adequada a coisa julgada para a tutela coletiva em geral, já que seus princípios não são restritos às relações de consumo. Desta forma, entende o autor, a alteração procedida em 1997 no comentado artigo 16 tornou-se ineficaz, diante da conjugação de normas.

Bueno (2010b, p. 233) não concorda com tal entendimento. Sustenta não ser válido este argumento e justifica que, por se tratar do mesmo assunto, deve sempre prevalecer a lei posterior. Tendo o Código de Defesa do Consumidor entrado em vigor em 1991 e a alteração do artigo 16 da lei 7347/85, ocorrida em 1997, e diante da leitura conjunta dos dispositivos, sistematicamente, prevalece esta última, por ser mais recente, sendo possível, inclusive, entender que esta revogou tacitamente a regra do artigo 103, incisos I e II daquele²⁴.

Brandão (1996, p. 102) exprime, há muito, a imprescindibilidade de desvincular a ação civil pública do modelo tradicional processualista:

[..] o direito de ação na Ação Civil Pública em nada se confunde com o direito de ação, objeto de estudo do Direito Processual Civil. Em primeiro lugar, porque o Estado, no seio do qual a teoria da ação foi concebida, não é o mesmo durante a quase totalidade do século XX e cada vez mais ambos se afastam neste momento em que se aproxima o terceiro milênio; assim como não é mais a mesma Sociedade Civil e o inter-relacionamento entre esta e aquele. Segundo, porque a ação civil pública é um instrumento para defesa de interesses e direitos que se manifestam enquanto coletividade e não de direitos originários de uma vivência individualista, de índole liberal-burguesa-capitalista, que reconhecia somente o espaço de conflitos intersubjetivos, e, nesta medida, é ferramenta que serve à cidadania – pelo que, está a serviço da política.

Não há a menor dúvida de que o direito de ação concebido para o Direito Processual Civil, como direito subjetivo público, tem caráter constitucional e está, por isso, para além da ordem normativa que se refere ao Processo Civil. Também o direito de ação instrumentalizado pela Ação Civil Pública é constitucional, mas vocacionado ao trato de outra ordem de conflitos. [...]

É exatamente com a finalidade de uma melhor aplicação dessa ferramenta de ordem constitucional colocada à disposição da Sociedade, para a tutela de suas necessidades geradoras de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que nascem e se desenvolvem de seu inter-relacionamento, de contraposição ou de colaboração com o Estado, que se tem procurado [...] demonstrar que o direito de ação que informa e justifica a denominada Ação Civil

²⁴Art. 103. “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81”. (BRASIL, 2011a, p. 903).

Pública é de outra ordem e em nada se confunde com o direito de ação, a que se refere o Direito Processual Civil.

Assim, por todo o exposto, percebe-se existirem muitos empecilhos formais e procedimentais que atrapalham o bom andamento processual e a ampla eficácia dos julgados em matéria de direitos difusos e coletivos tuteláveis por ação civil pública. É imprescindível, portanto, que, especialmente o instituto da coisa julgada para as ações coletivas, seja revisto e adaptado da melhor forma a encontrar o acesso coletivo à justiça, evitando-se a repetição de demandas similares. Talvez a proposta de Código de Processos Coletivos seja um remédio efetivo para a resolução destas incógnitas.

3.1.5 Influência do Código de Defesa do Consumidor

Após a edição da lei 7347/85 para tratar da ação civil pública, foi promulgada a lei 8078/90, trazendo à baila o Código de Defesa do Consumidor que ampliou as possibilidades de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Houve grande avanço para a efetividade dos chamados “novos direitos” e a ação competente para tutelá-los continua sendo a ação civil pública. Isto posto, diante da grande evolução trazida por aquele diploma, é merecido fomentar seu destaque, neste item, que analisa o instituto da ação civil pública como meio de tutela coletiva. Apenas os principais aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor é que serão discutidos, focando-se no objetivo maior do presente estudo.

O procedimento da ação civil pública deve ser entendido considerando o artigo 21 da lei 7347/85²⁵ juntamente com o artigo 90 da lei 8078/90²⁶, criando-se condições para verificação de um verdadeiro sistema de direito processual coletivo (BUENO, 2010b, p. 207). Dessa forma, com o advento do aludido Código, a ação civil pública passou a ser admitida para a tutela não só dos casos expressamente previstos no artigo 1º da lei da ação civil pública, mas também para qualquer outro direito difuso e coletivo, de acordo com o artigo 110 do Código²⁷ (MEIRELLES, 2008, p. 197).

²⁵Art. 21. “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 2011f, p. 1360).

²⁶Art. 90. “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. (BRASIL, 2011a, p. 902).

²⁷Art. 110. “Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: ‘IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo’”. (BRASIL, 2011a, p. 903).

O parágrafo único do artigo 81²⁸ da legislação em comento deve ser entendido e recepcionado como norma de superdireito coletivo, devendo seu teor ser utilizado para tutelar todo e qualquer direito ou interesse massificado, tendo ou não envolvimento com lides decorrentes de relações de consumo (ALMEIDA, 2003, p. 366).

Merece ênfase a anotação feita por Nunes (2009, p. 725), ao afirmar que:

o CDC [Código de Defesa do Consumidor] permite a proteção dos consumidores em larga escala, mediante ações coletivas e ações civis públicas. É por elas que o consumidor poderá ser protegido. Aliás, parece-nos que, pelo menos nas questões de competência da Justiça Estadual, aos poucos é verdade [...], começa-se a ter consciência da importância da ação coletiva, quer proposta pelo Ministério Público, quer proposta pelas Associações de Defesa do Consumidor, porque começa-se a perceber que, de fato, o fundamento primordial da Lei 8.078, nas questões processuais, é exatamente este de controlar como um todo as ações dos fornecedores.

A propositura de uma ação civil pública, para proteção dos direitos do consumidor, não o impede de, individualmente, propor a sua própria demanda para ressarcimento de danos individualmente sofridos. Há disposição expressa no artigo 104 da lei 8078/90²⁹, determinando que não existe litispendência entre ação individual e a coletiva, podendo o consumidor, inclusive, suspender a sua ação para usufruir os efeitos de decisões coletivas ou, então, perseguir o seu direito individualmente³⁰ (MEIRELLES, 2008, p. 198).

²⁸Art. 81. “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 2011a, p. 901).

²⁹Art. 104. “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva” (BRASIL, 2011a, p. 903).

³⁰Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, acerca da inexistência de litispendência entre a ação coletiva e a ação individual, nos termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA. AÇÃO INDIVIDUAL. LITISPENDÊNCIA INEXISTENTE. SUSPENSÃO. EXPRESSO REQUERIMENTO. CADERNETAS DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. IPC. SÚMULA N. 83/STJ.

1. As ações coletivas não têm o condão de suspender imediatamente as ações individuais em virtude de litispendência, quando observado o disposto no artigo 104 da Lei n. 8.078/90. 2. A prescrição relativa às ações que visam impugnar os critérios de remuneração das cadernetas de poupança, incluindo-se aí juros remuneratórios e correção monetária, é vintenária. Súmula n. 83/STJ. 3. Agravo regimental desprovido” (BRASIL, 2010e).

Segundo Almeida (2003, p. 368) o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor³¹ trata do chamado princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, onde

toda e qualquer ação capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela jurisdicional poderá ser utilizada para a defesa coletiva do consumidor em juízo. [...] Com efeito, é cabível ação com pedido condenatório, meramente declaratório (positivo ou negativo), ou constitutivo (negativo ou positivo). É admitido também o ajuizamento de ações cautelares, executivas e mandamentais³².

Mazzilli (2009, p. 182), ao exemplificar os objetos tuteláveis no Código de Defesa do Consumidor, assevera que

integrando-se a LACP [lei da ação civil pública] ao CDC [Código de Defesa do Consumidor], cabe todo tipo de ação civil pública ou coletiva em defesa de interesses transindividuais de consumidores.

Incorreta tem sido a resistência que às vezes se vê na jurisprudência contra a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos em diversas matérias como os aumentos abusivos de mensalidades escolares ou em questão de taxas e contribuições sociais³³.

Ademais, aplicam-se para a tutela dos direitos do consumidor as regras estatuídas pela ação civil pública e, subsidiariamente, quando for o caso, o Código de Processo Civil. Muitas das disposições utilizadas em sede de ação civil pública foram incluídas posteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor, que trouxe importantes inovações no campo do processo coletivo, a fim de garantir maior efetividade e acesso à justiça³⁴.

³¹Art. 83. “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (BRASIL, 2011a, p. 901).

³²No mesmo sentido leciona Nunes (2009, p. 754).

³³Segue ementa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, utilizada como fundamento para diversas decisões nessa seara na atualidade, considerando o Ministério Público como ente legítimo para postular acerca do aumento abusivo de mensalidades escolares:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. [...] 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação” (BRASIL, 1997).

³⁴Acerca da integração da lei da ação civil pública e do Código de Defesa do Consumidor, bem como da manifesta subsidiariedade do Código de Processo Civil, verifica-se interessante ementa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

3.2 AÇÃO POPULAR

A ação popular, meio de tutela coletiva concedido diretamente ao cidadão, será discutida em seus aspectos primordiais e mais relevantes, quais sejam, conceito, objeto, legitimidade, competência, sentença e coisa julgada.

3.2.1 Conceito e objeto

A ação popular, espécie de ação erigida à categoria constitucional, possui previsão expressa no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal³⁵. É regulamentada, infraconstitucionalmente, pela lei 4717/1965.

Conceitua Meirelles (2008, p. 126), que a ação popular é

o meio constitucional posto à disposição de *qualquer cidadão* para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – *ilegais e lesivos* do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos (grifo do autor).

A ação popular hoje³⁶ equivale a remédio disponível a qualquer cidadão para garantir seus direitos difusos fundamentais, pois lhe permite agir investido de legitimidade,

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIQUIDAÇÃO COLETIVA DE SENTENÇA.

1. A controvérsia reside em definir o juízo competente para processar e julgar ação civil pública ajuizada com fundamento nas Leis 7.347/85 (Ação Civil Pública) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em fase de liquidação de sentença promovida pelo Ministério Público.

2. Constatado o caráter coletivo da liquidação nas ações ajuizadas com o fim de preservar direitos difusos e coletivos, o foro competente será o da condenação, observando-se o rito do § 2º do artigo 475-A do CPC, tendo em vista a inexistência de dispositivo legal específico no Código Consumerista.

3. Da mesma forma, diante da ausência de regra acerca da competência para a liquidação coletiva de sentença nos processos em que sejam tutelados direitos individuais homogêneos, deve ser realizada interpretação extensiva da norma prevista no artigo 98, § 2º, inciso II, segundo o qual competirá ao juízo condenatório a execução coletiva da sentença.

4. Assim, independentemente da natureza do direito tutelado pelo Ministério Público Federal - se difuso, coletivo ou individual homogêneo - o juízo competente para a liquidação será o da ação condenatória, já que se trata de liquidação coletiva, ou seja, requerida por um dos legitimados de que trata o artigo 82 do CDC.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado” (BRASIL, 2011g).

³⁵LXXIII – “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. (BRASIL, 2011c, p. 21).

exercitando poder de natureza essencialmente política. É, ao mesmo tempo, um direito constitucional de participação política e uma garantia constitucional fundamental, indo ao encontro do Estado Democrático de Direito (ALMEIDA, 2003, p. 299).

Em relação à lei que disciplina a ação popular, observa Bueno (2010b, p. 129) tratar-se de lei multidisciplinar, pois abrange tanto o procedimento da ação quanto o direito material, inclusive criando, quiçá, uma teoria geral das nulidades e anulabilidades do ato administrativo.

Advindo de outro ponto de vista, encontra-se o conceito formulado por Almeida (2003, p. 389), para quem a ação popular é

espécie de ação coletiva de dignidade constitucional colocada à disposição do cidadão como decorrência do seu direito político de participação direta na fiscalização dos poderes públicos, para o controle jurisdicional dos atos ou omissões ilegais ou lesivos: ao erário, inclusive em relação ao patrimônio de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, sem exclusão da tutela de outros direitos com ela compatível.

Digno de nota é, também, o comentário de Meirelles (2008, p. 127) no que concerne à utilização da ação popular:

é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor, é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga.

No tocante ao objeto³⁷ tutelável, por intermédio da ação popular, Bueno (2010b, p. 129) define que “o objeto próprio da ‘ação popular’ é o ato administrativo. Ela não se volta

³⁶A ação popular sofreu algumas modificações ao longo do tempo, pelo que assevera Brandão (2006, p. 289): “[...] quando da inserção da Ação Popular no Direito brasileiro, todos os seus conceitos estavam ligados à estrutura do Direito Processual Civil, e sua destinação era a defesa do interesse público, entendido este no esquema da divisão tradicional do Direito em público e privado [...]. A atual configuração desse instrumento jurídico modificou-se juntamente com as concepções jurídicas, a ponto de sua esfera de protetividade abranger o meio ambiente, a moralidade administrativa e o patrimônio histórico e cultural. Tanto é assim que mesmo a noção de defesa do patrimônio público atinge outra dimensão, afastando-se da idéia simples de defesa do erário do Estado, para adequar-se à visão de que há um interesse difuso, espraiado por toda a Sociedade Civil, na conservação de um patrimônio que é evidentemente desta, como já ficou esclarecido quando se demonstrou a mudança na concepção e na realidade do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo”.

³⁷Conforme o objeto a que se destinam a tutelar, as ações populares brasileiras são classificadas em preventivas, supletivas, subsidiárias e corretivas, conforme ensina Almeida (2003, p. 391): “com efeito, fala-se em ações populares: a) *preventivas*, aquelas destinadas a evitar a ocorrência de um dano público; b) *supletivas*, as ações ajuizadas pelo autor da ação popular no lugar de seu titular, tendo em vista a sua omissão em determinado prazo, de forma que um particular (no caso o cidadão) venha a suprir a inércia dos órgãos da administração pública; c) *subsidiárias*, aquelas em que o autor popular atua juntamente com os órgãos da entidade, de forma a coadjuvá-los; d) *corretivas*, aquelas em que o autor atua na defesa do interesse da comunidade a que pertence, para fazer com que administradores da entidade ou do patrimônio público observem a lei e busquem o ressarcimento do dano porventura produzido à entidade administrada por seus administradores” (grifo do autor).

ao questionamento de atos jurisdicionais que estão sujeitos a controle pela via recursal ou, quando transitados em julgado, por ‘ação rescisória’”.

Almeida (2003, p. 398) apregoa que antes de ser promulgada a Constituição Federal de 1988, apenas o patrimônio público (bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico) é que podia ser tutelado por intermédio de ação popular. Após a edição da Carta Cidadã, o objeto material desta ação foi significativamente ampliado, passando a abarcar, também, o meio ambiente e a moralidade administrativa. Com esta ampliação, observa Leonel (2002, p. 117) que a ação popular e ação civil pública passaram a ter área comum de tutela, haja vista qualquer delas estar apta a amparar o meio ambiente e o patrimônio público, podendo coexistirem, já que uma não tem o condão de excluir a outra.

Já Zavascki (2008, p. 93) define que o objeto específico da ação popular é anular ato lesivo a algum dos bens jurídicos, mencionados no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal. Saliente-se que a lesividade constitui requisito indispensável para submeter ato a controle por esta via judicial. Arrematando a ideia, Meirelles (2008, p. 138) afirma que, dentre os citados atos lesivos e ilegais, inclui-se a lei de efeitos concretos, como a que desapropria bens, concede isenções ou a que cria municípios, por exemplo, que, na verdade, são leis equiparadas a atos administrativos, por terem a natureza destes. Frisa-se, todavia, ser incabível³⁸ ação popular para derrubar o que se chama de lei em tese³⁹. Este motivo justifica, também, em sede de ação popular não ser cabível a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas nada obsta que um ato violador da Constituição Federal seja atacado via ação em comento (MEIRELLES, 2008, p. 157).

Almeida (2003, p. 400) e Mancuso (2008, p. 44) creem, diferentemente dos demais autores, que é possível ajuizar ação popular para tutelar interesses difusos de consumidores, como no caso, por exemplo, da prestação de serviços públicos essenciais e contínuos. A respeito disso, Almeida (2003, p. 391) afirma, ainda, que não existe no Brasil, a chamada ação popular penal, tendo em vista a legitimidade privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública.

³⁸No mesmo sentido há a súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, que define ser incabível mandado de segurança contra lei em tese (BRASIL, 2011j, p. 1774).

³⁹Meirelles (2008, p. 139) exemplifica, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça já admitiu ação popular para impedir acordo judicial, transitado em julgado, no qual foi demonstrado dano ao erário em razão dessa transação, conforme exposto na ementa a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ACORDO JUDICIAL. DESCONSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A ação popular é via própria para obstar acordo judicial transitado em julgado em que o cidadão entende ter havido dano ao erário. Precedentes da Primeira e Segunda Turma. 2. Recurso especial provido” (BRASIL, 2007b).

Logo, a chamada ação popular não o é por acaso, posto que se trata de instrumento para uso de qualquer do povo, visando à proteção de seus direitos patrimoniais públicos, de interesse comum e, ainda da moralidade administrativa, tema em voga atualmente, frente a tantas barbáries produzidas por agentes políticos, em especial. Mas, infelizmente, pode-se perceber que milhares de cidadãos desconhecem este instituto de tão grandiosa valia⁴⁰.

3.2.2 Legitimidade ativa e passiva

Concernente à legitimidade ativa para propositura da ação popular, pondera Brandão (2006, p. 290) que grande parte da doutrina, bem como a prática judicial, por vezes limita a atuação apenas àqueles que possuem a qualidade de eleitor. Adotam, pois, conceito

⁴⁰ Acerca da manifesta importância e valiosidade da ação popular, encontra-se, há muito, o seguinte precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“AÇÃO POPULAR - EXEGESE DO ART. 5o., LXXIII, DA MAGNA CARTA - PEDIDO FORMULADO NA EXORDIAL IMPROCEDENTE - DISPENSA DAS DESPESAS PROCESSUAIS E ESTIPÊNDIO ADVOCATÍCIO - RECURSO - PROVIMENTO.

Há caráter cívico e moralizador no exercício da ação popular, em face da possibilidade do cidadão postular a anulação de ato lesivo ao erário público, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural.

Improcedente o pleito formulado na ação e indemonstrada má-fé, incabível é a incidência das despesas processuais e verba honorária, sob pena de desestímulo ao controle administrativo através desse valioso instrumento”.

No interior do acórdão o posicionamento é explicado:

“O pedido formulado na ação popular (Lei n. 4.747, de 29 de junho de 1965) foi inacolhido, sendo o apelante condenado ao pagamento de despesas processuais e verba advocatícia. O pleito deduzido no reclamo restringe-se apenas a esse aspecto.

Essa ação tem finalidade preventiva e repressiva da atividade administrativa ‘ilegal e lesiva ao patrimônio público’ [...], visando resguardar, na realidade, os superiores interesses da sociedade. Anteriormente, como é sabido, o controle dos atos governamentais cingia-se a órgãos públicos, hoje, entretanto, pode o povo pleitear a invalidade de atos que venham a afetar o patrimônio econômico, administrativo, ambiental e histórico.

O caráter cívico e moralizador desse instrumento é inegável, tanto assim que a Magna Carta, no art. 5o., LXXIII, estabelece: ‘qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência’.

Inaplicável, assim, o artigo 20 do cânone processual.

Aliás, a propósito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu: ‘A ação popular, de cunho constitucional, não pode ser desencorajada pelo risco de ter o autor de pagar os ônus sucumbenciais. Incompatível a aplicação do princípio da sucumbência com a abertura constitucional, que deve permitir fácil acesso ao Judiciário de todos quantos busquem defender o interesse público em qualquer de suas manifestações’ (RT 651/59).

Ora, *in casu* é patente a inexistência de má-fé do inconformado cidadão, que investiu contra as obras de construção da avenida beira-rio, bem como da nova rodoviária e seus contornos, em áreas doadas à municipalidade, além de insurgir-se por falta de avaliação, reclamada” [...] (SANTA CATARINA, 1992 – grifo nosso).

extremamente estrito e ultrapassado de cidadania, baseado na regra insculpida no artigo 1º, parágrafo 3º, da lei 4717/65⁴¹. Só que tal norma é anterior à vigência da atual Constituição Federal. Deve-se, portanto, hoje, no Estado Democrático de Direito, considerar, qualquer pessoa apta a ingressar com a ação popular, afinal todo aquele que adquire personalidade civil deve ser considerado cidadão do Estado brasileiro.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 assegurar, única e exclusivamente, a legitimidade⁴² para o cidadão promover a ação popular, silenciando quanto a outros órgãos ou entidades proporem-na, não se deve entender que há uma vedação para que a lei reconheça outros colegitimados para romper a inércia da jurisdição. Daí a razão de o Superior Tribunal de Justiça editar a súmula 329⁴³ a fim de garantir que o Ministério Público proponha ação civil pública para defender o patrimônio do povo (BUENO, 2010b, p. 133). Isso ocorre porque o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação popular, que é o meio adequado para defesa do patrimônio público, então, subsidiariamente, para garantir que se tenha o provimento jurisdicional, foi permitido, por intermédio da citada súmula que o órgão ministerial proponha, no lugar da ação que seria devida, uma ação civil pública.

No entanto, Meirelles (2008, p. 141) admite que o Ministério Público apenas tem “posição singular na ação popular: é parte pública autônoma incumbida de velar pela regularidade do processo, de apressar a produção da prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados”.

⁴¹Art. 1º “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. [...] § 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda” (BRASIL, 2011e, p. 1124).

⁴²Acerca da legitimidade, é discutido se o cidadão eleitor maior de dezesseis e menor de dezoito anos pode promover a ação popular, conforme se infere das considerações de Bueno (2010b, p. 134): “é correto o entendimento de que o eleitor com mais de dezesseis e menos de dezoito anos de idade tem capacidade plena para propor a ‘ação popular’, embora seja, de acordo com o Código Civil, relativamente incapaz [...]. Se o plano processual aceita o voto do menor independentemente de qualquer assistência [...], não faria sentido que, no plano processual, o mesmo menor, para exercitar o mesmo direito, embora em plano diverso, precisasse ver integrada a sua capacidade. Ademais, não é possível descartar que a assistência civil possa, de alguma forma, frustrar ou criar algum tipo de embaraço ao pleno exercício da cidadania do eleitor, ainda que no plano processual. Não se aplica ao autor popular com mais de dezesseis e menos de dezoito anos, destarte, a necessária *integração de capacidade*” (grifo do autor).

⁴³329 “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público” (BRASIL, 2011h, p. 1795).

Ressalte-se, por intermédio do entendimento de Almeida (2003, p. 402), que as pessoas jurídicas não podem ajuizar ação popular, conforme expõe a súmula 365 do Supremo Tribunal Federal⁴⁴.

No tocante à legitimidade passiva, verifica-se que o artigo 6º da lei 4717/65⁴⁵ é bastante abrangente, a fim de garantir eficácia na prestação jurisdicional. Por ser o artigo bastante claro e ampliativo, não há comentários extensos ou divergências apontadas na doutrina analisada.

Em poucas palavras explica Mancuso (2008, p. 215):

à leitura do artigo 6º da Lei 4.717/65 já se percebe que a *mens legislatoris* é a de estabelecer um espectro o mais abrangente possível, de modo a empolgar no pólo passivo não só o causador ou produtor direto do ato ou conduta sindicados, mas também todos aqueles que, de algum modo, para eles contribuíram por ação ou omissão, e bem assim os que dele se tenham beneficiado diretamente. Compreende-se essa intenção do legislador, se atentarmos para o fato de que, pelo menos em seu capítulo *desconstitutivo*, a decisão que acolha a ação terá um caráter *unitário*, nesse sentido de ser qualitativamente homogênea em face de todos (grifo do autor).

Em apurada síntese, vale afirmar que a legitimidade ativa para ação popular é conferida tão somente ao cidadão que detenha a qualidade de eleitor, discutindo-se a possibilidade de poder o maior de dezesseis e menor de dezoito anos propor a ação sem assistência. No campo da legitimidade passiva, deve-se respeitar o estatuído no artigo 6º da lei da ação popular. Percebe-se que apesar de ser uma demanda “próxima” da população, acaba tornando-se restrita. Por assim ser, ínfima parcela da sociedade mostra-se comprometida em proteger os direitos da coletividade consagrados na Constituição Federal. É mais comum encontrar um cidadão batendo às portas do Ministério Público para efetuar qualquer tipo de denúncia do que protocolizando uma ação popular sobre o que gostaria de denunciar, por exemplo. Não é dele a culpa, contudo. Os meios de informação acerca do Direito são frágeis e, até por questão cultural, prefere-se buscar qualquer órgão público para registrar reclamações.

É como afirma Marques (2007, p. 94), a lei da ação popular “foi, sem dúvida, um grande avanço democrático, mas nunca foi efetivamente utilizada em razão de sua própria legitimação, já que o ente popular, no mais das vezes, não possui recursos técnicos ou mesmo financeiros para suportar uma demanda com o agente público”. E corrobora Ferraresi (2007, p. 137), ao dizer que “para todos aqueles que militam no foro é sabido que o número de ações

⁴⁴365 “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular” (BRASIL, 2011j, p. 1776).

⁴⁵Art. 6º “A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo” (BRASIL, 2011e, p. 1125).

populares é absolutamente inexpressivo. Cada vez menos os cidadãos se utilizam desse instrumento, uma vez que o Ministério Público encampou quase que exclusivamente a tutela jurisdicional coletiva”.

3.2.3 Competência

O artigo 5º da lei 4717/65⁴⁶, ao estabelecer a competência para o julgamento da ação popular, utilizou, basicamente, três critérios conjugadamente, quais sejam em razão da pessoa, territorial e funcional⁴⁷. Quando o pleito interessar de modo simultâneo à União e a qualquer outra pessoa, prevalece a competência da justiça federal. Já em caso de interessar tanto ao Estado quanto ao Município, prevalece, por óbvio, a justiça estadual (ALMEIDA, 2003, p. 401).

A ação popular, mesmo quando ajuizada contra o Presidente da República, Presidente do Senado, Presidente da Câmara dos Deputados, Governador ou Prefeito, será processada na justiça comum ou federal de primeiro grau (MEIRELLES, 2008, p. 143). Isso acontece porque a origem do ato impugnado não é analisada para determinar a competência; não há qualquer caso de foro por prerrogativa de função, nos casos desta demanda (BUENO, 2010b, p. 130). E completa Mancuso (2008, p. 259): a regra é tratar-se de “*ação própria do primeiro grau de jurisdição*, não constando [...] no rol das competências originárias dos Tribunais [...]; o que [...] bem se compreende, levando-se em conta que se trata de processo de conhecimento, movido em rito ordinário, geralmente com ampla dilação probatória” (grifo do autor).

⁴⁶Art. 5º “Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município” (BRASIL, 2011e, p. 1125).

⁴⁷Sobre o assunto, as palavras de Meirelles (2008, p. 143) são esclarecedoras: “a *competência para processar e julgar a ação popular* é determinada pela origem do ato a ser anulado. Se este foi praticado, autorizado, aprovado ou ratificado por autoridade, funcionário ou administrador de órgão da *União, entidade autárquica ou paraestatal da União ou por ela subvencionada*, a competência é do *juiz federal* da Seção Judiciária em que se consumou o ato. Se o ato impugnado foi produzido por *órgão, repartição, serviço ou entidade do Estado ou por ele subvencionado*, a competência é do juiz que a organização judiciária estadual indicar como competente para julgar as causas de interesse do Estado. Se o ato impugnado foi produzido por *órgão, repartição, serviço ou entidade de Município ou por este subvencionado*, a competência é do juiz da comarca a que o Município interessado pertencer e que, de acordo com a organização judiciária do Estado respectivo, for competente para conhecer e julgar as causas de interesse da Fazenda municipal” [...] (grifo do autor).

Em relação às sociedades de economia mista federais, pondera Bueno (2010b, p. 131) que, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º da lei 4717/65⁴⁸, não há incompatibilidade em permitir que elas litiguem perante a justiça federal, pois a maior parte do seu capital social está nas mãos da União Federal.

3.2.4 Sentença e coisa julgada

Na ação popular, a sentença é regulada, especificamente, pelos artigos 11 a 13 da lei 4717/65⁴⁹, trazendo algumas peculiaridades que exigem certa interpretação para correlacioná-la com o que está disposto na lei processual civil comum.

Segundo Bueno (2010b, p. 151), a sentença da ação popular deve conter pelo menos dois capítulos – um para reconhecer a invalidade do ato impugnado e outro para determinar que os responsáveis ou beneficiários pela prática do ato questionado indenizem as perdas e danos sofridos. Neste diapasão, advertência relevante é auferida por Almeida (2003, p. 413) ao verificar a autorização, concedida ao juiz, a proferir sentença *ultra petita* nas ações populares, pois o artigo 11, na lei da referida ação, permite que o juiz condene, de ofício, os responsáveis pelo ato combatido a restituir as perdas e danos.

No tocante ao tipo de provimento da sentença nesta demanda, sustenta Almeida (2003, p. 412) que

[...] a ação popular brasileira contém, em regra, provimentos *condenatório e constitutivo*; admite-se também o *declaratório positivo*, quando se pede a declaração de nulidade do ato administrativo praticado. Da mesma forma, as sentenças que julgam improcedente o pedido formulado na ação popular ou que a extinguem sem julgamento do mérito têm conteúdo declaratório, mas negativo. Já as que acolham o pedido terão conteúdo: a) *declaratório positivo*, quando se pede e é acolhido o pedido de nulidade do ato impugnado; b) *constitutivo negativo*, quando se pede e é acolhido o pedido de anulação do ato impugnado; e c) *condenatório reparatório*, quando se pede e é acolhido o pedido de condenação dos responsáveis pelo ato

⁴⁸§ 1º “Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial” (BRASIL, 2011e, p. 1125).

⁴⁹Art. 11. “A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa”.

Art. 12. “A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado”.

Art. 13. “A sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas” (BRASIL, 2011e, p. 1126).

invalidado, e dos que dele se beneficiaram, à reparação das perdas e danos; d) *condenatório preventivo*, quando se pede a tutela inibitória, ou seja, a condenação em obrigação de não fazer para evitar a concretização de ameaça iminente a quaisquer dos bens tuteláveis via ação popular (grifo do autor).

Funcionários, eventualmente, culpados pelo ato anulado que não foram chamados à ação popular, não sofrerão os efeitos da sentença, mas podem ser responsabilizados em sede de ação regressiva movida pela administração pública. Frisa-se, entretanto: apenas aqueles que agiram com dolo ou culpa podem ser chamados à responsabilidade, pois os que apenas cumprem ordens superiores ou atuam no desempenho regular de suas atribuições não estão sujeitos a reparações (MEIRELLES, 2008, p. 151).

Bueno (2010b, p. 153) e Meirelles (2008, p. 153) raciocinam de modo similar ao examinar que a sentença da ação popular, por sua natureza civil, não comporta condenações políticas, administrativas ou criminais, devendo-se encaminhar, pelo juízo, de ofício, as cópias autenticadas das peças processuais necessárias às autoridades ou aos administradores a quem caiba aplicar tais sanções. Observa ainda o primeiro autor citado que o Ministério Público, na condição de fiscal da lei, tem o dever de tomar igual atitude.

A sentença proferida, que se mostrar contrária aos interesses do Poder Público, poderá ser suspensa pelo Presidente do Tribunal a que couber a análise do respectivo recurso, enquanto não houver o trânsito em julgado. O requerimento deve ser feito pelo Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público interessada, justificando-se a suspensão apenas quando houver ilegitimidade ou grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas (MEIRELLES, 2008, p. 153).

Após o trânsito em julgado da sentença, será dado azo à formação da coisa julgada. Diferente do estatuído no Código de Processo Civil, na ação popular, a coisa julgada não se formará, segundo ensinam Bueno (2010b, p. 157), Meirelles (2008, p. 155) e Moreira (apud ALMEIDA, 2003, p. 415), quando a improcedência do pedido se der por deficiência probatória, permitindo-se, por conseguinte, que qualquer cidadão rompa a inércia jurisdicional, novamente, apenas munido de nova prova. A justificativa para tanto, conforme aponta Bueno (2010b, p. 157), é evitar conluio entre um cidadão mal-intencionado e o réu, com relação às provas disponíveis para invalidar o ato.

Caso a sentença julgue improcedente a ação ou a considere improcedente por ter argumentos infundados, há decisão de mérito, tornando a eficácia da coisa julgada oponível contra todos (*erga omnes*), não podendo ser a ação repetida, ainda que proposta por outro cidadão (MEIRELLES, 2008, p. 155). Assim, de acordo com Moreira (apud ALMEIDA,

2003, p. 415), a sentença, nestes casos, “prevalece em definitivo para todos os membros da coletividade”.

Embora a ação popular seja instrumento apto a promover a cidadania, faz-se necessário estar atento ao que se ergue com as palavras de Meirelles (2008, p. 128):

entretanto, a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindita partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa a proteger.

As manobras políticas, cujos acertos são, muitas vezes, feitos às vésperas de eleições, mostram-se verdadeiros perigos para a soberania do cidadão brasileiro. Nesses casos, o objetivo primordial da ação popular pode acabar tomando direção oposta e trazer mais malefícios do que contribuições para a promoção de uma sociedade mais justa e honesta.

Destarte, impõe-se, mais uma vez, a missão que o direito processual coletivo tende a assumir ao longo do tempo: mitigar as mazelas proporcionadas pelos instrumentos processuais que estão em vigor. A ação popular, apesar de bem sedimentada na Constituição Federal e na sua antiga lei infraconstitucional, conforme nos ensina a doutrina, também merece reparos e adequações procedimentais, a fim de auferir maior eficiência.

3.3 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança coletivo, embora previsto constitucionalmente desde o texto original da Carta Cidadã, somente foi regulamentado, por lei infraconstitucional, no recente ano de 2009. Por isso, as peculiaridades procedimentais, expressas nessa legislação, ainda se mostram incipientes na doutrina jurídica, tendo em vista a sua recente formulação. Verificar-se-ão, neste estudo, os aspectos processuais mais relevantes, apontados, especialmente, pela lei 12.016/2009, cujo fito foi cumprir a missão consagrada na Constituição Federal.

3.3.1 Conceito e objeto

Mandado de segurança, segundo o esclarecedor conceito adotado por Meirelles (2008, p. 25) é

o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Pereira (2010, p. 26), todavia, define o mandado de segurança com simplicidade, aduzindo que “é procedimento especial civil fundamentado em prova documental e voltado a combater ações ou omissões ilícitas praticadas, em tal condição, por agentes públicos em sentido amplo”.

Diferentemente do mandado de segurança individual, que se baseia no modelo tradicional de discussão das lides, o coletivo visa abarcar os casos de direitos transindividuais, sendo proposto por associações, entidades representativas ou partidos políticos, conforme determinação do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal⁵⁰. Os requisitos para ambos os tipos são similares, podendo-se utilizar, inclusive, o conceito do mandado de segurança tradicional, apenas com algumas ressalvas, de acordo com a importante advertência feita por Nery Junior e Nery (apud ALMEIDA, 2003, p. 273):

não foi criada outra figura ao lado do mandado de segurança tradicional, mas apenas hipótese de “legitimação para a causa”. Os requisitos de direito material para a concessão do mandado de segurança coletivo continuam a ser os da Constituição Federal, 5º LXIX: proteção contra ameaça ou lesão de direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”, por ato ilegal ou abusivo de autoridade. O mandado de segurança coletivo nada mais é do que a possibilidade de impetrar-se o mandado de segurança tradicional por meio de tutela jurisdicional coletiva. O adjetivo “coletivo” se refere à forma de exercer-se a pretensão mandamental, e não à pretensão deduzida em si mesma. O mandado de segurança coletivo se presta à tutela de direito difuso, coletivo ou individual [...].

No entanto, de maneira oposta, Brandão (2006, p. 268), para quem o mandado de segurança coletivo não é o mesmo que o mandado de segurança individual, diz que “o que se pode afirmar, contudo, é que o primeiro não contém uma mera ampliação na legitimidade ativa do segundo, uma vez que se trata de um outro instrumento”, afinal o objeto de ambos é distinto, não se tratando de mera modificação de legitimidade ativa.

Conforme Zavascki (2008, p. 222), o mandado de segurança coletivo é tão inovador que, ao ser criado com a Carta Política de 1988, foi inédito para o Direito brasileiro e até os dias atuais não há instrumento à sua altura no direito comparado. Imaginava-se,

⁵⁰LXX – “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (BRASIL, 2011c, p. 21).

entretanto, que a criação na modalidade coletiva, conforme assevera Pereira (2010, p. 177), “viria a torná-lo um mecanismo de importância equivalente à modalidade individual. Essa expectativa, ao menos em sua plenitude, ainda não vingou. Mesmo que não se cuide de instrumento a ser considerado raro também não atingiu a difusão que seria conjeturável⁵¹”.

Theodoro Junior (2009d, p. 45) demonstra a abrangência do mandado de segurança coletivo, que

não se trata, porém, de simples remédio para defesa de interesses coletivos. Baseando-se na liquidez e certeza do direito ofendido pelo abuso de autoridade, é preciso que o writ coletivo se volte para a tutela de concretos direitos subjetivos, demonstráveis por prova pré-constituída, ainda que pertençam a grupos ou categorias de pessoas e se apresentem como transindividuais e indivisíveis (Lei n. 12.016, art. 21, parágrafo único)⁵².

A falta de lei infraconstitucional disciplinadora do mandado de segurança coletivo não inibiu o uso do instituto, pois a previsão constitucional, em que pese a necessidade de regulamentação, possui eficácia plena e aplicação imediata. Nesse período, o mandado de segurança coletivo foi integrado pela doutrina e jurisprudência (BUENO, 2009, p. 122; GRECO FILHO, 2010, p. 52).

Em relação ao objeto do mandado de segurança coletivo, tem-se com Theodoro Junior (2009d, p. 46) que

deve corresponder a direito que pertença a uma coletividade ou categoria representada por partido político, por organização sindical, por entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano [...], embora não se exija que a tutela envolva sempre a totalidade da categoria ou o grupo (Lei n. 12.016, art. 21, *caput*).

O pedido do mandado de segurança coletivo deve ser, necessariamente, para anular ou impedir a prática de ato ilegal que venha a ferir direito líquido e certo do grupo impetrante. Vale esclarecer que o objeto não pode ser genérico, pleiteando declaração de

⁵¹Realizando pesquisa no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir do termo “mandado de segurança coletivo”, no período de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2010, encontra-se apenas um acórdão cadastrado como sendo deste tipo e um acórdão para ação cadastrada como “mandado de segurança”, mas que trata de direito individual indisponível tutelado pelo Ministério Público. Com os mesmos parâmetros de pesquisa, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, retornam nove acórdãos para demandas cadastradas na classe “mandado de segurança coletivo”.

⁵²Art. 21. “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante” (BRASIL, 2011d, p. 1743).

relações jurídicas abstratas ou hipotéticas. A principal característica da impetração coletiva reside na demonstração de uma relação jurídica padrão, determinada e definida, à qual os associados se adaptam, servindo de modelo para definir a situação de cada um. É suficiente afirmar que todos os associados que aderem estão encaixados na situação levantada pela inicial da demanda (GRECO FILHO, 2010, p. 56).

Greco Filho (2010, p. 57) e Theodoro Junior (2009d, p. 47) são uníssonos quando defendem que a nova lei do mandado de segurança, ao abordar a modalidade coletiva, vedou a utilização deste mecanismo para proteção de direitos difusos. Isso porque não há como assegurar direito subjetivo líquido e certo para um grupo indeterminado de pessoas. Além do que, lembra o segundo autor, os mencionados direitos difusos possuem a defesa do Ministério Público via inquérito civil e ação civil pública, adequados e suficientes para o desiderato.

Paradoxalmente, no entanto, encontra-se a lição de Bueno (2010b, p. 264) que entende ser possível tutelar por meio de mandado de segurança coletivo, os direitos difusos⁵³, utilizando, como exemplo, a atuação dos partidos políticos em juízo, que funcionam não apenas para defender os interesses de seus integrantes, mas beneficiar, através de sua atitude, indeterminadamente, um sem número de pessoas. E conclui escrevendo que “pouco importa que haja, ou não, alguma relação jurídica-base que una os eventuais beneficiários da medida”.

Remédio constitucional integrado ao ordenamento pátrio a fim de promover a proteção de direitos transindividuais líquidos e certos, inserto no chamado direito processual coletivo, o mandado de segurança merece devida reformulação. Talvez ela se realize conforme propõe o Código Brasileiro de Processos Coletivos, já que as disposições da lei 12.016/2009 não foram suficientes a regulamentá-lo. E, consoante Bueno (2009d, p. 122), é uma “pena que o façam de maneira tão restritiva, destoando das conquistas que o direito brasileiro tem, na perspectiva constitucional e processual civil, alcançado nas últimas décadas”. Apesar de a nova lei do mandado de segurança ter nascido com o escopo de

⁵³Em sentido adverso entende o Superior Tribunal de Justiça ao decidir que o mandado de segurança não é via adequada para proteção de direitos difusos, conforme se infere da jurisprudência abaixo colacionada:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDANDO DE SEGURANÇA. CONDUCTAS PERPETRADAS POR OPTOMETRISTAS. SUPOSTO RISCO À SAÚDE PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRECEDENTES”.

No interior do acórdão tem-se que:

[...] “O mandado de segurança não é instrumento adequado para a proteção de direitos e interesses difusos. Os Conselhos Regionais de Medicina possuem natureza autárquica, razão pela qual não dispõem de legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa de seus membros. [...]

Deveras, o que se busca tutelar são direitos difusos, porque os respectivos titulares são indetermináveis. Dessa forma, subjaz a inadequação da via eleita, porquanto a utilização da ação mandamental é restringida à defesa de direito individual”. [...] (BRASIL, 2010f).

regulamentar a modalidade coletiva, o que há muito se esperava, faltaram-lhe subsídios eficazes e contribuições significativas, pois as suas disposições mostraram-se vagas ou como mera repetição da modalidade individual, apenas com poucas ressalvas.

3.3.2 Legitimidade ativa e passiva

Segundo Pereira (2010, p. 188), a Constituição Federal enumerou quatro legitimados para impetrar mandado de segurança coletivo, quais sejam, partido político, organização sindical, entidade de classe e associação legalmente constituída há pelo menos um ano. A lei 12.016/2009 não inovou quanto aos legitimados ativos, mas questiona-se se esse rol é exemplificativo ou exaustivo. Para o autor, “a regra, inserta no rol de direitos e garantias individuais e coletivos, tem caráter sugestivo, sem excluir a ampliação pela legislação remanescente”. É idêntica a posição de Alvim (apud PEREIRA, 2010, p. 188), para quem a legitimidade para propositura do mandado de segurança coletivo deve ser ampliada⁵⁴, conforme o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, possibilitando-se, inclusive, o manejo deste remédio por parte do Ministério Público, forte na sua larga aptidão para proteger os interesses individuais indisponíveis e coletivos.

⁵⁴Acerca da ampliação do rol de legitimados ativos para o mandado de segurança coletivo, verifica-se decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a possibilidade de cacique indígena impetrar a medida em favor de toda a sua tribo, a que o Superior Tribunal de Justiça posicionara-se pela ilegitimidade da parte. Veja-se fragmento do acórdão:

[...] “Trata-se de recurso ordinário, interposto com fundamento na alínea "a" do inciso II do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim do (sic): ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA 2.656/2007. ILEGITIMIDADE DE PARTE. SÚMULAS 101 E 262/STF. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FERIMENTO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO [...].

O recorrente alegou sua condição de cacique da etnia Tembé, e, nessa qualidade, impetrou mandado de segurança com o objetivo de suspender os efeitos da Portaria nº 2.656/2007, baixada pelo Ministro de Estado da Saúde e que ‘dispõe sobre as responsabilidades na prestação da atenção à saúde dos povos indígenas, no Ministério da Saúde e regulamentação dos Incentivos de Atenção Básica e Especializada aos Povos Indígenas’. Sustentou que sua legitimidade para a causa emana do art. 232 da Lei das leis, in verbis: ‘Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo’. [...]

Feito esse aligeirado relato da causa, passo a decidir. E o faço para de logo afirmar que uma primeira leitura do art. 232 da Lei das leis me leva ao reconhecimento da legitimidade do impetrante para a propositura desta ação. Isso porque o referido preceito se vale de discurso aberto para ampliar o acesso dos indígenas ao Poder Judiciário. Acesso ampliado tanto para os índios, individualmente considerados, como para suas organizações e comunidades. Vale dizer: para a propositura de ações judiciais de caráter coletivo, os índios sequer precisam estar formalmente organizados, pois até mesmo suas comunidades, que existem independentemente de reconhecimento formal, são legitimadas a ingressar em Juízo. 6. Daí se segue que o art. 232 da Carta Magna, como regra especial que é em relação ao inciso LXX do art. 5º, confere a possibilidade do manejo de mandado de segurança coletivo por comunidades e organizações indígenas, sem a necessidade de constituição de pessoas jurídicas para esse fim” [...] (BRASIL, 2011i – grifo nosso).

O artigo 21 da lei 12.016/2009 é claro ao definir quem são os legitimados ativos para a propositura da ação em foco. No que se refere aos partidos políticos, lê-se em Bueno (2009, p. 123) que

de qualquer sorte, o que parece pretender a regra é que a legitimidade dos partidos políticos depende da circunstância de que, em cada caso, o *objeto* da impetração coincida com os objetivos institucionais do partido político, especificamente relativos à sua finalidade partidária, ou, quando menos, *interesses* dos seus integrantes. Os “interesses legítimos”, assim, só podem ser entendidos como os direitos (ou melhor: as *afirmações* de direito) que se pretende tutelar jurisdicionalmente mediante o mandado de segurança coletivo (grifo do autor).

Há uma advertência restritiva aos partidos políticos, exigindo-se que para propor a demanda haja representatividade no Congresso Nacional, isto é, deve haver deputado federal ou senador filiado ao partido, no momento da impetração, não importando se naquela legislatura foi eleito candidato vinculado às suas fileiras (PEREIRA, 2010, p. 189). Não obstante, Bueno (2009, p. 124) questiona se persiste a legitimidade ativa para o partido político que, durante o processo, perde sua representação no Congresso Nacional ou se há legitimidade para partido que tem representação apenas em casas legislativas estaduais ou municipais, por exemplo. Argumenta, ainda, que por ser o dispositivo da nova lei muito “tímido” e não responder a estes tipos de questionamentos, faz-se necessário aguardar o posicionamento da doutrina jurídica especializada, com o passar do tempo.

Quanto aos direitos tuteláveis por intermédio dos partidos políticos, leciona Theodoro Junior (2009d, p. 51):

para os partidos políticos, à luz dos próprios termos da previsão constitucional, é intuitiva a legitimação no que se refere aos filiados e aos direitos políticos. Mas mesmo além dos interesses dos filiados e do âmbito dos direitos políticos há outros temas que podem vincular-se aos fins institucionais dos partidos e, assim, justificar sua atuação no campo do mandado de segurança coletivo. Uma vez que o artigo 5º, LXX, *a*, não exige mais do que a existência legal do partido e a representação no Congresso, não há razão para limitar sua legitimação aos direitos políticos e aos interesses de seus filiados.

No mesmo sentido das considerações acima, encontra-se o posicionamento de Bueno (2009, p. 123). Segundo ele, é equivocado o entendimento que restringe a atuação dos partidos políticos apenas aos direitos dos seus membros, pois “isso seria tratar o partido político, aliás, como mero ente associativo, o que conspira contra sua missão institucional. O dispositivo constitucional limita-se, a propósito, a exigir que o partido político tenha representação no Congresso Nacional”. Realmente, o dispositivo legal não faz restrição em outro norte senão no apontado.

No que tange aos demais legitimados ativos (organizações sindicais, entidades de classe e associações), defende Bueno (2009, p. 125) que

de acordo com o dispositivo, sua legitimidade dá-se quando elas forem constituídas há pelo menos um ano e desde que a impetração se dê para a tutela jurisdicional de direitos líquidos e certos da totalidade, ou da parte, de seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades. A regra, por fim, dispensa o que é chamado de “autorização especial” para a impetração.

O conteúdo da súmula 630 do Supremo Tribunal Federal⁵⁵ foi adotado pela atual lei do mandado de segurança, de modo a ampliar o rol de direitos a serem amparados por meio de mandado de segurança por parte destes demais legitimados (BUENO, 2009, p. 125; THEODORO JUNIOR, 2009d, p. 49).

Entende Greco Filho (2010, p. 53) que as associações atuam como substitutos processuais dos associados, agindo em nome próprio a favor do direito de terceiros, embasada em autorização fornecida pelo seu estatuto. Se, contudo, houver um associado dissidente, que discorde da impetração do mandado de segurança, deve ser resguardado seu direito de não questionar o tal interesse judicialmente. Aduz o autor que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se a uma decisão que não quer, às vezes provocada por deliberação emotiva e infeliz”.

Não obstante, destoando desse posicionamento encontra-se a súmula 629 do Supremo Tribunal Federal⁵⁶, adotada pela nova lei do mandado de segurança, que garante não ser preciso a associação realizar assembléia a fim de outorgar poderes para ingresso do mandado de segurança coletivo, ou, bem menos, autorização ou previsão estatutária para tal (PEREIRA, 2010, p. 197).

Quando as associações e entidades de classe⁵⁷ impetram o mandado de segurança coletivo, os direitos abarcados são individuais, mas a tutela dá-se de forma coletiva e não conforme o interesse particular de cada um. O postulado não deve, necessariamente, pertencer à unanimidade dos associados. Pode contemplar apenas uma parte deles e mesmo assim caracterizar-se como direito coletivo (THEODORO JUNIOR, 2009d, p. 50). Nesse aspecto, há a preocupação levantada por Greco Filho (2010, p. 54) no sentido de que, apesar dos efeitos positivos gerados pela sentença coletiva como a economia da atividade jurisdicional e a uniformidade da decisão, a decisão única pode não ser a melhor por não analisar os pontos

⁵⁵630 “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão vinculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria” (BRASIL, 2011j, p. 1784).

⁵⁶629 “A impetração do mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” (BRASIL, 2011j, p. 1784).

⁵⁷Brandão (2006, p. 269) critica a defesa da maior parte da doutrina que diz que os legitimados ativos para a ação constitucional em comento atuam como substitutos processuais. Para ele o que ocorre é uma legitimação legal, decorrente da norma constitucional para defesa de direitos coletivos dos membros, associados ou filiados e não uma legitimação extraordinária como querem alguns.

sutis de cada caso e por ser revestida de conotações políticas prejudiciais ao direito de cada um.

Ora, se a cada inovação trazida pelo Direito brasileiro o operador jurídico hesitar em utilizá-la em razão de possíveis conotações políticas que venham a eivar a decisão judicial, como quer o autor citado, estar-se-á maculando, duvidando, desacreditando de toda a dita independência funcional, transparência na atividade e eficiência do serviço judiciário, rasgando-se todo o consagrado texto constitucional que impera, pelo menos em tese, no país.

Relativamente à possível legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo, aduz Bueno (2009, p. 127) que, diante do silêncio do artigo 21 da lei 12.016/2009, pode-se entender ser esta uma possibilidade viável, frente àquele órgão cujos fins institucionais vão ao encontro dos objetos da ação em comento⁵⁸.

Quanto à legitimação passiva não há qualquer novidade ou distinção para o mandado de segurança coletivo. Segue-se a regra estatuída para o individual, conforme exposto no artigo 6º, parágrafo 3º da lei 12.016/2009⁵⁹, em que o legitimado passivo, segundo

⁵⁸ Acerca do tema, segue ementa de jurisprudência e parte do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, citando, inclusive, precedente do Superior Tribunal de Justiça, em que foi aceita a legitimidade do Ministério Público para ingressar com a ação mandamental a fim de compelir o município a incluir criança em creche, tendo em vista negatória de vaga solicitada pelo Conselho Tutelar. Essa tutela jurídica visa à proteção de um direito individual indisponível e social. Observe-se:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA E REEXAME NECESSÁRIO - ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - DIREITO À CRECHE - MENOR DE ZERO A SEIS ANOS - PRECEITO CONSTITUCIONAL REPETIDO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA - EXIGIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO VIOLADO - INTERESSE TRANSINDIVIDUAL - DESPROVIMENTO DO RECURSO E DA REMESSA”.

No interior do acórdão:

[...]”É consabido que, em se tratando de interesses sociais, como é a educação, autorizado está o Ministério Público a demandar em juízo, para proteger os interesses difusos e coletivos, a fim de tutelar direitos individuais e indisponíveis. [...] A orientação jurisprudencial do STJ é no mesmo sentido: ‘1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam, os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. (REsp 736524/SP, Ministro Luiz Fux, DJ 03/04/2006 p. 256)’” (SANTA CATARINA, 2010b).

⁵⁹ Art. 6º “A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições. [...] § 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática” (BRASIL, 2011d, p. 1741).

Greco Filho (2010, p. 55) é “a autoridade coatora, ou seja, o agente público que, com sua vontade, concretiza a invasão do patrimônio jurídico do indivíduo”.

A autoridade coatora, geralmente, é aquela que pratica diretamente um ato e não a superior, que dita normas gerais, pois suas determinações não atingem frontalmente um sujeito. Já, no caso do mandado de segurança coletivo, há uma peculiaridade apontada por Greco Filho (2010, p. 55) e Theodoro Junior (2009d, p. 52): se os associados beneficiários da ordem estiverem em área de atuação de autoridades diferentes, será necessário aforar a ação constitucional contra a autoridade coatora a qual possui atribuição sobre todos, ainda que não tenha ela, concretamente, praticado o ato que atingiu todos os associados. Pode neste caso, então, a autoridade demandada ser aquela superior que dita normas gerais.

Infere-se, pelo exposto, que em relação à legitimidade passiva para o mandado de segurança coletivo não pairam dúvidas quanto aos seus figurantes, pois está sedimentado que a autoridade coatora é sempre o agente público que praticou o ato ilegal. Já quanto à legitimidade ativa, em que pese a edição da lei 12.016/2009, evidencia-se que pouca contribuição foi trazida à baila, permanecendo, ainda, algumas lacunas que atormentam os operadores do Direito. Pode ser, neste caso, e mais uma vez, que a edição do Código de Processos Coletivos contribua para resolver algumas incógnitas que ainda persistem no ordenamento pátrio.

3.3.3 Competência

Dentre a doutrina jurídica analisada para a confecção do presente estudo, não se encontrou manifestação acerca das regras de competência para o mandado de segurança coletivo, talvez porque a própria lei que o regulamentou nada menciona especificamente. Entende-se, por conseguinte, que devem ser aplicadas as normas relativas ao mandado de segurança individual, com base nas poucas regras insculpidas na Constituição Federal acerca do tema⁶⁰.

⁶⁰Conforme ementa do acórdão abaixo colacionado verifica-se que o Tribunal de Justiça do Maranhão manteve, em ação de mandado de segurança coletivo, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, a competência comumente instituída para resolver a situação questionada:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO DO QUADRO DE PESSOAL DO TJMA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.

Dentre os autores consultados para a confecção deste estudo, Greco Filho (2010, p. 56) é o único que menciona poucas palavras acerca deste assunto e, apenas para informar que “a fixação da autoridade coatora determina a competência. Não há regra especial de competência para o mandado de segurança coletivo [...]”.

Já Pereira (2010, p. 181), quando afirma que a reunião das três ações constitucionais aqui abalizadas origina um microsistema processual de ações coletivas, delineia que, ao surgirem lacunas legislativas quanto ao mandado de segurança coletivo, devem-se aplicar as disposições da lei 7347/85 e do Código de Defesa do Consumidor, integrando-as.

Bueno (2010b, p. 55), em comentário sobre a competência para o processamento do mandado de segurança individual, assevera que em se tratando de autoridade federal, o mandado deve ser impetrado na Justiça Federal; sendo estadual, municipal ou distrital, deve-se ter ciência do que determinam as Constituições e normas de organização judiciária da justiça dos estados. Quanto ao *status* funcional, lembra o autor ser preciso verificar se há prerrogativa de foro – competência originária dos Tribunais, estabelecida pela Constituição Federal. A título de exemplo pode-se citar o inculcado no artigo 102, inciso I, alínea d do texto constitucional⁶¹.

3.3.4 Coisa julgada

A coisa julgada nas ações de mandado de segurança coletivo possui um tratamento especial, dispensado pelo artigo 22 da lei 12.016/2009⁶².

COISA JULGADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CAUSA DE PEDIR E PEDIDOS DISTINTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO DO STF. RECURSO DESPROVIDO.

I - A Justiça Comum é competente para processar e julgar as demandas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, contratados por prazo determinado, em face de necessidade temporária de excepcional interesse público. Ainda que tenha ocorrido prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário, tal circunstância não altera a natureza do vínculo jurídico-administrativo originariamente estabelecido entre as partes. Precedentes do STF”. [...] (MARANHÃO, 2010).

⁶¹Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2011c, p. 50).

⁶²Art. 22. “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. § 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência

Ao abordar o tema, Pereira (2010, p. 202) explica que

a regulamentação dada pelo artigo 22, *caput*, ao assunto foi imperfeita. Ali se tem a impressão de que o julgamento do mandado de segurança, se enfrentado o mérito, atingirá de forma irreversível os membros do grupo ou categoria. Permite-se, ainda, a compreensão de que a improcedência prejudicará sempre o substituído (no caso de direitos individuais homogêneos).

Para chegar a bom resultado se deve aplicar conjuntamente o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (com as necessárias adaptações). Como se tem insistido, esse diploma, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, representa um *Código de Processo Civil Coletivo* (grifo do autor).

Considerando-se que essa ação constitucional, conforme a letra da lei, só é apta a tutelar os direitos coletivos e os individuais homogêneos, correto está o artigo ao restringir a coisa julgada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante, afinal aqueles direitos, por definição, pertencem a pessoas determinadas ou determináveis. Caso entenda-se pela tutela, também, de direitos difusos, seria “forçoso concluir que a coisa julgada dirá respeito a todos aqueles que estavam sujeitos ao ato questionado” (BUENO, 2009, p. 133).

Para Sodré (apud THEODORO JUNIOR, 2009d, p. 53) a coisa julgada do mandado de segurança coletivo deve observar o regime das ações coletivas, de acordo com o artigo 103, inciso II da lei 8.078/90, operando efeito *erga omnes* dentro do grupo, categoria ou classe impetrante, em caso de procedência. Havendo, todavia, julgamento de improcedência por falta de provas, os associados não seriam atingidos individualmente pela força da coisa julgada.

Da mesma forma que o item anterior, este aspecto do mandado de segurança coletivo enseja poucos comentários nas poucas doutrinas que já analisam a nova lei⁶³. Acredita-se, porém, que o artigo a tratar da coisa julgada é bastante claro ao afirmar que ela atinge apenas os membros do grupo impetrante, estando a regra em consonância com o que dispõe o objeto da demanda (direitos coletivos e individuais homogêneos).

para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. § 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas” (BRASIL, 2011d, p. 1743).

⁶³São autores que analisam a nova lei do mandado de segurança: Bueno (2009), Greco Filho (2010), Pereira (2010) e Theodoro Junior (2009d).

4 O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Devido à constante e notória evolução do direito processual civil, considerando-se ser o Direito uma ciência dinâmica que deve acompanhar as mudanças sociais, percebe-se a necessidade de inovar no que diz respeito à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo em vista o crescimento e o avanço da chamada sociedade massificada. É preciso lembrar que com o advento da Revolução Industrial, a produção passou a ocorrer em larga escala, porquanto, consumo, contratos, deveres, direitos do cidadão e a própria sociedade, passaram a ser concebidos em uma forma geral, em massa, para todos, onde muito pouco é realizado individualmente. Basta fazer uma simples reflexão do dia a dia para verificar que vive-se o imperativo mundo-padrão; as individualidades são, a cada dia, mais desprezadas, esquecidas.

Nesse diapasão, verifica-se que uma das características primordiais do Direito é, justamente o dinamismo, consoante se extrai da lição de Venosa (2004, p. 33) ao afirmar que “há, portanto, um claro processo de adequação social no Direito, que busca seu desiderato por meio de normas. Como produto cultural, o direito é o resultado do processo valorativo. Todas as realizações humanas decorrem de um processo axiológico”. Assim, por consequência, o Direito deve sempre visar adequação às novas realidades sociais, pois

a história do Direito revela-nos um ideal constante de adequação entre a ordem normativa e as múltiplas e cambiantes circunstâncias espaço-temporais, uma experiência dominada ao mesmo tempo pela dinamicidade do justo e pela estabilidade reclamada pela certeza e pela segurança (REALE, 2002, p. 572).

Com essa perspectiva, então, a tutela jurídica a ser concedida pelo Estado deve, também, fazer par à dita evolução natural da sociedade e ser concebida de forma massificada. É preciso, no entanto, ter instrumentos ideais e adaptados para este enfrentamento. O processo civil comum, tradicionalista, foi criado em uma época onde imperava a individualidade¹. Depara-se, a cada instante, com o Poder Judiciário como um mecanismo em colapso, que não comporta, sobremaneira, os milhares de ações judiciais propostas no cotidiano. É nesse contexto preocupante que nasceu o que vem se chamando de direito processual coletivo, como um novo ramo do direito processual.

Em recente pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, constatou-se que no ano de 2009 a justiça estadual recebeu cerca de setenta e quatro por cento dos novos

¹Conforme afirma Torres (2011), o Código de Processo Civil, de 1973, espelha três características marcantes: individualismo, patrimonialismo e caráter estritamente repressivo.

processos que ingressaram no Poder Judiciário, o equivalente a dezoito vírgula sete milhões de ações. Somando-se às demandas já em trâmite, no ano de 2009, o Poder Judiciário estava acometido, em suas três esferas (federal, estadual e do trabalho), por nada menos que cerca de oitenta e seis vírgula seis milhões de processos, gerando uma taxa de aproximadamente um processo para cada duas pessoas residentes no país² (BRASIL, 2010c). Analisando tais poucos dados, resta gritante a necessidade de perfilhar-se à corrente defensora de que o modelo tradicional do processo não possui condição de subsistir no cenário jurídico atual.

O direito processual coletivo abarca, primordialmente, a tutela dos direitos transindividuais, da qual, podem ser considerados espécies, os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Em razão deste novo ramo processual, da necessidade de adequar os obsoletos procedimentos do processo civil tradicional e das divergências existentes entre as leis infraconstitucionais reguladoras das demandas coletivas, é que iniciaram movimentos por parte de estudiosos vanguardistas para criar códigos e legislações específicas, a fim de consolidar esta vertente do Direito, visando, ainda, resolver problemas gerados pelo acúmulo de ações repetitivas nos tribunais de todo o país³.

Desta feita, no ano de 2004, foi editado para os países ibero-americanos o Código Modelo de Processos Coletivos, formulado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, contando com a participação de quatro professores brasileiros. A seguir, no Brasil, a professora Ada Pellegrini Grinover, juntamente com alunos de pós-graduação da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, elaboraram a primeira versão de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Embora com algumas alterações, o anteprojeto foi levado ao Ministério da Justiça, incorporando várias sugestões em sua redação final, com o fito de ser convertido em projeto de lei e votado pelo Congresso Nacional.

Alguns outros anteprojeto versando acerca do mesmo tema foram criados⁴. Entretanto, adotou-se para esta pesquisa a proposta dirigida pela professora Ada Pellegrini

²Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2007, a população estimada para o território brasileiro era de cento e oitenta e três milhões novecentos e oitenta e sete mil e duzentos e noventa e um (BRASIL, 2007a).

³A limitação prevista no parágrafo único do artigo 46 do Código de Processo Civil, por exemplo, impede que diversos interessados litiguem em litisconsórcio em única demanda, sob o argumento de que a medida poderia causar tumulto processual, o que contribui para a proliferação de demandas repisadas e contradiz-se às políticas de celeridade processual. Tal situação não se coaduna com a realidade atual, haja vista que vive-se inserido em sociedade massificada, onde as relações jurídicas também acabam por assim se classificar.

⁴Durante as diversas leituras realizadas para a confecção desta monografia, encontraram-se alguns poucos posicionamentos – a exemplo de Torres (2011) – entendendo que os variados anteprojeto de lei, versando acerca de Código Brasileiro de Processos Coletivos, foram rechaçados em sua tramitação legislativa em virtude da edição do projeto de lei de nova ação civil pública (PL 5139/2009). Apesar deste autor assim se manifestar, é favorável à edição de instrumento regulamentador das ações coletivas brasileiras, reunindo todas as normas a ela vinculadas. Entretanto, no dia 17 de março de 2011, o tal projeto de nova ação civil pública foi rejeitado no

Grinover, por constituir, salvo melhor juízo, maior afinidade com os objetivos almejados. As disposições acerca deste anteprojeto se encontram no anexo A⁵. Frisa-se, contudo, não ser estanque a proposta, podendo e devendo sofrer as alterações que se mostrarem úteis ao longo do caminho a ser trilhado. Sempre há o que aperfeiçoar quando o assunto é promover os ideais constitucionais. O que se pretende, neste trabalho, é fornecer amplo panorama das disposições oriundas da citada proposta, especialmente no que tange à ação coletiva ativa. Buscar-se-á esclarecer de que forma as inovações sugeridas podem conferir maior efetividade ao processo civil brasileiro.

O que se almeja com este estudo é demonstrar e atentar que o país regozija por uma teoria geral do processo coletivo – visando sanar dúvidas e impasses gerados pela integração de diferentes legislações, conforme elencado no capítulo três desta monografia – o que pode ser obtido através de uma codificação especial para tanto. Verificou-se que tal necessidade é premente através do estudo dos princípios constitucionais do processo civil e da análise das leis que amparam os processos coletivos. A já amplamente citada proposta monitorada pela professora Ada Pellegrini Grinover pode, em razão de interesses alheios⁶, não ser convertida em projeto de lei. No entanto, o que impera é o fato de a comunidade jurídica, atualmente, clamar por medidas aptas a desafogar o Poder Judiciário e por mudanças na tutela dos direitos transindividuais. É nesse contexto que as proposições de Código de Processos Coletivos se enquadram perfeitamente, constituindo ideal alternativa a operar melhorias na efetivação da justiça brasileira.

Durante a elaboração do trabalho foi possível denotar que diversos autores especialistas em ações coletivas entendem que a integração existente entre a lei da ação civil

mérito pela comissão de constituição, justiça e cidadania da Câmara dos Deputados, retornando-se, desta forma, ao que se chama de “estaca zero” (BRASIL, 2009a). A proposta de Código de Processos Coletivos, especialmente a aqui analisada, continua em voga na doutrina jurídica nacional, já que diversos autores, ainda neste ano, editaram obras comentando a respeito – cite-se, a exemplo, Didier Junior e Zaneti Junior (2011). Além do mais, a necessidade de se revisitar a processualística afeta às ações coletivas é inegável e, até então, não há qualquer posicionamento concreto a respeito; continua-se em fase de estudos aprofundados, visando atingir a excelência na reformulação. É possível que, a qualquer momento, o anteprojeto seja convertido em projeto de lei e levado à votação. Muito mais inovadora, revolucionária e eficiente é a elaboração de verdadeiro Código para tratar das demandas coletivas, como quer o anteprojeto em estudo, que visa incluir o direito das massas como verdadeiro ramo de direito processual e integrar todas as normas processuais desta classe tão importante de direitos. Uma mera lei reformulando em partes a ação civil pública, como o é o projeto de lei em trâmite, não resolve as dificuldades enfrentadas e não traz resultados verdadeiramente satisfatórios, pois trata de medida paliativa, que pode, inclusive, surtir efeito contrário.

⁵Como o texto do anteprojeto está anexado, quando forem feitas citações envolvendo artigos da referida proposta, estas não serão transcritas, devendo-se, portanto, verificar o anexo A deste estudo.

⁶Pertinente afirmação de Venturi (2007b, p. 40) sobre a qual se deve refletir: “[...] são grandes as chances de que o Anteprojeto, uma vez enviado ao Parlamento, possa vir a ter seu espírito desfigurado em função de alterações impostas pelas Casas Legislativas, não sendo desconhecida a profunda antipatia que as ações coletivas geram em muitos segmentos sociais politicamente fortes, de onde se deve aguardar todo tipo de articulações no intuito de, ao invés de aprimorar o sistema da tutela jurisdicional coletiva, restringi-lo ainda mais”.

pública e do Código de Defesa do Consumidor – conforme analisado no item 3.1 desta monografia – já configura verdadeiro Código de Processo Civil Coletivo, reforçando ainda mais a lógica adotada pelo anteprojeto⁷.

Dessa forma, atendo-se à delimitação do tema da pesquisa, a ação coletiva passiva e as disposições específicas acerca do mandado de segurança coletivo, da ação popular e da ação de improbidade administrativa contidas no anteprojeto não serão analisadas. Sobre a ação coletiva ativa, há que se destacarem somente os aspectos processuais relevantes e que contribuem para a garantia de efetividade, por ser este o escopo fundamental da presente monografia. Não se pode, infelizmente, esgotar assunto tão complexo em virtude da amplitude e extensão, mas, talvez, consiga-se despertar interesse para o tema, que ainda é pouco conhecido, e, assim, outros estudos serem desenvolvidos.

4.1 AS PROPOSTAS INOVADORAS DO ANTEPROJETO

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos mostra-se repleto de propostas inovadoras ao direito processual civil brasileiro. Sob este prisma, diante da delimitação formulada a este estudo e dos temas abordados, nos primeiros capítulos, convém analisar os principais princípios jurídicos, norteadores do processo coletivo, bem como os aspectos processuais mais relevantes a respeito da denominada ação coletiva ativa, tudo diante da perspectiva adotada pelo anteprojeto.

Diferentemente dos tomos já apresentados, o enfoque deste capítulo esbarra em maior dificuldade para encontrar referências bibliográficas, posto que a doutrina jurídica ainda se encontra incipiente para tanto. Os doutrinadores tradicionais, quando se manifestam acerca do tema o fazem em poucas palavras. Diversos livros até abordam o processo coletivo, mas a maioria, ou trata sobre o direito processual coletivo como ramo do Direito ou apenas analisa as ações ditas coletivas que vigoram na atualidade. Todavia, já existem alguns poucos vanguardistas que escreveram obras ou artigos acerca das novidades trazidas pelo anteprojeto. E, especialmente, os ensinamentos desses estudiosos fundamentarão este estudo.

⁷Leonel (2005, p. 7) afirma que dois, dos grandes avanços do anteprojeto, são os fatos de sedimentar a ideia consagrada pela doutrina nacional de que as leis que regem o processo coletivo formam um sistema integrado e buscar o progresso deste ramo, via maior aproveitamento dos seus instrumentos, tendo sempre em mente a efetividade processual.

4.1.1 Princípios da tutela jurisdicional coletiva

Elaborado sob coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover, o anteprojeto de Código de Processos Coletivos contém, no artigo 2º, uma relação de vinte e dois princípios que norteiam a atuação do operador jurídico em casos de tutela jurisdicional coletiva. Alguns deles são bastante difundidos no processo civil comum, sendo deveras conhecidos, a exemplo do acesso à justiça, boa fé e cooperação das partes e de seus procuradores, economia processual, instrumentalidade das formas, representatividade adequada, proporcionalidade e razoabilidade. O magno princípio do acesso à justiça já foi inclusive objeto de análise no primeiro capítulo do presente estudo.

Dentre essa gama de princípios, chamam especial atenção, pela novidade e pela coerência com a proposta adotada pelo anteprojeto, os da tutela coletiva adequada, flexibilização da técnica processual e não taxatividade da ação coletiva.

O princípio da tutela coletiva adequada pode ser entendido de acordo com o princípio do processo civil comum da adequação, comentado no primeiro capítulo. É imprescindível, para a efetiva prestação jurisdicional, que o procedimento adotado em uma ação judicial seja condizente à tutela vislumbrada. A ação coletiva, deste modo, surge como meio apto a garantir a adequada prestação jurisdicional acerca de interesses transindividuais que, por ser uma categoria especial de direitos, não prescinde de um procedimento judicial amoldado às suas peculiaridades, a fim de bem atender às exigências do cidadão.

Já a flexibilização da técnica processual pode ser entendida como uma decorrência da adequação procedimental. A razão é que, muitas vezes, torna-se necessário ignorar o formalismo dos procedimentos judiciais e adequar os métodos a uma forma mais flexível, maleável com o fito de garantir a efetividade da tutela a ser ou não concedida. No decorrer deste capítulo será possível visualizar em diversas situações que o cerne do anteprojeto é dotado de flexibilidade. Sob esta ótica, Fux (apud MARQUES, 2007, p. 65) critica o excesso de formalismo, que acaba obstaculizando a celeridade processual, pois “a tão decantada ‘morosidade da justiça’ guardava íntima correlação com o cumprimento das solenidades processuais que imobilizam o Judiciário, a pretexto de garantir o réu contra os arbítrios da magistratura”.

Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, seja de forma direta ou indireta, atingem a todos os cidadãos de uma sociedade e é neste ponto que reside a

importância e a imensurável dimensão que a tutela desses interesses assume, exigindo, portanto, do legislador e do operador do Direito a observância de métodos práticos que evidenciem a eficácia da tutela e não ao rigor procedimental. O artigo 48 do anteprojeto é claro ao indicar que as disposições do Código deverão ser interpretadas de forma aberta e flexível, reforçando a ideia de contemporaneidade e adaptação ao caso concreto, já que nenhuma outra codificação contém norma tão inovadora.

É como afirma Oliveira (2009, p. 246) acerca do formalismo no processo civil,

[...] tanto a organização do processo como o seu ordenamento e disciplina também não são destituídos de conteúdo. Ordem pela ordem não tem significado. Assim, se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o rigor formal ao caso, quando necessário para vencer o formalismo, obstaculizador da justiça na hipótese concreta. Dentro dessa visão finalista, bem ressalta a melhor doutrina brasileira que o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno encontra-se nos preceitos relativizantes das nulidades, integrando-se as regras referentes às nulidades no “sobredireito” processual, porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade.

Sobre o princípio da não taxatividade da ação coletiva, comentam Didier Junior e Zaneti Junior (2011, p. 126) que para os interesses transindividuais “quaisquer formas de tutela serão admitidas para a efetividade desses direitos [...]. Com isso se superam as objeções ao cabimento de ações e pedidos em tutela coletiva por parte de parcela da doutrina e mesmo por inconstitucionais restrições ou interpretações de normas ‘coletivas’”. Verifica-se, então, que o rol de direitos e de tipos de ações previstas, para tutelar os chamados direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, deve sempre ser entendido de forma aberta, não taxativa, ampliativa, de modo a abarcar todas as situações vivenciadas pela coletividade.

Não é bom alvitre analisar aqui todos os princípios apontados no referido artigo 2º do anteprojeto, principalmente por não constituir o foco do trabalho. Aliado a isso, tem-se a delimitação do tema e a extensão do estudo. Ressalte-se, inclusive, ainda o fato de não haver doutrina jurídica especializada acerca do conteúdo, não se tornando possível e nem viável realizar análise mais aprofundada. São por tais motivos que preferiu-se discorrer, ainda que superficialmente, apenas sobre os três princípios supracitados.

4.1.2 Ação coletiva ativa

O anteprojeto em comento adota o termo ação coletiva ativa para designar de maneira generalizada, as ações ajuizadas para versar acerca de direitos transindividuais, diferente do que vem sendo abordado para estes casos, erroneamente, como ação civil pública, tratando esta como gênero, que na realidade não o é.

4.1.2.1 Conceito

O anteprojeto define, em seu artigo 1º, a abrangência e o conteúdo do Código Brasileiro de Processos Coletivos. Já o *caput* do artigo 3º define que todas as espécies de ações são admitidas para tutelar os direitos protegidos por esta legislação.

Didier Junior e Zaneti Junior (2011, p. 44) conceituam processo coletivo como aquele

instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas (grifo do autor).

Esse conceito, que segundo os autores acima citados não difere substancialmente do formulado por Antônio Gidi, um dos mentores de outro anteprojeto de Código de Processos Coletivos, demonstra que há a possibilidade de ajuizar uma ação coletiva tanto ativa quanto passiva, conforme o próprio texto do anteprojeto em análise propõe. Na ação passiva, o grupo, categoria ou classe de pessoas é réu.

Para Almeida (2003, p. 16), não há que se falar apenas em ação ou demanda coletiva, pois estes termos estão diretamente interligados com a “idéia de proteção do direito material deduzido em juízo. Assim, estaria mais vinculada à jurisdição, motivo pelo qual não é suficiente para definir todo o fenômeno referente ao direito processual coletivo”. O autor defende que o direito processual coletivo envolve muito mais que jurisdição, sendo novo ramo de direito processual, com berço constitucional.

Marques (2007, p. 20) ao conceituar a ação coletiva acaba fazendo uma análise filosófica ao dizer que

[...] a tutela coletiva de direitos surge como uma ferramenta muito adequada para proporcionar ampliação e democratização do acesso à justiça, porquanto, com numa (sic) única ação, é possível açambarcar a pretensão de tantos quantos sejam os lesados, especialmente aqueles que, em razão dos obstáculos socioeconômicos ao acesso à justiça, não poderiam demandar individualmente. Isso, sem contar o grande benefício adicional de poupar o Judiciário da invencível sobrecarga que

representaria a repetição de inúmeras ações individuais versando sobre a mesma causa.

A demanda coletiva, sendo devidamente difundida e informando-se adequadamente à população acerca dos seus direitos e deveres como cidadãos de um Estado Democrático de Direito, servirá, conforme anotam Didier Junior e Zaneti Junior (2011, p. 47) para “fomentar participação democrática. Ocorre, por meio delas, uma democracia pontuada, exercida através do Poder Judiciário [...]”.

A exposição de motivos do anteprojeto justifica o uso da expressão ação coletiva nos seguintes termos:

o Capítulo II, dividido em duas seções, trata da ação coletiva. Preferiu-se essa denominação à tradicional de “ação civil pública”, não só por razões doutrinárias, mas sobretudo para obstar a decisões que não têm reconhecido a legitimação de entidades privadas a uma ação que é denominada de “pública”. É certo que a Constituição alude à “ação civil pública”, mas é igualmente certo que o Código de Defesa do Consumidor já a rotula como “ação coletiva”. Certamente, a nova denominação não causará problemas práticos, dado o detalhamento legislativo a que ela é submetida. Trata-se apenas de uma mudança de nomenclatura, mais precisa e conveniente (GRINOVER, 2007a).

Aprende-se que ação coletiva ativa é a demanda apta a propiciar a busca em juízo da tutela de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos. A prestação jurisdicional, conferida pelo Estado-juiz, atingirá diretamente a coletividade ou, pelo menos, um grupo de pessoas ou ainda irá, de modo indireto, guarnecer e beneficiar a sociedade.

4.1.2.2 Objeto

O objeto das ações coletivas, conforme demonstra o artigo 4º do anteprojeto, é a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Percebe-se que o conceito adotado para tais categorias de direito foi o mesmo do Código de Defesa do Consumidor, talvez por se mostrar a tipificação mais abrangente. A novidade apontada diz respeito ao disposto no parágrafo único, em que se permite questionar a constitucionalidade de lei ou ato normativo por intermédio do controle difuso⁸.

⁸Segundo Nery Junior e Nery (apud DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 45), “na ADIn [ação direta de inconstitucionalidade], para o controle abstrato da constitucionalidade das normas, não há interesse subjetivo, mas interesse difuso, de toda a coletividade, na higidez da norma federal ou estadual comparada com o texto constitucional federal”. Almeida (2003, p. 170) afirma que uma das formas de controle de constitucionalidade adotadas pelo Brasil é a via do controle difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal, em um caso concreto onde

O artigo 28, *caput*, do anteprojeto define a abrangência da ação coletiva para a tutela especificamente dos direitos individuais homogêneos. Nesse caso, o objeto não é preponderantemente coletivo, mas a ação poderá ser exercida de modo coletivo se todos os sujeitos estiverem submetidos a uma relação jurídica idêntica ou, pelo menos, similar. Essa possibilidade é de extrema importância para tentativa de combate à repetição de ações semelhantes que assola o Poder Judiciário. Acarreta-lhe excesso de trabalho desnecessário, pois é muito mais simples garantir a busca por uma tutela conjunta àqueles que sofrem do mesmo mal. É uma fórmula mais funcional e que coincide com a tecnologia e com a evolução da sociedade massificada em que se vive.

Na legislação vigente, encontra-se uma imediata restrição nos objetos de atuação tanto da ação civil pública, quanto da ação popular e mandado de segurança coletivo, o que inexistente no anteprojeto. O que se propõe é que a ação coletiva possa abarcar todo e qualquer tipo de direito que se classifique na categoria de transindividual, sem condicionamentos ou restrições. A possibilidade de questionar constitucionalidade de lei é inovadora, na medida em que para ação popular há uma proibição para tanto.

O anteprojeto, conforme apontado na exposição de motivos, engloba todos os atuais processos coletivos existentes na legislação em vigor, excetuando-se os relacionados com o controle de constitucionalidade, porque não são destinados à defesa direta de interesses de grupos, categorias ou classes de pessoas (GRINOVER, 2007a).

Para compreender de que maneira o operador do Direito deve distinguir o tipo de direito transindividual a ser tutelado, Nery Junior (apud DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2011, p. 87) utiliza-se de um exemplo⁹ bastante esclarecedor, o qual convém colacionar:

esse seja o objeto da causa de pedir, o exerce apreciando incidentalmente a alegação de inconstitucionalidade, sendo que a decisão produzirá efeitos apenas em relação às partes envolvidas na demanda.

⁹Outro exemplo acerca do tema é bem demonstrado por Watanabe (2007, p. 156): “[...] uma ação de anulação de deliberação assemblear de uma sociedade anônima que veicula matéria de ordem geral, e não uma questão de interesse específico de algum acionista, será uma ação de alcance coletivo, mesmo que proposta por apenas um ou alguns acionistas, e a respectiva sentença, sendo acolhedora da demanda, beneficiará necessariamente a totalidade dos acionistas. Nessa espécie de conflitos de interesses, não há lugar para a concomitância de demandas individuais que objetivem o mesmo resultado prático. É suficiente a propositura de uma única ação de anulação, por um ou mais acionistas, sem a necessidade de participação da totalidade deles, pois estamos diante de uma demanda individual com alcance coletivo, certo é que o escopo dela diz respeito à totalidade dos acionistas. Não se nega a possibilidade de cada acionista ter uma pretensão individual específica e diferenciada, pertinente somente a si, em relação à qual será inquestionavelmente admissível a demanda individual. Mas não é fragmentável em demandas individuais a *pretensão anulatória*, pois o provimento jurisdicional correspondente tem pertinência necessária à totalidade dos acionistas” (grifo do autor).

Ainda o mesmo autor cita outro exemplo a fim de bem demonstrar a importância assumida pela ação coletiva nos moldes do anteprojeto em estudo: “a *ação coletiva* ajuizada com o escopo de exigir a *cessação da poluição ambiental* praticada por uma indústria é apta a tutelar os interesses de toda a coletividade (interesses difusos,

[...] o exemplo de um acidente ocorrido no Brasil com um navio turístico, o *Bateau Mouche IV*. Este acidente possibilitaria várias ações distintas: ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Concluindo, em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual (grifo nosso).

Brandão (1996, p. 141), há muito, já aventava a necessidade de readequar a tutela dos chamados “novos direitos”, conforme propõe o anteprojeto, pois

[...] os esquemas conceituais vigentes são totalmente inadequados para a ação civil pública e que, por isso, é preciso (re)pensar uma teoria geral própria para esta ferramenta processual, para que se encontre uma aplicabilidade mais efetiva e, com isso, ela atinja o seu desiderato: instrumentalizar parte das “demandas por construções coletivas da cidadania”.

Quando o anteprojeto traz para si a responsabilidade de transformar a judicialização dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em uma maneira mais eficaz, pode-se afirmar, com toda certeza, que ele está a serviço da cidadania e da promoção da justiça social. A exposição de motivos do anteprojeto assevera que o objetivo maior do Código é

reunir, sistematizar e melhorar as regras brasileiras sobre processos coletivos, hoje existentes em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com a relevância jurídica, social e política dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos. Tudo com o objetivo de tornar sua aplicação mais clara e correta, de superar obstáculos e entraves que têm surgido na prática legislativa e judiciária e de inovar na técnica processual, de modo a extrair a maior efetividade possível de importantes instrumentos constitucionais de direito processual (GRINOVER, 2007a).

4.1.2.3 Legitimidade ativa e passiva

portanto). A *ação individual* que viesse a ser proposta por uma vítima, por exemplo, um morador da vizinhança, reclamando a indenização pelos danos individualmente sofridos em virtude da mesma poluição combatida na ação coletiva veicularia uma pretensão individual própria e inconfundível com a pretensão coletiva. Seria inegável, nessa hipótese, a presença do requisito da compatibilidade entre a pretensão coletiva e a individual. Mas, se na *ação individual* fosse veiculada a pretensão à cessação da poluição, teria ela escopo coincidente com o da *ação coletiva*. Suponhamos, para salientar bem essa distinção, que outros moradores ajuizassem também ações individuais com a mesma finalidade, qual seja a de cessação da poluição. Todas elas estariam reproduzindo a mesma pretensão veiculada na *demandação coletiva*. São “individuais” apenas no sentido de que são propostas por indivíduos, mas a pretensão é de alcance coletivo, pois beneficia a totalidade das pessoas que se encontram na mesma situação, e não somente o autor da ação. Em semelhante situação, seria suficiente uma só demanda, seja individual ou coletiva” (grifo do autor).

Com intuito de evitar todos aqueles questionamentos comentados quando da análise da ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo, o artigo 20 do anteprojeto mostra-se apto a dissipar todas as dúvidas, apresentando um extenso rol de legitimados ativos para a propositura da ação coletiva.

A proposta ora analisada contém, em seu bojo, detalhes que tornam inquestionável a capacidade conferida aos sujeitos para serem parte ativa na demanda coletiva; os requisitos estão claramente expostos, podendo-se considerar aquele um rol fechado. É como analisa Mirra (2007, p. 131)

[...] fiel à tradição do direito brasileiro, o texto projetado mantém os requisitos de representatividade adequada dos legitimados ativos como elementos definidores da legitimação ativa para a causa, com especificação *na lei* dos dados a serem considerados para cada legitimado, que não são os mesmos para todos. Afastando-se, ainda, do modelo ibero-americano proposto, o Anteprojeto procura discriminar, de maneira *objetiva* e em caráter *taxativo*, os requisitos de adequação da representatividade dos legitimados ativos, exceção feita aos dados concernentes à representatividade da pessoa física legitimada, de quem se exigem praticamente os mesmos requisitos do Código Modelo ibero-americano, fixados, igualmente, nesse ponto, em termos exemplificativos, com amplo controle pelo magistrado no caso concreto [...] (grifo do autor).

O artigo 20 do anteprojeto tem o condão de reunir todos os legitimados para proporem ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo, o que se mostra muito acertado, afinal se a demanda coletiva pode ser considerada como uma reunião – bastante reformulada – destes três institutos¹⁰, nada mais coerente do que trazer todos os seus legitimados para também estarem aptos a propor a ação dita coletiva. Além disso, eliminam-se dúvidas quanto à possibilidade de alguns entes proporem determinadas ações, como era o caso da suposta legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública ou do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo ou ação popular, consoante analisado nos itens 3.1.2, 3.2.2 e 3.3.2 deste estudo. Os limites estabelecidos pelo artigo estão bem delimitados, facilitando a sua compreensão. A pertinência temática continua prevalecendo, até porque os entes necessitam demonstrar o seu interesse de agir – como é exigido em qualquer processo judicial, por ser uma das condições da ação.

Concernente à pertinência temática, explicam Didier Junior e Zaneti Junior (2011, p. 214) que

entre os vários critérios para a verificação da representatividade adequada, um que atualmente tem apresentado utilidade prática pode servir de exemplo: exige-se que exista um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso. A jurisprudência do STF [Supremo Tribunal Federal] deu a este vínculo o nome de

¹⁰ Apesar de o mandado de segurança coletivo e a ação popular serem contemplados com disposições específicas e amoldadas ao seu caráter, as regras gerais, conforme a redação do anteprojeto, são aplicáveis a estas espécies de ações também, de acordo com o estatuído nos artigos 43 e 44 da proposta.

“pertinência temática”. Esse critério seria um, dentre vários, para a averiguação da adequação do legitimado coletivo.

Seguindo a orientação formulada pelo Supremo Tribunal Federal, o anteprojeto, então, conforme justifica a sua exposição de motivos abaixo colacionada, adotou a exigência da representatividade adequada para a propositura da ação coletiva:

a grande novidade consiste em englobar nas normas sobre a legitimação ativa, consideravelmente ampliada, requisitos fixados por lei, correspondentes à categoria da “representatividade adequada”. A representatividade adequada é, assim, comprovada por critérios objetivos, legais, para a grande maioria dos legitimados, com exceção da pessoa física – à qual diversas constituições ibero-americanas conferem legitimação – em relação a quem o juiz aferirá a presença dos requisitos em concreto (GRINOVER, 2007a).

Os critérios para a aferição da legitimidade ativa não parecem ser, salvo melhor juízo, excessivamente rigorosos, conforme se infere, por exemplo, do inciso IX do artigo 20. As associações civis deverão estar legalmente constituídas – requisito que já consta no sistema atual. Deverão, também, contudo, estar em funcionamento há, pelo menos um ano, quando do ajuizamento da ação coletiva, realizando efetivas atividades para a promoção de sua finalidade institucional, defendendo os direitos difusos por elas protegidos. Por outro norte, no entanto, percebe-se que não mais se exige o respeito à delimitação geográfica do âmbito de atuação, à reunião de número mínimo de associados e à aferição de conceitos como credibilidade, capacidade e prestígio da entidade, como ocorria outrora (MIRRA, 2007, p. 132).

Já em relação ao legitimado individual, previsto no inciso I do artigo em comento, denota-se que “legitimar a pessoa física estimularia a propositura de ações coletivas, tornando o cidadão mais responsável pela defesa dos interesses supra-individuais” (FERRARESI, 2007, p. 137). O autor afirma, ainda, que a importância de conceder legitimidade à pessoa física reside no fato de que, independentemente da motivação do sujeito, o interessante é permitir que a descrição do fato ilegal, ou lesivo ao patrimônio público chegue até o Poder Judiciário. Além disso, ele lembra que o Ministério Público ou as associações podem não estar presentes em todos os locais, o que exige, muito mais, a atuação das pessoas físicas.

Watanabe (apud FERRARESI, 2007, p. 139) analisa a atuação do Ministério Público, considerando que, na atualidade, o órgão assumiu quase exclusivamente a iniciativa das ações coletivas, nos seguintes termos:

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

O parágrafo 3º do artigo em estudo trata de importante avanço para a tutela coletiva, pois a falta de legitimidade ativa não enseja a extinção do processo, sem exame de mérito, observando-se que “a relevância das questões em debate impede solução tão drástica e ineficiente (do ponto de vista da efetividade dos direitos coletivos)” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2011, p. 217). Ainda para os mesmos autores,

a exigência de representatividade adequada não pode tornar-se uma alternativa para “sentenças processuais”, vedando o enfrentamento da matéria de fundo. [...] Impõem-se zelo e cuidado redobrado na fundamentação das decisões que entendam pela ausência de representatividade adequada para que se evite atuar no sentido contrário das finalidades instituídas para a tutela coletiva.

As ações coletivas, por versarem acerca de tema de proveito comum, não podem ser extintas por mero defeito processual. Exige-se flexibilidade quanto às questões formais do processo a fim de garantir que o interesse público prepondere. É garantida, portanto, a substituição do autor da demanda quando a pertinência temática, a representatividade adequada ou os requisitos para legitimidade não estiverem devidamente comprovados, devendo assumir a ação o Ministério Público ou outro ente devidamente legítimo.

Por fim, conclui Ferraresi (2007, p. 143) que

a legitimidade da pessoa física e do membro do grupo, categoria ou classe proposta pelo Anteprojeto significará um avanço na proteção e defesa dos direitos supra-individuais. Há que se alforriar o indivíduo de laços de dependência a órgãos estatais. [...] A proposta do Anteprojeto de legitimar o indivíduo à ação coletiva insere-se no contexto de uma democracia participativa, tão bem traçado pela Constituição Federal de 1988.

Mais do que qualquer avanço percebido na questão da legitimidade ativa para propositura das ações coletivas, a grande contribuição do anteprojeto, parece ser, com base nos estudos realizados, o encerramento de todas as discussões e polêmicas, geradas em torno de quem seriam os verdadeiros legítimos, para as ações existentes no ordenamento jurídico vigente, que versam sobre direitos transindividuais. A proposta de Código de Processos Coletivos assume uma missão de inegável valor social: garantir segurança jurídica a todos os cidadãos que clamam por uma justiça que lhes dê plena certeza de quem está apto a velar pelos problemas que afligem a todos.

Em relação à legitimidade passiva, a proposta do anteprojeto é omissa, não fazendo qualquer menção, o que, *data vênia*, talvez possa constituir um ponto negativo, merecendo reparo, tendo em vista que com o Código de Processos Coletivos, as leis atuais perdem a vigência. Pode-se entender, por conseguinte, pela utilização analógica do que está previsto na lei da ação civil pública, por ser este o diploma mais abrangente na legislação atual. Portanto, em interpretação extensiva e diante dos evidentes objetivos do anteprojeto,

verifica-se que qualquer pessoa física ou jurídica que contribuiu para evento danoso a direito transindividual tutelável, pode figurar no polo passivo da demanda.

O Código de Processos Coletivos prevê ainda, em seu artigo 38, a possibilidade de ajuizar ação coletiva passiva, em que a coletividade organizada figura como demandada. Apesar de este tipo de ação não constituir o foco deste trabalho, merece destacar, entretanto, ser esta mais uma novidade que vai ao encontro da realidade vivenciada nos dias atuais, quando a massificação traz também consequências jurídicas, como responsabilidade civil por atos cometidos pelo grupo¹¹.

4.1.2.4 Competência

A competência para o processamento das ações coletivas está disciplinada no artigo 22 do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ele esclarece todas as dúvidas que pairam, acerca do assunto, nas leis da ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. O artigo é bastante nítido e elenca as diversas possibilidades que podem ocorrer quando da evidência de um dano coletivo. O que parece um pouco sombreado é o estatuído no parágrafo 1º, pois trata de uma regra subjetiva, que não conjuga critérios objetivos para aferir a amplitude do dano, o que poderá gerar dúvidas quanto à classificação deste em local, regional ou federal, fator determinante para a fixação da competência. Destarte, esse aspecto necessitará ser aprofundado pela doutrina especializada em caso de futura aprovação do anteprojeto, ou então, ser feita uma emenda com artigo explicativo.

Acerca da competência elaborada pela redação do anteprojeto, a crítica realizada por Venturi¹² (2007a, p. 108) merece destaque, na medida em que entende não haver necessidade de inovar neste sentido, pois

¹¹Talvez essa responsabilidade civil do grupo possa ser concebida de forma adaptada ao que hoje define o artigo 942 do Código Civil, que segundo Gonçalves (2009, p. 140) ocorre diante do concurso de agentes na prática de um ato ilícito, surgindo entre os diversos agentes o instituto da solidariedade.

¹²Venturi (2007b, p. 36) manifesta-se contra a codificação dos processos coletivos, sob o argumento de que se vive em época de descodificações, nas quais se preconiza a aplicação direta e imediata de princípios e normas constitucionais a fomentar a integração do Direito. Afirmar ainda que, apesar de as legislações existentes, hoje, merecerem alguns reparos, a apropriada interpretação dos dispositivos viabiliza oportuna prestação jurisdicional dos direitos transindividuais. Acredita que é necessário primeiro apostar na “adequada prestação técnica, cultural e estrutural dos operadores do sistema jurídico, sem a qual nenhuma inovação legislativa tem condição de implementar as reformas a que se propõe”. Concorde-se com o último argumento, no entanto, a fim de garantir segurança jurídica aos jurisdicionados parece ser conveniente que, aliado a isso, as leis da ação civil pública e Código de Defesa do Consumidor, que já consagram um microsistema de tutela coletiva, sejam

bastaria, insista-se, uma adequada interpretação do sistema processual vigente, aplicando-se eficientemente as regras relativas à conexão, à continência e à prevenção (suficientemente idôneas a ensejar a reunião das demandas e decisões uniformes), exigindo-se tanto dos magistrados como das partes (sobretudo do demandado) a suscitação da reunião dos feitos correlatos, sob pena de nulidade, tudo isso acompanhado de uma necessária reestruturação burocrática (funcional-administrativa) do Poder Judiciário, onde se esconde o verdadeiro entrave para grande parte dos aparentes “problemas processuais”. [...]

Certamente, sob uma perspectiva estrutural do Poder Judiciário no país, os juízes que exercem sua jurisdição nas capitais dos Estados ou no Distrito Federal não possuem *competência territorial* abrangente de todo o território estadual ou nacional, apesar de exercerem sua função estatal com potencial eficácia irrestrita, a depender da própria natureza indivisível e metaindividual da pretensão deduzida. A distorção, pois, ocorre precisamente a partir do indevido atrelamento da competência territorial do órgão julgador à extensão subjetiva dos seus provimentos, quando emanados de ações de índole coletiva (grifo do autor).

A regra geral de competência, adotada pelo anteprojeto, é similar à constante no artigo 100, inciso V, alínea *a* do Código de Processo Civil¹³. Talvez tenha sido este o motivo pelo qual o autor acima citado entendeu pela desnecessidade de criar novas regras de competência. Segundo ele, o problema reside apenas na aplicação incorreta dos dispositivos legais em vigência, pois não são utilizados todos os recursos disponíveis. Parcialmente merece guarida a posição do estudioso.

A necessidade de reestruturação do Poder Judiciário, conforme mencionado, é manifesta, tanto no que diz respeito à capacitação de servidores e juízes quanto fisicamente, a fim de possibilitar o atendimento eficaz a toda a grande demanda de serviço. A correta e qualitativa instrução de funcionários, sejam servidores ou estagiários, é essencial, pois o andamento processual não deve funcionar no modo automático. Precisa-se saber e entender o que se está realizando para atingir um serviço repleto de qualidade e eficiência. Os juízes devem compreender com profundidade, principalmente, os dispositivos legais básicos que permeiam qualquer ação, a fim de bem aplicá-los.

Aliado a tudo isso, tem-se uma legislação antiga e atrasada que não se coaduna com a evolução social em que perpassa o mundo globalizado. Vale lembrar que o Código de

verdadeiramente integradas e reunidas, a fim de evitar contradições e visando, acima de tudo, à efetividade processual. Ora, com relação a viver-se em época de descodificação, não há o que se discutir, afinal o anteprojeto é claro em garantir que suas normas sejam interpretadas e aplicadas de modo flexível, adaptando-se ao caso concreto, o que por certo é o seu grande diferencial. A codificação é mera forma de viabilizar a reunião das regras processuais e conferir norte correto e indubitável de atuação. Ao contrário do autor comentado, é o que deduzem Didier Junior e Zaneti Junior (2011, p. 68), pois para eles vive-se em época de recodificações. As obras consultadas, para a confecção desta monografia, demonstram posições uníssonas em defesa da operação de mudanças vultuosas na tutela de direitos transindividuais, sendo a maioria favorável à proposta de formatação de verdadeiro Código de Processo Coletivo. No entanto, alguns autores, talvez em razão do conservadorismo, mostram-se receosos com o anteprojeto por conta da ousadia e revolução que representa.

¹³Art. 100. “É competente o foro: [...] V - do lugar do ato ou fato: a) para a ação de reparação do dano” (BRASIL, 2011b, p. 361).

Processo Civil utilizado nos dias atuais é aquele editado no ano de 1973, quando a realidade era bastante diferente, no que tange a valores, tecnologias, relações interpessoais¹⁴.

É como afirma Camargo (2007, p. 668):

a crise do Poder Judiciário é hoje uma realidade incontestável e que está na pauta do dia. É lugar comum dizer que o aparelho julgador estatal é ineficiente no atendimento da crescente demanda de processos judiciais que ingressam diariamente nos foros de todo o país. Disso decorre imediatamente outra constatação: um sentimento de insatisfação geral por todos aqueles que litigam judicialmente ou que, de alguma forma, operam com o direito e não podem dar uma resposta capaz de resolver o problema.

Aliado a tudo isso, percebemos que o quadro atual do Poder Judiciário demonstra que o mesmo é inacessível, caro, prolixo, moroso e inadequado. Por outro lado, todos esses aspectos negativos devem nos indicar uma solução, pois toda crise tem o seu aspecto positivo, ou seja, a conclusão de que há necessidade de uma mudança [...].

Nesse aspecto e diante da proposta aqui analisada, a mudança defendida pelo anteprojeto no que diz respeito à competência para processar e julgar as ações coletivas, vai ao encontro do objeto destas demandas. Ressalta-se que para haver uma mudança eficiente não basta a aprovação do Código de Processos Coletivos; este é apenas um passo a ser dado. Outras leis merecem e reclamam reformulação; o próprio Poder Judiciário, conforme comentado nos parágrafos anteriores deve ser reestruturado.

O instrumento processual abarca situações que envolvem uma grande categoria ou grupo de pessoas. O juízo, portanto, deverá estar apto a proferir decisões que atinjam toda essa categoria, independentemente do local onde residam ou da forma estabelecida pela organização judiciária. Produzir uma decisão que alcance diversas pessoas confere maior sensação de justiça e, por consequência, segurança jurídica. Quanto menos ações idênticas forem propostas, menos decisões controversas¹⁵ serão publicadas. Foi para atingir esta

¹⁴Em pesquisa às notícias que eram veiculadas naquela época (entre 1968 e 1973, quando o Código de Processo Civil foi aprovado), verifica-se que as novidades eram bastante distintas daquelas que vivencia-se hoje, podendo-se perceber o quão remoto e antiquado era o cenário social se comparado à atualidade. Assim se evidencia, ainda mais, a incompatibilidade e o atraso na utilização de lei vigente há mais de quarenta anos. Alguns exemplos das notícias veiculadas na época:

- a) o crime organizado, dava seus primeiros passos, apontado como novidade pela polícia, por constituir fruto do progresso, afinal até então só se conheciam bandidos “pés de chinelo”. Houve uma série de assaltos a bancos na cidade de São Paulo, o que causou grande espanto pela habilidade e organização dos bandidos. Alguns acreditavam, inclusive, que se tratava de ação organizada por comunistas para desestabilizar o sistema (ISTO ..., 1968);
- b) a suposta conquista da lua pelo homem era tema em voga (A CONQUISTA ..., 1969);
- c) projetava-se o crescimento da cidade de São Paulo, que poderia tornar-se uma das grandes metrópoles mundiais (A GRANDE ..., 1970);
- d) no cenário político de 1973 tinha-se, na Presidência da República, Emílio G. Médici, ditador militar, que estava em seu último ano de mandato (O ANO ..., 1973).

¹⁵Seguem colacionadas, a seguir, ementas de jurisprudências, tratando do mesmo assunto, mas que tiveram decisões divergentes, embora ambas tenham sido julgadas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Os casos analisados tratam de ação civil pública, visando à interdição de danceteria causadora de poluição sonora, segundo atestam laudos técnicos e relatos de moradores vizinhos ao estabelecimento.

finalidade que o anteprojeto inovou no aspecto da competência, conforme justifica a exposição de motivos:

[...] eliminando-se em alguns casos, a regra de competência concorrente entre Capitais dos Estados e Distrito Federal ou entre comarcas, motivo de proliferações de demandas e de decisões contraditórias. Para as demandas de índole nacional é fixada a competência territorial do Distrito Federal, único critério que possibilitará centralizá-las, evitando investidas do Legislativo atualmente consubstanciadas em proposta de Emenda Constitucional que pretende atribuir ao STJ a competência para decidir a respeito do foro competente. Regras de competência devem ser fixadas pela lei e não pelos tribunais. De outro lado, a relativa centralização da competência vem balanceada pela maior flexibilidade da legitimação entre os diversos órgãos do Ministério Público, que poderão atuar fora dos limites funcionais e territoriais de suas atribuições. [...] A mesma flexibilidade é atribuída a outros entes legitimados (GRINOVER, 2007a).

Segundo Luz (2007, p. 425) a citada segurança jurídica¹⁶ é condição para o desenvolvimento e aperfeiçoamento social, exigindo do Estado o aparato necessário a aperfeiçoá-la. Aduz ainda que segurança é tema em voga na atualidade não só para o Direito, mas intrínseco às mais diversas categorias, seja segurança pública, no emprego, na velhice. Em âmbito jurídico, para ele, a segurança deve ser vista sob o prisma da coerência nas decisões judiciais, em que o cidadão pode prever o resultado e a atuação do Poder Judiciário, quando os fatos materiais submetidos a julgamento forem idênticos. Entretanto, essa previsão

Julgada procedente a ação:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - POLUIÇÃO SONORA - ESTABELECIMENTO QUE POSSUI LICENÇA PARA FUNCIONAR COMO BAR E RESTAURANTE - DEFERIDA AUTORIZAÇÃO ESPECIAL PARA EXECUÇÃO DE MÚSICAS - IMPORTUNAÇÃO AO DIREITO DE VIZINHANÇA - ULTRAPASSAGEM DOS LIMITES DE RUÍDOS SONOROS PERMITIDOS PARA O LOCAL - MEDIDA LIMINAR QUE SUSPENDEU TODAS AS ATIVIDADES COMERCIAIS - REFORMA PARCIAL DA DECISÃO - POSSIBILIDADE DE FUNCIONAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMO BAR E RESTAURANTE - MANTIDA A VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE EXECUÇÃO SONORA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO” (SANTA CATARINA, 2009b – grifo nosso).

Julgada improcedente a ação:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESCUMPRIMENTO DO TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA (TAC) - BOATE - POLUIÇÃO SONORA - INTERDIÇÃO DO ESTABELECIMENTO REQUERIDA EM LIMINAR - INDEFERIMENTO - INSUFICIÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA EXCLUSIVIDADE DA CAUSA DA POLUIÇÃO SONORA - POSSIBILIDADE DE DANO SOCIAL COM A INTERDIÇÃO DO ESTABELECIMENTO” (SANTA CATARINA, 2009a – grifo nosso).

¹⁶O próprio projeto de novo Código de Processo Civil, em trâmite no Senado Federal, em sua exposição de motivos, retrata a busca por normas que venham a gerar segurança jurídica plena, afinal, “por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize” (BRASIL, 2010a).

fica prejudicada em razão de imprecisões legais e defeitos legislativos, o que acaba conduzindo a desencontradas interpretações e aplicações incorretas dos dispositivos.

Com vistas a acompanhar as drásticas mudanças que o anteprojeto em análise transmite, o Poder Judiciário provavelmente terá de sofrer renovações. Ademais, a tutela dos direitos transindividuais merece maior destaque no cenário jurídico. Surge, assim, como solução a ideia de criar varas especializadas em ações coletivas¹⁷, conforme previsão do artigo 47 do anteprojeto. Sobre o assunto, comenta Venturi (2007a, p. 111):

note-se, todavia, que a idéia da especialização de tais varas não implica centralizá-las, necessariamente, nas capitais dos Estados. Cada Estado e a União Federal, assim, poderiam definir a implantação de tantas varas especializadas quantas fossem necessárias.

Com efeito, a idéia das referidas varas especializadas em demandas coletivas, poder-se-ia inclusive imprimir às mesmas um regime flexível, não só quanto ao modo de funcionamento, dotando-as de versatilidade viabilizadora de maior efetividade na divulgação social da demanda, na colheita das provas e no julgamento do feito.

Flexibilidade, conforme se infere das citações acima colacionadas, é uma das palavras-chave do anteprojeto, a fim de garantir acompanhamento às novas condições jurídicas que se amoldam ao cenário social da atualidade.

A regra apontada pelo anteprojeto pode servir para evitar o problema levantado por Didier Junior e Zaneti Junior (2011, p. 144), porque

quando o dano é nacional, pode-se dizer que ele é também local. Ou seja: se um dano pode ocorrer em todo o território nacional, é porque ele pode ocorrer em uma pequena comarca do interior do país. Com base nesse raciocínio, alguns membros do Ministério Público têm proposto ações coletivas, em razão de danos ou ilícitos nacionais, para a proteção dos interesses da coletividade do local onde atuam. Esse entendimento não parece ser correto. A prevalecer essa idéia, a tutela coletiva fragmentar-se-ia em um sem-número de ações, além da ação a ser proposta na capital do Estado. Essa barafunda só atrapalharia a tutela coletiva adequada. Quando o dano for nacional, não é possível a fragmentação em diversas ações coletivas por danos locais.

Desta feita, resta evidenciado que a norma conferida pelo artigo 22 do anteprojeto busca garantir uma forma prática, objetiva e clara de evitar a proliferação de ações coletivas de idêntico objeto, bem como sanar quaisquer dúvidas acerca da unidade competente para processamento. O que ainda não possui um sentido e alcance exato é a maneira de aferir a amplitude e a abrangência do dano, para enquadrá-lo em local, regional ou nacional, aspecto em que o anteprojeto, a princípio, mostra-se, salvo melhor juízo, lacunoso, afinal não há como

¹⁷Há notícia de já existirem, no país, varas especializadas em matéria de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como é o caso do autor Santos (2007, p. 39) que comenta, em seu escrito, ser juiz de Direito titular de uma vara com tal competência no estado do Mato Grosso do Sul, o que demonstra indiscutivelmente a relevância e vultuosidade dessa classe de interesses para o ordenamento jurídico pátrio.

criar uma nova codificação a evitar dúvidas, mas continuar dependendo de outros diplomas legais.

4.1.2.5 Sentença e coisa julgada

Os artigos 12 e 13 do anteprojeto disciplinam os aspectos principais e diferenciados acerca da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. O primeiro artigo aponta para o princípio da motivação das decisões judiciais¹⁸ e o segundo, traz os pilares consagrados acerca da coisa julgada no direito processual brasileiro, mas ostenta algumas inovações a fim de permitir a extensão da eficácia das ações coletivas a todos os interessados.

A sentença deve ser clara ao afirmar os motivos que embasam o julgamento naquele sentido, para que se possa compreender quais efeitos terá a futura coisa julgada, pois havendo improcedência por escassez de provas, abrir-se-á a possibilidade de ajuizar nova demanda, fundando-se em prova que não tenha sido apresentada até então. É como afirma Alvim (2007, p. 192) que

diferentemente da concepção do termo “nova prova”, tal como utilizado no *caput* do artigo 12, a *prova nova* a que se refere o parágrafo 5º (empregando, ao que parece, propositadamente, as palavras nessa ordem: “prova nova”) é aquela cuja *descoberta* deu-se supervenientemente, daí a impossibilidade de ter sido utilizada na demanda anterior. Ou seja, diversamente da *nova prova (caput)*, que tem o sentido de prova contemporânea ao processo precedente, mas aí não utilizada, a *prova nova* (parágrafo 5º) é a prova que não existia e é superveniente à decisão (*e precisamente por isso não poderia ter sido produzida no processo*). Corroborar essa afirmação a expressão “Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas”, empregada por esse parágrafo 5º, que, em si mesma, é diferente da expressão “*improcedência por insuficiência probatória*” (*caput*) (grifo do autor).

O artigo 13 em suas linhas gerais coincide com o estatuído no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, diferindo ao consolidar, apenas, o efeito *erga omnes* para as ações coletivas em geral, contrariamente ao diploma em vigor, que em alguns casos considera tal efeito e em outros o efeito *ultra partes*.

Conforme já comentado anteriormente, o artigo 16 da lei da ação civil pública restringe a coisa julgada coletiva *erga omnes* aos limites da competência territorial do órgão

¹⁸Conforme estatuído no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, que assim dispõe:

IX – “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 2011c, p. 47).

julgador. Visando encerrar todas as polêmicas geradas pelo dispositivo, houve uma transformação no texto do anteprojeto, sanando a incompatibilidade dessa limitação. Sobre o assunto, merece guarida a crítica formulada por Didier Junior e Zaneti Junior (2011, p. 371) acerca do dispositivo atual, pois

a matéria, como vem sendo ressaltado em inúmeros precedentes jurisprudenciais e na doutrina mais abalizada, resultou de infeliz redação legislativa por uma série de motivos: a) é inconstitucional, ferindo o acesso à justiça, a igualdade e a universalidade da jurisdição; b) é ineficaz, já que a disciplina do artigo 103 do CDC [Código de Defesa do Consumidor] mais ampla e estar inserida no microsistema do processo coletivo, aplicando-se também à LACP [lei da ação civil pública]; c) não se trata de limitação da coisa julgada mas da eficácia da sentença, ferindo a disposição processual de que a jurisdição é uma em todo o território nacional; e, por último, d) é contrária a essência do processo coletivo que prevê o tratamento molecular dos litígios, evitando-se fragmentação das demandas.

Verifica-se, portanto, o acerto da proposta do anteprojeto em garantir que a competência territorial do órgão julgador não limite a eficácia da coisa julgada. Essa é uma questão até mesmo de lógica, afinal se a ação é coletiva, serve para todos os que se encontram na situação descrita pela demanda judicial e objetiva tutelar direitos transindividuais, não há sentido em restringi-la por um aspecto meramente formalista, de divisão judiciária, ainda mais se considerando que a competência territorial trata de competência relativa, instituto mais flexível, podendo sofrer alteração de maneira mais maleável.

Em relação ao caput e parágrafo 1º do artigo 13 do anteprojeto, manifesta-se Alvim (2007, p. 190) no sentido de que

desaparece a ressalva que se fazia em relação à atuação do interessado no processo coletivo. Em nosso entender, é medida que merece aplausos, pois, à luz do artigo 103, parágrafo 2º, do CDC¹⁹ [Código de Defesa do Consumidor], atuando o interessado como litisconsorte, sofrerá este os efeitos da improcedência. Se não ingressar como litisconsorte, será beneficiado pelo resultado favorável do processo; no entanto, se o resultado for negativo, não o afetará.

Isso quer dizer que diante da demanda envolvendo direitos individuais homogêneos e em caso de improcedência do pedido, *qualquer que tenha sido a causa de extinção do processo*, aos interessados permanecerá aberta a possibilidade de ingresso com ações individuais. E isso se verifica independentemente de (não) ter atuado no processo, na condição de litisconsorte.

Em suma, não se há falar em coisa julgada se o resultado da demanda envolvendo direitos individuais homogêneos for negativo (*rectius*, improcedente), salvo, note-se bem, se a demanda julgada improcedente tiver sido ajuizada por sindicato, na condição de substituto processual dos membros de determinada categoria, hipótese em que se veda aos interessados a possibilidade de irem a juízo, *individualmente* (grifo do autor).

Os sujeitos envolvidos em uma ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, categoria de interesses que possui âmago um tanto particular, não sofreriam

¹⁹§ 2º “Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual” (BRASIL, 2011a, p. 903).

prejuízo em razão de eventual improcedência da demanda, pois poderiam intentá-la novamente, de modo individual. A ideia contida neste bojo é de extrema importância, ao tempo em que resguarda a busca por uma tutela adequada, afastando qualquer crítica ou posição contrária à possibilidade de tutelar direitos individuais homogêneos por intermédio de ação coletiva, afinal, o sujeito experimenta apenas benefícios.

O artigo 7º do anteprojeto trata da relação entre as demandas individuais e coletivas de modo a evitar, mais uma vez, a ocorrência de qualquer prejuízo às partes envolvidas no litígio. Havendo uma demanda individual sendo processada ao mesmo passo que uma coletiva acerca do mesmo tema, o sujeito da ação individual, para poder se beneficiar da coisa julgada da ação coletiva, deverá promover a suspensão da ação individual. Apesar disso, não há litispendência entre a ação coletiva e a ação individual²⁰. Tal mecanismo foi criado com a intenção, possivelmente, de evitar a repetição de demandas individuais e também para que o sujeito envolvido não seja acobertado por duas sentenças acerca do mesmo assunto. Sobre esse aspecto, comenta Watanabe (2007, p. 160):

a importância do dispositivo está em procurar disciplinar uma situação que, na atualidade, em virtude da inexistência de uma regra explícita, está provocando embaraços enormes à justiça, com repetição absurda de demandas coletivas e também de pseudodemandas individuais, cuja admissão, em vez de representar uma garantia de acesso à justiça, está se constituindo em verdadeira denegação da justiça devido à reprodução, em vários juízos do País, de contradição prática de julgados, que se traduzem num inadmissível tratamento discriminatório dos usuários dos serviços de telecomunicação.

Mattos (2007, p. 214) conclui com propriedade que

a lei 7347/85 e o Código de Defesa do Consumidor revolucionaram o processo civil brasileiro, dando a partida para o desenvolvimento do processo coletivo. Todavia, não alcançaram a sua finalidade precípua de desafogar o Poder Judiciário de ações repetitivas e de garantir um tratamento isonômico aos jurisdicionados que se encontram em situação idêntica, o que se constata, sobretudo, e com grande pesar, na Justiça Federal, na qual as ações em que se discute a mesma questão jurídica brotam de forma descontrolada e caótica, o que tem conduzido alguns Juizados Especiais Federais a situação próxima do colapso.

Complementa Alvim (2007, p. 193), ao discorrer que a proposta do anteprojeto é uma tentativa corajosa de superar obstáculos, a fim de concretizar a efetivação dos direitos de uma sociedade globalizada, sendo que “essa sistematização põe em relevo a importância da defesa dos direitos e interesses transindividuais, que há muito estava a merecer um tratamento equivalente”.

A coisa julgada coletiva merecia reparos em alguns aspectos sensíveis, geradores de divergências e dúvidas, ante a confusão entre as legislações em vigência, de acordo com o

²⁰Tais disposições vão ao encontro do que disciplina o Código de Defesa do Consumidor, conforme elencado no item 3.1.5 deste trabalho.

demonstrado no capítulo anterior. A proposta do Código, a princípio, evidencia acerto em seus dispositivos ao sedimentar único tratamento a todas as ações coletivas, sistematizando, verdadeiramente, o regramento processual neste particular.

4.2 A EFETIVIDADE CONFERIDA AO PROCESSO CIVIL POR INTERMÉDIO DO ANTEPROJETO

Após toda a explanação realizada neste trabalho, é possível verificar que o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos é instrumento apto a proporcionar maior efetividade ao processo civil. Desta feita, este item final se propõe a analisar outras modificações processuais sugeridas, além das que já foram comentadas quando do exame da ação coletiva ativa na proposta em estudo. Tais modificações se coadunam com a necessidade de disciplina peculiarmente desenvolvida para abarcar direitos transindividuais – sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos –, interligando-se com os princípios constitucionais basilares do processo civil tradicional, sustentáculos de toda a ciência processual brasileira.

4.2.1 Obediência aos princípios constitucionais do processo civil

A proposta formulada pelo anteprojeto segue a mesma linha dos princípios constitucionais norteadores do processo civil comum, analisados no início deste estudo, no que tange às garantias de um processo justo, célere, efetivo e adequado. Torna-se essencial que qualquer nova ciência esteja em harmonia, pelo menos em parte, com as bases já firmadas. Isto porque nenhum ramo científico pode ser introduzido no mundo técnico, caminhando completamente na contramão das raízes sobre as quais se alicerçam todos os estudos atuais. Daí é que surge a importância da obediência aos princípios constitucionais basilares do processo civil tradicional pelo anteprojeto, pois, como afirma Bueno (2010a, p.

115) “é a partir da Constituição Federal que se deve buscar compreender o que é, para que serve e como ‘funciona’ o direito processual civil²¹”.

Um dos princípios que suportam o processo civil é o devido processo legal, que se mostra basilar na medida em que reúne todas as garantias elencadas pelo legislador constituinte ao jurisdicionado. Nesse aspecto, então, verifica-se que a falta de uma disciplina adequada às necessidades da sociedade das massas fere, inegavelmente, tal prerrogativa, retirando-se a força do amplo acesso à justiça, de acordo com a visão analítica adotada no item 2.1 deste estudo.

Brandão (2006, p. 214) afirma que, há muito, existe a exigência premente de sistematizar as demandas coletivas com o fito de deixar emergir de fato os princípios do acesso à justiça e da efetividade, pois

ressaltada a natureza jurídica dos instrumentos processuais conhecidos por Ações Constitucionais, fácil é concluir que eles necessitam urgentemente receber o tratamento no interior de uma teoria geral própria, abandonando-se definitivamente a teoria geral do Direito Processual Civil. Mesmo aqueles que, como Kazuo Watanabe, pretendem fazer a ligação do Direito Processual Civil com o “sistema constitucional” não avançam; pelo contrário, atrasam o avanço, por reforçarem a idéia do Processo Civil como a única possibilidade de tutela de direitos, confundidos estes, por isso mesmo, com os direitos civis (de cunho também metaindividual). A necessidade da construção de uma teoria geral para os instrumentos destinados à tutela dos denominados “novos” direitos está estreitamente ligada aos temas da efetividade dos direitos e do acesso à justiça, que são temas, igualmente, correlacionados entre si.

Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos assumiram, ao longo do tempo, diante da evolução e do crescimento da sociedade cada vez mais massificada, importância e grandiosidade que exigem um tratamento diferenciado e a criação de uma teoria geral, como bem aponta o autor acima citado. Qualquer ramo do direito seja civil, penal, administrativo, tributário, possui suas próprias regras gerais, partindo do pressuposto de que cada um deles interage de forma particular com o Poder Judiciário e com os cidadãos.

Seguindo a lógica desta premissa, pode-se concluir, até mesmo visando justificar o anteprojeto, que hoje existe, ou pelo menos, deve existir, no Direito brasileiro, um novo ramo de direito processual, o coletivo. É como afirma categoricamente Grinover (2007b, p. 11) que após

²¹Segundo Bueno (2010a, p. 116), é a “Constituição Federal o ponto de partida de qualquer reflexão do direito processual civil [...]. A Constituição Federal e o ‘modelo constitucional do direito processual civil’ dela extraível são o eixo sistemático (consciente) do estudo do direito processual civil. [...] O plano *constitucional* delimita, impõe, molda, contamina o *modo de ser* de todo o direito processual civil e de cada um de seus temas e institutos. O plano *infraconstitucional* do direito processual civil é, assim, caracterizado, conformado, pelo que a Constituição *impõe* acerca da forma de exercício do poder estatal. Justamente porque é esta ‘forma de exercício do poder estatal’ que deve ser entendida por ‘processo’ um dos temas fundamentais do direito processual civil [...]” (grifo do autor).

vinte anos de experiência de aplicação da Lei da Ação Civil Pública, quinze de Código de Defesa do Consumidor, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários, de graduação e pós-graduação, sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual.

No mesmo sentido já se posicionava Almeida (2003, p. 29):

[...] de nada adianta a criação de instrumentos poderosos, como as ações coletivas e a própria coisa julgada coletiva, se o instrumento formal existente de viabilização de uma e de outra não é capaz de dar efetividade a esses novos institutos, seja pela falta de princípios ou de regras interpretativas específicas, seja pela inexistência de estudos que desenvolvam a concepção de tutela jurisdicional coletiva por intermédio de métodos e objeto próprios.

Corroborar-se, diante de todo o já estudado e, especialmente pelas palavras acima colacionadas, que a concepção de direito processual coletivo como novo ramo do Direito, e a criação de um Código sistematizador das tutelas de direitos transindividuais legitimam o Estado brasileiro como o que protege e promove direitos essencialmente sociais. Tal atitude colabora, ainda, na formação de um processo judicial apto a atender a todas as necessidades básicas da população, respeitando as garantias processuais elencadas pela Constituição Federal. São exemplos, conforme ensina Marques (2007, p. 61), que essa nova espécie de interesses compreende: o direito à paz, meio ambiente sadio, saúde, qualidade de vida, segurança, educação, patrimônio comum da humanidade, progresso, comunicação e direitos das crianças, adolescentes e idosos, dentre tantos outros.

A inovação a que se propõe já fora discutida há mais de cinquenta anos, desde a época em que Mauro Cappelletti e Bryant Garth trouxeram à tona a segunda onda renovatória do acesso, visando à proteção dos interesses que perpassavam o âmbito individual. O processo tradicional necessita evoluir constantemente para acompanhar todas as mudanças sofridas pela sociedade brasileira. Assim se efetivará o verdadeiro acesso à justiça. Frise-se que o Código de Processo Civil vigente é de 1973 e apresenta deficiências²² pontuais que,

²²A exposição de motivos do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, bem como o comentário da comissão instituída para redigi-lo, menciona claramente algumas das deficiências existentes no Código vigente, a exemplo do enfraquecimento da coesão entre as normas processuais, decorrente da integração de novas leis ao texto, comprometendo a sua sistematização; a necessidade de simplificar os procedimentos e o formalismo, visando à celeridade; a busca pela efetivação das normas materiais, a partir da harmonia com os preceitos constitucionais, dentre tantos outros. Várias medidas, a exemplo da supressão de alguns recursos desnecessários e a unificação de prazos recursais, foram elaboradas com vistas a erradicar essas deficiências e colaborar com a construção da verdadeira justiça. E, buscando contribuir com as questões coletivas, verifica-se interessante proposta a fim de instrumentalizar a “eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito

desde então, não foram sanadas. O Direito é dinâmico e segue a lógica do razoável; parece ser pelo menos razoável definir novas políticas e teses jurídicas na defesa efetiva dos “direitos de todos”.

Segundo Parentoni (2009, p. 4), a maior vantagem advinda do anteprojeto em estudo é justamente “*redimensionar os princípios*, as diretrizes axiológicas fundamentais da matéria e, a partir delas, construir regras capazes de garantir a máxima *efetividade* da tutela jurisdicional de interesses transindividuais” (grifo do autor). E fortalece o posicionamento, as palavras de Didier Junior e Zaneti Junior (2011, p. 70) para quem a missão do anteprojeto é grandiosa, não só trazendo regras novas ou consolidando a legislação anterior: “[...] revela-se no compromisso político-jurídico de garantir uma estabilidade e uma vida mais efetiva para os direitos coletivos *lato sensu* vinculando-os ao texto constitucional, já que são, também eles, reconhecidamente direitos fundamentais”.

A utilização de um sistema processual eminentemente individual em casos de direitos transindividuais, pode trazer a sensação de justiça incompleta, que não contempla a todos os anseios do cidadão, ante a divergência dos institutos. Assevera Theodoro Junior, com criatividade, (2009c, p. 134) que

os remédios processuais concebidos para a garantia de um tipo de interesse não podem ser transplantados para solução de conflitos na área onde o interesse ostenta natureza diversa. A situação é idêntica à que se nota na terapêutica humana. O medicamento aplicado fora do caso para que foi prescrito torna-se fonte de agressão ao organismo e de agravamento da enfermidade, em lugar de cumprir sua natural função curativa.

O que explicou o autor acima, por intermédio da bem sucedida comparação, demonstra a evidência de que, para haver acatamento ao princípio da adequação procedimental (analisado no item 2.2.1), é imprescindível a promoção de um sistema processual de tutela coletiva, que abrace às particularidades deste ramo, de modo a promovê-lo, a partir de ações competentes e adaptadas para tal.

O processo deve ser instrumento de efetivação do direito material da parte que o sustenta. Para alcançar o máximo de sua eficácia, as suas regras e rito devem ser adequados aos sujeitos, objeto e fim a que se destina. É necessário, como qualquer outro instrumento,

alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes” (BRASIL, 2010a). Entende-se que essa disposição não trata direitos transindividuais, mas de mera reunião de processos individuais que possuem o mesmo objeto, medida que aliada à proposta de Código de Processos Coletivos evidencia avanço ainda maior para a efetivação dos princípios constitucionais do processo, como acesso à justiça, duração razoável e efetividade.

que o processo se amolde ao sujeito que o maneja, ao objeto sobre o qual vai atuar e ao fim que almeja. Esses são os pilares sustentadores do princípio da adequação, que prevê meios diferenciados para tutelar direitos materiais sujeitos a diferentes formas de concretização (LACERDA apud ZAVASCKI, 2007, p. 34).

Dentre as vantagens que se veem auferidas com a codificação das tutelas coletivas, está a garantia de efetivo acesso à justiça, conforme leciona Marques (2007, p. 65), pois

no pensamento de Cappelletti e Garth, diante de conflitos de tal natureza, é necessário romper com a tradicional postura individualista do processo civil, pois somente assim é que se poderão obter resultados capazes de tornar efetiva a proteção dos direitos coletivos em geral, levando-se em conta a constatação de que “o indivíduo, isolado, jamais estará em condições de obter uma tutela eficaz”.
Sejam quais forem os motivos pelos quais a atuação do processo é demorada e incapaz de produzir os resultados esperados, o fato é que a sociedade exige que o sistema processual seja dotado de mecanismos capazes de proporcionar efetiva solução para um número crescente de demandas.

A questão erigida pelo autor supracitado, acerca do crescente número de demandas, merece destaque especial, visto que com a edição do Código de Processos Coletivos este problema, estaria em grande parte, superado. Milhares de ações semelhantes protocoladas diariamente nos mais variados Tribunais de Justiça espalhados pelo país, poderiam ser transformadas em uma só, gerando efeitos a todos os interessados²³, independentemente da competência territorial do juiz prolator da decisão. Dessa maneira, efetivar-se-ia, de fato, o princípio constitucional da duração razoável do processo. Observe-se que com a drástica redução no número de demandas, com o reaparelhamento do Poder Judiciário e com a criação de varas especializadas em ações coletivas, não há sequer motivo para que um processo perdure por mais tempo que o essencial para resolver suas questões cruciais, como instrução e defesa.

A obediência ao princípio da efetividade talvez seja o grande presente permeado pelo anteprojeto, conforme sugerem Didier Junior e Zaneti Junior (2011, p. 63):

[...] a beleza desses diplomas está, para além de sua qualidade técnica notável, no compromisso [...] com a melhoria dos instrumentos do direito positivo para a efetivação da tutela coletiva. Tudo em declarada conformidade com os altos ideais que lhe são imanentes: realizar os direitos fundamentais através de uma tutela

²³A extensão da eficácia da sentença a todos os interessados poderá ocorrer, talvez, similarmente a uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que tenha efeito vinculante. Exemplo prático disso é o recente caso do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pela Corte Máxima, em que foram julgadas procedentes ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, com efeito vinculante e *erga omnes* (BRASIL, 2011k). O que ocorre é que nas ações em trâmite e nas que vierem a ser propostas, o magistrado prolator da decisão deverá se alinhar ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Dessa forma, analogicamente, pode-se entender que é como uma sentença de caráter coletivo, pois atinge todos aqueles que possuem vínculo de interesse com o assunto decidido.

coletiva que atenda aos anseios de uma sociedade de massa no quadro de um processo civil de interesse público, renovado pela constitucionalização dos direitos e redemocratização do Brasil.

Infere-se, conseqüentemente, que a codificação das ações coletivas, nos moldes do anteprojeto analisado, obedece aos princípios constitucionais norteadores do processo civil, analisados no âmbito deste trabalho, permitindo, inclusive, a ampla e irrestrita atuação e influência destes no fomento dos direitos transindividuais. Os princípios do acesso à justiça, efetividade, duração razoável do processo, devido processo legal e adequação possuem íntima interligação com as propostas do anteprojeto. Como se pôde perceber, o ideal maior, perseguido pelo Código, é justamente conferir eficácia a tais princípios com vistas a desenvolver um processo judicial que melhor atenda aos anseios sociais.

4.2.2 Modificações na prática processual

O texto do anteprojeto em estudo, inundado de inovações e modificações na prática processual, visa ao aperfeiçoamento da tutela dos direitos transindividuais. Pretende conferir maior efetividade às decisões judiciais e acesso à justiça. Novamente, como já comentado em outras ocasiões no decorrer deste trabalho, não será possível esgotar com profundidade o assunto, sendo que o objetivo principal deste enfoque é demonstrar um panorama geral das modificações processuais sugeridas pelo anteprojeto, com destaque às mais relevantes frente à delimitação do tema desta pesquisa.

Assim, sempre com este objetivo em mente, pode-se mencionar o artigo 8º do anteprojeto que trata da comunicação sobre processos repetitivos, seguindo, talvez, a inovação trazida pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil²⁴, no qual há um procedimento especial para julgamento de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça. Sempre que o juiz tiver conhecimento de que estão sendo processadas diversas ações com o mesmo fundamento e contra o mesmo réu, deverá o Ministério Público, ou outros legitimados, serem notificados para interpirem a ação coletiva competente. A medida é conveniente ao passo que o grande desafio do Poder Judiciário é encontrar formas para desafogar-se.

²⁴Art. 543-C. “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo” (BRASIL, 2011b, p. 397).

O artigo 46 do anteprojeto prevê a criação de um cadastro nacional de processos coletivos²⁵ com a iniciativa de unificar as informações acerca destas ações, evitando, dessa forma, a repetição de julgados, otimizando o serviço judiciário. No entanto, o funcionamento do serviço cadastral dependerá da edição de norma regulamentadora. Essa providência traz maior efetividade às ações coletivas, que poderão ser consultadas, em âmbito nacional, por qualquer interessado que poderá ter, antes mesmo de recorrer ao Poder Judiciário, a resposta ou a solução para o problema vivenciado. Diminui-se, assim, a quantidade de ações ajuizadas e as existentes poderão ter seu trâmite acelerado, além de haver maior eficiência no trato com o jurisdicionado.

Outras modificações e adaptações da legislação em vigor são percebidas ao longo da leitura do texto do anteprojeto. Citam-se algumas a título de exemplo:

a) o artigo 26 ao prever que, na ação reparatória por dano a bem indivisível, a sentença que condena à prestação de obrigações específicas a título compensatório, deverá ser definida pelo magistrado sob a égide do que dispõe o artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil²⁶, o qual na legislação atual já é um avanço²⁷;

²⁵Em leitura a notícias veiculadas nos *sites* do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, verifica-se que ambos estão articulando a criação de um banco de dados nacional para reunir informações relevantes acerca das ações coletivas existentes no ordenamento pátrio atualmente, o que demonstra ainda mais a integração da proposta do anteprojeto com a realidade. O Conselho do Judiciário instituiu, por meio de portaria, uma comissão para diagnosticar a situação dessas demandas no país. Segundo o presidente do grupo de trabalho, Felipe Locke Cavalcanti, “existe no Judiciário brasileiro uma grande quantidade de ações coletivas repetidas, com o mesmo tema, objeto e partes, que poderiam ter uma solução conjunta. Hoje faltam mecanismos de comunicação o que acaba gerando uma sobreposição de decisões, inclusive conflitantes, a respeito de uma mesma matéria. [...] Com a criação de um banco nacional e as ações propostas pelo grupo, a idéia é contribuir para desafogar o Judiciário e garantir maior agilidade à solução de processos relacionados, por exemplo, a contratos bancários ou de telefonia, planos de saúde, fornecimento de medicamentos, questões ambientais, entre outros” (BRASIL, 2010b). Um anteprojeto de lei versando acerca do cadastro nacional, que poderá ser acessado por toda a população, foi elaborado e encaminhado ao Ministério da Justiça. Já o Conselho do Ministério Público aguarda a votação de resolução que cria um sistema integrado de informações sobre inquéritos civis, processos coletivos, termos de ajustamento de condutas e delação premiada (Siproc) acerca da atuação dos membros do órgão ministerial em todo o país (BRASIL, 2010d).

²⁶Art. 461. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. (BRASIL, 2011b, p. 387)

b) o artigo 27 reforça e reformula o antigo artigo 13 da lei da ação civil pública²⁸, dispondo sobre a destinação ao fundo dos direitos difusos e coletivos de valores percebidos a título de compensação em ações coletivas, que visem afastar danos a direitos das massas que não possuem titular definido, como é o caso de um dano ambiental;

c) o poder conferido aos legitimados para a ação coletiva em propor ação coletiva de responsabilidade civil para reparar danos, individualmente sofridos, conforme expressa o artigo 29;

d) as especificações contidas nos artigos 28, 41, 44 e 45 quando definem peculiaridades para os casos, respectivamente, de proteção de direitos individuais homogêneos, mandado de segurança coletivo, ação popular e ação de improbidade administrativa;

e) a moderna teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ao ser adotada pelo anteprojeto em seu artigo 11;

f) os artigos 38 e seguintes ao tratarem especificamente da ação coletiva passiva, ou seja, aquela que é promovida contra o grupo, categoria ou classe de pessoas, caso que desperta interesse diante da sua originalidade e simetria com as situações vivenciadas atualmente;

g) o artigo 6º ao tratar da conexão, continência, e litispendência revisitando-as, a fim de adequá-las devidamente às ações coletivas.

Provado está, diante de todas as considerações tecidas, que a tendência trazida pelo anteprojeto – saliente-se não ser inerte, pelo contrário, deve seguir atualizações e adaptações para melhor funcionar – é a de contribuir inegavelmente com a construção de um Poder Judiciário condicionado a atingir o seu objetivo primordial, a distribuição da justiça. Ao Direito brasileiro surgem, então, dois caminhos, conforme assevera Santos (2007, p. 40), continuar na escuridão, utilizando métodos de atuação de um sistema individual em um coletivo, através de um repositório instrumental atravancador e retrógado ou

²⁷Consoante observa Oliveira (2009, p. 126) algumas das grandes modificações surgidas no ordenamento processual se devem à influência do sistema constitucional sobre o processo civil e seu formalismo. Desta feita, cita, dentre outros, como exemplo, o mencionado artigo 461 do Código de Processo Civil, o qual privilegia “[...] o valor da efetividade, [e] permite a realização do direito já na própria fase de conhecimento, seja mediante antecipação parcial ou total dos efeitos da futura sentença de mérito, liminarmente ou no curso do processo, seja pela adoção de providências de cunho mandamental ou executivo”. E complementa: “[...] habilita-se o juiz a conceder tutela específica e determinar providências asseguradoras do resultado prático equivalente ao do adimplemento, valendo-se até de medidas de cunho material [...]”.

²⁸Art. 13. “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados” (BRASIL, 2011f, p. 1358).

assumir o comando de uma “locomotiva” moderna, veloz, com luzes fortes, trilhos seguros totalmente ao seu dispor, precisando apenas de condutores com mente aberta, atualizados, conscientes de que essa “locomotiva” chama-se Código Brasileiro de Processos Coletivos, que estará trazendo em seu universo uma composição integrada por dispositivos afinados com a nova realidade jurídica, suficientes a amparar a sociedade como um todo e, conseqüentemente, abrigá-la sob o manto sereno da autêntica justiça distributiva para que, doravante, o Poder Judiciário de nosso país seja olhado por esses segmentos insatisfeitos sob outro enfoque: como o legítimo guardião do moderno Estado Democrático de Direito.

O operador jurídico comprometido com a justiça social e com a evolução do Direito na busca incessante pela qualidade no serviço judiciário, optará certamente pela locomotiva moderna, como sugerem as palavras do doutrinador, visando a um futuro promissor. É evidente a constante necessidade de adaptação e modernização. O texto do anteprojeto ainda merece reparos; a proposta apresentada não resolve sozinha todos os problemas enfrentados pela comunidade jurídica e ninguém é tão ingênuo a pensar de tal forma. Um grande passo, no entanto, está para ser dado. O que se ovaciona com louvor é a intenção contida no bojo dessa novidade. O que se aplaude é a abertura das portas para um caminho que pode contribuir na resolução do maior desafio que se encontra hoje na justiça brasileira: efetivar o processo civil nos moldes do que o magno sistema constitucional propõe, respeitando-se todas as garantias concedidas ao longo dos anos aos cidadãos, especialmente no que concerne à segurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

Debates acalorados se formam, constantemente e a cada vez mais, entre os operadores do Direito e doutrina jurídica nacional acerca do Poder Judiciário e legislação em vigor como mecanismos em colapso, prolixos, morosos, ineficientes e desatualizados. Comenta-se que necessitam de sérias reformulações para atingir o seu mister fundamental, proclamar a justiça através de um processo eficaz e efetivo. Por diversas vezes, entretanto, palavras são “jogadas ao vento”, pois fazer estas críticas e não apresentar qualquer tentativa de solução pacificadora para tal é como não tê-las feito.

Nesse sentido, este trabalho apresentou o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, na redação encabeçada pela professora Ada Pellegrini Grinover, como uma alternativa apta a contribuir especialmente com a efetividade do processo civil brasileiro e, por consequência, com toda a Justiça. A fundamentação para justificá-lo deu-se com base na análise dos princípios constitucionais do processo civil aplicáveis ao caso e nas leis que disciplinam as principais tutelas coletivas atuais, com suas divergências e deficiências. Se considerado isoladamente, poderá pensar-se que poucas situações o anteprojeto irá resolver, mas com plena certeza é uma maneira de provocar o início de bem-vinda revolução. Aliado a outras medidas, poderá operar valiosas transformações. Além disso, é patente e indiscutível que o ordenamento jurídico pátrio reclama normatização adequada para a proteção dos direitos, ditos transindividuais, especialmente no campo processual, objeto deste estudo.

As demandas judiciais para tutela de tais interesses formam um novo ramo do Direito, comumente denominado “direito processual coletivo”, o que legitima a construção sistêmica de regras, através de um Código. Apesar de existirem posições contrárias a tanto, não se pode olvidar da importância conferida pelo anteprojeto e seus reflexos. Um dos reflexos, talvez o que mereça maior apreço, é o compromisso com a segurança jurídica, por meio do impedimento da proliferação de ações repetidas, conferindo efetividade ao processo civil.

Postas essas considerações iniciais, pode-se concluir, após a elaboração do presente trabalho monográfico, que:

a) o modelo processual brasileiro atual mostra-se falho, pois que há, em trâmite, cerca de um processo para cada duas pessoas residentes no país, número extremamente expressivo e preocupante. É retrato de nítido confronto com os princípios constitucionais

basilares do processo civil: acesso à justiça, efetividade, duração razoável do processo, devido processo legal e adequação. O Poder Judiciário precisa, pois, visando à reversão do quadro de morosidade instalado, adaptar-se, talvez reestruturando-se, para acompanhar o progressivo aumento das demandas;

b) as principais ações constitucionais legítimas a tutelar os direitos transindividuais no ordenamento pátrio atual – ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo – exigem, do ponto de vista processual, integração e constante interpretação de normas, frente às diversas modificações legislativas operadas ao longo dos anos e dos métodos antiquados por elas adotado, originando, dúvidas, contradições e ambiguidades, que acabam resvalando, inadequadamente, nos cidadãos que buscam o Poder Judiciário implorando pela resolução dos conflitos e segurança jurídica – cidadãos estes que, por integrarem um Estado Democrático de Direito, não podem, de qualquer forma, serem penalizados por eventuais defeitos na administração pública e na própria legislação;

c) o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos apresenta relação de vinte e dois princípios aplicáveis à sua hermenêutica, conformando quais os sustentáculos da proposta, bem como seus objetivos primordiais, possuindo especial relevância para a processualística os princípios da tutela coletiva adequada, flexibilização da técnica processual, acesso à justiça e não taxatividade, já que representam maior avanço e familiaridade com o seu objeto;

d) o princípio da tutela coletiva adequada pode ser entendido de acordo com o princípio do processo civil comum da adequação, porque é imprescindível, para a efetiva prestação jurisdicional, que o procedimento adotado em uma ação judicial seja condizente com a tutela que se pretende alcançar;

e) denomina-se, no anteprojeto, ação coletiva ativa, genericamente, toda demanda apta a garantir proteção aos direitos transindividuais de um grupo, classe, categoria ou mesmo pessoas indeterminadas, os quais assumem, a cada dia, maior visibilidade e importância – ressaltando-se que para as situações específicas abarcadas por mandado de segurança coletivo, ação popular, ação envolvendo direitos individuais homogêneos, ação de improbidade administrativa e ação coletiva passiva, o Código designou artigos especiais para regulá-los, evidenciando as suas peculiaridades, mas tomando por base as disposições gerais do capítulo I do anteprojeto;

f) na legislação vigente, há certa restrição quanto ao objeto de atuação da ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. O anteprojeto reformulou essa

questão, propondo que se possa abarcar, por intermédio da ação coletiva ativa, todo e qualquer tipo de direito que se classifique na categoria transindividual, permitindo-se inclusive questionar, pela via do controle difuso, a constitucionalidade de lei, o que hoje se proíbe no instrumento denominado ação popular;

g) o anteprojeto adotou extenso rol de legitimados ativos, possibilitando espancar as dúvidas geradas no entorno das legislações existentes, no tocante à viabilidade de alguns entes ingressarem com ações coletivas; a proposta reuniu os diversos legitimados atuais nas várias searas, sempre observando a pertinência temática, requisito essencial para garantir a subsistência do interesse de agir, condição de qualquer demanda judicial;

h) as regras de competência foram bem delineadas pelo anteprojeto com intuito de evitar a proliferação de ações idênticas, que possam gerar decisões controvertidas, e macular a segurança jurídica; dessa maneira, então, optou-se de modo acertado, pela via da centralização de competência territorial, o que, a princípio, mostra-se livre de dúvidas, pois adota critérios claramente objetivos;

i) segundo o anteprojeto, a coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos difusos e coletivos terá efeitos *erga omnes*, não ficando adstrita ao limite da competência territorial do órgão julgador, o que constitui verdadeira inovação e adequação lógica, tendo em vista o objeto tutelado;

j) quando a ação coletiva versar acerca de direitos individuais homogêneos e for julgada improcedente, não há qualquer óbice para a propositura de nova ação a título individual, de modo que o sujeito experimenta apenas benefícios, já que a proposta do anteprojeto visa resguardar as particularidades de tal categoria de interesses;

k) verificou-se que a proposta do anteprojeto obedece aos princípios constitucionais norteadores do processo civil brasileiro, permitindo, inclusive, a influência destes no fomento dos direitos transindividuais, espécie que adota contornos significativos no cenário jurídico brasileiro;

l) o anteprojeto é guiado em toda a sua redação pela flexibilidade, admitindo, assim, que o operador jurídico possa amoldar, da forma mais conveniente, certa e dotada de bom-senso, a lei ao caso concreto, sempre perseguindo o ideal maior de justiça;

m) a codificação das ações coletivas da forma como propõe o anteprojeto mostrou-se como meio apto a conferir maior efetividade ao processo civil brasileiro, visando garantir segurança jurídica e duração razoável. Evita a proliferação de demandas repetidas e oferece tratamento adequado à categoria dos direitos transindividuais através de uma teoria

geral própria, tendo em vista que essa classe de interesses é crescente no ordenamento pátrio. Não se pode esquecer que a inovação buscada, já fora discutida há mais de cinquenta anos, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, com a segunda onda renovatória do acesso à justiça, a qual preconizava a importância da tutela de direitos que perpassavam o âmbito individual e com a terceira onda, designando que para cada tipo de situação era de bom alvitre haver um tipo processo, ou seja, tutelas diferenciadas;

n) considerando-se que a proposta contida no anteprojeto não pode ser estanque, deve haver, dia a dia, o aperfeiçoamento de suas ideias, conforme as necessidades sentidas na *práxis* forense e na prática processual, lembrando-se sempre que o Direito é ciência dinâmica que deve estar em constante adequação, afinal, consoante ensina Moreira (2000), não há fórmula mágica para resolver os problemas enfrentados pela justiça brasileira;

o) há alguns pontos negativos no anteprojeto, pois não foram regulamentados com a clareza devida, quais sejam: disposições acerca da legitimidade passiva para as ações coletivas e a definição acerca do que é dano local, regional ou nacional;

p) a criação do cadastro nacional de ações coletivas (que atualmente já é proposta dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público), a instalação de varas especializadas em ações coletivas, a adoção das notificações para propositura de única ação coletiva em caso de diversas demandas semelhantes, bem como o incidente de resolução de demandas repetitivas (este último proposta do novo Código de Processo Civil) constituem importantes e pertinentes ferramentas para viabilizar a construção de uma nova Justiça, familiarizada com as atualizações e anseios sociais, além de pautar-se diretamente com os preceitos fundamentais expostos na Constituição Federal.

Na íntegra deste contexto, percebe-se que novos rumos jurídicos poderão ser adotados no país, almejando sempre a concretização do ideal maior de justiça, preconizado pela necessidade de viabilizar o acesso a um processo efetivo, célere, seguro e acima de tudo adequado à pretensão reclamada. A criação de um Código de Processos Coletivos traz à baila a necessidade veemente de atualizar e adequar a tutela dos direitos transindividuais, assunto em voga na atualidade em razão do constante crescimento da sociedade das massas e da extensa proliferação de demandas semelhantes que afoga o Poder Judiciário demasiadamente.

Aliando-se esta a outras políticas, seja de reestruturação do Poder Judiciário, seja de reformulação das antigas legislações, assumir-se-á o condão de justamente promover, por reação em cadeia, a verdadeira justiça, forte na modernização judiciária. Não se pode, no entanto, deixar passar ao largo a necessidade de realizar constantemente um diagnóstico das

políticas, eventualmente implementadas ou a implementar, a fim de verificar a sua real capacidade contributiva com o sistema jurídico. Pode ser que, no futuro, descubram-se formas ainda melhores de inovar na tutela coletiva. Talvez aspectos formais, nas propostas do anteprojeto, sejam revisitados, mas hoje a mais inovadora, pertinente e revolucionária, é sem sombra de dúvidas aquela apresentada neste trabalho monográfico.

REFERÊNCIAS

A CONQUISTA da lua. **Veja**, ano 2, n. 40, jun. 1969. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 17 maio 2011.

A GRANDE batalha. **Veja**, ano 3, n. 73, jan. 1970. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 17 maio 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. A interpretação aberta e flexível do pedido na ação civil pública e a possibilidade de sua alteração depois de saneado o processo – inaplicabilidade do disposto nos arts. 264, 293 e 294 do CPC. **De jure – revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n.7, jul./dez., 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27490/interpretacao_aberta_flexive_pedido.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 maio 2011.

_____. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 174-193.

_____. **Manual de direito processual civil: parte geral**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação civil pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

_____. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. 2 ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRASIL. Anteprojeto de novo código de processo civil. Brasília, DF, 2010a. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2011.

_____. Código de defesa do consumidor. In: VADE Mecum. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

BRASIL. Código de processo civil. In: VADE Mecum. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

_____. Conselho Nacional de Justiça. CNJ vai criar banco nacional de ações coletivas. Brasília, DF, 20 de outubro de 2010b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9999:cnj-vai-criar-banco-nacional-de-aco-es-coletivas&catid=96:noticias&Itemid=531>. Acesso em: 20 maio 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. País tem quase 90 milhões de processos em tramitação na justiça. Brasília, DF, 14 de setembro de 2010c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/estrategia/index.php/pais-tem-quase-90-milhoes-de-processos-em-tramitacao-na-justica/>>. Acesso em: 18 maio 2011.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de resolução pretende criar cadastro nacional de inquéritos, TACs e ACPs. Brasília, DF, 10 de março de 2010d. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/noticias_cnmp/2010/proposta-de-resolucao-pretende-criar-cadastro-nacional-de-inqueritos-tacs-e-acps/?searchterm=processos%20coletivos>. Acesso em: 20 maio 2011.

_____. Constituição Federal. In: VADE Mecum. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011c.

_____. Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística. População recenseada e estimada, segundo as grandes regiões e as unidades da federação. Brasília, DF, 2007a. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem_final/tabela1_1.pdf>. Acesso em: 18 maio 2011.

_____. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. In: VADE Mecum. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011d.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de julho de 1965. In: VADE Mecum. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011e.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, de 7 de agosto de 2009. In: VADE Mecum. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011f.

_____. Projeto de lei n. 5139, de 29 de abril de 2009a. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental 873.779 – Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 26 de maio de 2009b. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4350482/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-873779-rs-2007-0044165-5-stj>>. Acesso em: 18 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo de instrumento 1.149.002 – Rio Grande do Sul**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 25 de maio de 2010e. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14323402/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1149002-rs-2009-0002947-0-stj>>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso em mandado de segurança 26.300 – Distrito Federal**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2010f. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8584164/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-26300-df-2008-0026081-7-stj>>. Acesso em: 03 maio 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência 113.523 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2011g. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18445801/conflito-de-competencia-cc-113523-rj-2010-0143074-1-stj>>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.163.527 – Paraná**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2010g. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17720696/peticao-de-recurso-especial-resp-1163527-stj>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.192.281 – São Paulo**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 26 de outubro de 2010h. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17554403/recurso-especial-resp-1192281-sp-2010-0076460-1-stj>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 906.400 – São Paulo**. Relator Min. Castro Meira. Brasília, DF, 21 de maio de 2007b. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18853/recurso-especial-resp-906400-sp-2006-0248864-7-stj>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus 2.508 – Distrito Federal**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2009c. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6074488/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-25087-df-2008-0277661-4-stj>>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas. In: VADE Mecum. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011h.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 163.231 – São Paulo**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em mandado de segurança 27.669 – Distrito Federal**. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2011i. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18312118/recurso-ord-em-mandado-de-seguranca-rms-27669-df-stf>>. Acesso em: 10 maio 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmulas. In: VADE Mecum. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011j.

_____. Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. Brasília, DF, 5 de maio de 2011k. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 11 maio 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010a. v. 1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**: direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010b. v. 2, tomo III.

CAMARGO, Lester Marcantonio. O princípio do duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo civil. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Direito e processo**: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 655-671.

CAPEZ, Fernando. **Legislação especial**: lei dos crimes ambientais, tutela dos interesses difusos e coletivos, improbidade administrativa. 2 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hebe Caletti Marenco. 4 ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 1.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 4.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 136-143.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **O novo mandado de segurança: comentários à lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. 2007a. Disponível em: <http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2897>. Acesso em: 19 jul. 2010.

_____. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b. p. 11-15.

ISTO é um assalto. **Veja**, São Paulo, ano 1, n. 7, out. 1968. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 17 maio 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: a ação popular, a ação de improbidade, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 06, maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.magisteronline.com.br>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

_____. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

LUZ, Valdemar P. da. Breves considerações a respeito da (in)segurança jurídica. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 425-438.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 256842010 – São Luís**. Relator: Des. Marcelo Carvalho Silva. São Luís, 28 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17013490/apelacao-civel-ac-256842010-ma-tjma>>. Acesso em: 11 maio 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2007.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo regimental 2010.003074-3/001-00 – Três Lagoas**. Relator: Des. Divoncir Schreiner Maranhão. Campo Grande, 13 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8840079/agravo->

regimental-em-apelacao-civel-agr-3074-ms-2010003074-3-000100-tjms/inteiro-teor>. Acesso em: 21 mar. 2011.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o código de defesa do consumidor e os anteprojetos do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 194-215.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 31 ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 1.0400.06.022344-5/001 - Mariana**. Relator: Des. Belizário de Lacerda. Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5978127/104000602234450011-mg-1040006022344-5-001-1-tjmg/inteiro-teor>>. Acesso em 02 maio 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114-135.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 25, jul./set., 2000. p. 141-150.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O ANO novo do presidente. **Veja**, ano 6, n. 226, jan. 1973. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 17 maio 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARENTONI, Leonardo Netto. Mudanças no horizonte do processo coletivo brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, n. 68, set., 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6466>. Acesso em: 19 jul. 2010.

PEREIRA, Hélio do Valle. **O novo mandado de segurança**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O novo processo civil coletivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 59-80.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento 2009.018488-4 – São Francisco do Sul**. Relator: Des. Jaime Ramos. Florianópolis, 04 de novembro de 2009a. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8370898/agravo-de-instrumento-ag-184884-sc-2009018488-4-tjsc>>. Acesso em: 11 maio 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento 2009.008309-4 – Balneário Camboriú**. Relator: Des. José Volpato de Souza. Florianópolis, 17 de julho de 2009b. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp#>>. Acesso em: 11 maio 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento 2010.022414-4 – Jaraguá do Sul**. Relator: Des. Vanderlei Romer. Florianópolis, 03 de março de 2011. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=interdi%E7%E3o+de+estabelecimento+prisional¶metros.todas=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.dataIni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.juiz1GrauKey=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=data¶metros.juiz1Grau=>>

¶metros.foro=¶metros.relator=¶metros.processo=¶metros.nao=¶metros.classe=¶metros.rowid=AAAQr%2BAAAAAHNDeAAS>. Acesso em: 23 mar. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 1988.051832-6 – Brusque**. Relator: Des. Francisco Oliveira Filho. Florianópolis, 02 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3758406/apelacao-civel-ac-518326-sc-1988051832-6-tjsc>>. Acesso em: 03 maio 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 2004.030391-5 – Araranguá**. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Florianópolis, 16 de março de 2006. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=¶metros.todas=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.dataIni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.juiz1GrauKey=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=data¶metros.juiz1Grau=¶metros.foro=¶metros.relator=¶metros.processo=2004.030391-5¶metros.nao=¶metros.classe=¶metros.rowid=AAAQr%2BAAAAAGJTiAAB>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 2010.014368-6 – Capital**. Relator: Des. Fernando Carioni. Florianópolis, 16 de agosto de 2010a. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18223303/apelacao-civel-ac-143686-sc-2010014368-6-tjsc>>. Acesso em: 24 abr. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível em mandado de segurança 2009.015144-5 – Criciúma**. Relator: Des. José Volpato de Souza. Florianópolis, 23 de abril de 2010b. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000DQK80000&nuSeqProcessoMv=22&tipoDocumento=D&nuDocumento=2354097>>. Acesso em: 10 maio 2011.

SANTOS, Dorival Moreira dos. Anteprojeto de código brasileiro de processo civil coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39-54.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo 994093550882 – Itanhaém**. Relatora: Des. Regina Capistrano. São Paulo, 08 de abril de 2010a. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9079581/agravo-de-instrumento-ag-994093550882-sp-tjsp>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 994090224138 - Atibaia**. Relator: Des. Peiretti de Godoy. São Paulo, 26 de maio de 2010b. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14713457/apelacao-apl-994090224138-sp-tjsp>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009a. v. 1.

_____. **Curso de direito processual civil**. 51 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 29, mar./abr., 2009b. Disponível em <http://www.magisteronline.com.br>. Acesso em: 18 mar. 2011.

_____. **Direitos do consumidor**. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009c.

_____. **O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009d.

TORRES, Artur Luis Pereira. Do “individualismo” ao “coletivismo” no processo civil brasileiro. **Processos Coletivos**. Porto Alegre, v. 2, n. 1, jan., 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. São Paulo: Atlas, 2004.

VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a. p. 96-113.

_____. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007b.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo.

Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 156-160.

ZAVASCKI, Teori Albino. Indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33-38.

_____. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ANEXO

ANEXO A – Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**ANTEPROJETO DE
CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS**

Janeiro de 2.007

Ministério da Justiça – Última versão

Incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1 – A Lei n. 7.347/85 – a denominada lei da ação civil pública - acaba de completar 20 anos. Há muito com o que se regozijar, mas também resta muito a fazer. Não há dúvidas de que a lei revolucionou o direito processual brasileiro, colocando o país numa posição de vanguarda entre os países de *civil law* e ninguém desconhece os excelentes serviços prestados à comunidade na linha evolutiva de um processo individualista para um processo social. Muitos são seus méritos, ampliados e coordenados pelo sucessivo Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Mas antes mesmo da entrada em vigor do CDC, e depois de sua promulgação, diversas leis regulamentaram a ação civil pública, em dispositivos esparsos e às vezes colidentes. Podem-se, assim, citar os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Outras dificuldades têm sido notadas pela concomitante aplicação à tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos da Ação Civil Pública e da Ação Popular constitucional, acarretando problemas práticos quanto à conexão, à continência e à prevenção, assim como reguladas pelo CPC, o qual certamente não tinha e não tem em vista o tratamento das relações entre processos coletivos. E mesmo entre diversas ações civis públicas, concomitantes ou sucessivas, têm surgido problemas que geraram a multiplicidade de liminares, em sentido oposto, provocando um verdadeiro caos processual que foi necessário resolver mediante a suscitação de conflitos de competência perante o STJ. O que indica, também, a necessidade de regular de modo diverso a questão da competência concorrente. Seguro indício dos problemas suscitados pela competência concorrente é a proposta de Emenda Constitucional que atribui ao STJ a escolha do juízo competente para processar e julgar a demanda coletiva.

Assim, não se pode desconhecer que 20 anos de aplicação da LACP, com os aperfeiçoamentos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, têm posto à mostra não apenas seus méritos, mas também suas falhas e insuficiências, gerando reações, quer do legislativo, quer do executivo, quer do judiciário, que objetivam limitar seu âmbito de

aplicação. No campo do governo e do Poder Legislativo, vale lembrar, por exemplo, medidas provisórias e leis que tentaram limitar os efeitos da sentença ao âmbito territorial do juiz, que restringiram a utilização de ações civis públicas contra a Fazenda Pública e por parte das associações – as quais, aliás, necessitam de estímulos para realmente ocuparem o lugar de legitimados ativos que lhes compete. E, no campo jurisdicional, podemos lembrar as posições contrárias à legitimação das defensorias públicas, ao controle difuso da constitucionalidade na ação civil pública, à extração de carta de sentença para execução provisória por parte do beneficiário que não foi parte da fase de conhecimento do processo coletivo, assim como, de um modo geral, a interpretação rígida das normas do processo, sem a necessária flexibilização da técnica processual.

E ainda: a aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação: assim, por exemplo, dúvidas surgem quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), sobre a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à multiplicação de decisões contraditórias), à possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no pólo passivo da demanda.

Por outro lado, a evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual civil, que tem seus próprios princípios e institutos fundamentais, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando os princípios processuais e a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo.

2 – Acresça-se a tudo isto a elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Ou seja, de um Código que possa servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum.

Deveu-se a Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi a elaboração da primeira proposta de um Código Modelo, proposta essa que aperfeiçoou as regras do microsistema brasileiro de processos coletivos, sem desprezar a experiência das *class-actions* norte-americanas. Muitas dessas primeiras regras, que foram aperfeiçoadas com a participação ativa de outros especialistas ibero-americanos (e de mais um brasileiro, Aluísio de Castro Mendes), passaram depois do Código Modelo para o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

3 - O Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2.003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina “Processos Coletivos”, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a idéia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. Ada Pellegrini Grinover coordenou os trabalhos do grupo de pós-graduandos de 2.003 que se dispôs a preparar propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos, progressivamente trabalhadas e melhoradas. O grupo inicialmente foi formado pelo doutorando Eurico Ferraresi e pelos mestrados Ana Cândida Marcato, Antônio Guidoni Filho e Camilo Zufelato. Depois, no encerramento do curso de 2004, outra turma de pós-graduandos, juntamente com a primeira, aportou aperfeiçoamentos à proposta, agora também contando com a profícua colaboração de Carlos Alberto Salles e Paulo Lucon. Nasceu assim a primeira versão do Anteprojeto, trabalhado também pelos mestrados, doutorandos e professores da disciplina, durante o ano de 2.005. O Instituto Brasileiro de Direito Processual, por intermédio de seus membros, ofereceu diversas sugestões. No segundo semestre de 2.005, o texto foi analisado por grupos de mestrados da UERJ e da Universidade Estácio de Sá, sob a orientação de Aluísio de Castro Mendes, daí surgindo mais sugestões. O IDEC também foi ouvido e aportou sua contribuição ao aperfeiçoamento do Anteprojeto. Colaboraram na redação final da primeira versão do Anteprojeto juízes das Varas especializadas já existentes no país. Foram ouvidos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados, que trouxeram importantes contribuições. Enfim, a primeira versão do Anteprojeto foi apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça, em dezembro de 2005. Submetido a consulta pública, sugestões de aperfeiçoamento vieram de órgãos públicos (Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e Fundo dos Interesses Difusos), bem como dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. Após novos debates, as sugestões foram criteriosamente examinadas por professores e pós-graduandos da turma de 2006 da disciplina “Processos Coletivos” da Faculdade de Direito da USP e diversas delas foram incorporadas ao Anteprojeto. Este é agora reapresentado ao Ministério da Justiça, como versão final, datada de dezembro de 2.006.

4 – Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual. Na revisitação da técnica processual, são pontos importantes do Anteprojeto a reformulação do sistema de preclusões – sempre na observância do contraditório -, a reestruturação dos conceitos de pedido e causa de pedir – a serem interpretados extensivamente – e de conexão, continência e litispendência – que devem levar em conta a identidade do bem jurídico a ser tutelado; o enriquecimento da coisa julgada, com a previsão do julgado “*secundum eventum probationis*”; a ampliação dos esquemas da legitimação, para garantir maior acesso à justiça, mas com a paralela observância de requisitos que configuram a denominada “representatividade adequada” e põem em realce o necessário aspecto social da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando a proteção dos direitos fundamentais de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.

5 – O Anteprojeto engloba os atuais processos coletivos brasileiros – com exceção dos relativos ao controle da constitucionalidade, que não se destinam à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas -, sendo constituído de VI Capítulos.

O Capítulo I inicia-se com a enumeração dos princípios gerais da tutela jurisdicional coletiva. Não foi incorporado no texto a exclusão de certas demandas, pela matéria, hoje constante do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, uma vez que representa uma injustificada vulneração aos princípios do acesso à justiça, da universalidade de jurisdição e da economia processual, bem como inaceitável privilégio da Fazenda Pública. O Capítulo cuida das demandas coletivas em geral, aplicando-se a todas elas e tratando de manter diversos dispositivos vigentes, mas também regravando matérias novas ou reformuladas – como o pedido e a causa de pedir, a conexão e a continência, a relação entre ação coletiva e ações individuais, a questão dos processos individuais repetitivos. Também novas são as normas sobre interrupção da prescrição, a prioridade de processamento da demanda coletiva sobre as individuais e a utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, a preferência pelo processamento e julgamento por juízos especializados, a previsão de gratificação financeira para segmentos sociais que atuem na condução do processo. A questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova. As normas sobre coisa julgada, embora atendo-se ao regime vigente, são simplificadas, contemplando, como novidade, a possibilidade de repositura da ação, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, idônea para mudar o resultado do primeiro processo e que neste não foi possível produzir. Os efeitos da apelação e a execução provisória têm regime próprio, adequado às novas tendências do direito processual, e subtraindo-se a sentença proferida no processo coletivo do reexame necessário.

O Capítulo II, dividido em duas seções, trata da ação coletiva. Preferiu-se essa denominação à tradicional de “ação civil pública”, não só por razões doutrinárias, mas sobretudo para obstar a decisões que não têm reconhecido a legitimação de entidades privadas a uma ação que é denominada de “pública”. É certo que a Constituição alude à “ação civil pública”, mas é igualmente certo que o Código de Defesa do Consumidor já a rotula como “ação coletiva”. Certamente, a nova denominação não causará problemas práticos, dado o detalhamento legislativo a que ela é submetida. Trata-se apenas de uma mudança de nomenclatura, mais precisa e conveniente.

A Seção I deste Capítulo é voltada às disposições gerais, deixando-se expresso o cabimento da ação como instrumento do controle difuso de constitucionalidade. A grande novidade consiste em englobar nas normas sobre a legitimação ativa, consideravelmente ampliada, requisitos fixados por lei, correspondentes à categoria da “representatividade adequada”. A representatividade adequada é, assim, comprovada por critérios objetivos, legais, para a grande maioria dos legitimados, com exceção da pessoa física – à qual diversas constituições ibero-americanas conferem legitimação – em relação a quem o juiz aferirá a presença dos requisitos em concreto. Por outro lado, a exigência de representatividade adequada é essencial para o reconhecimento legal da figura da ação coletiva passiva, objeto do Capítulo III, em que o grupo, categoria ou classe de pessoas figura na relação jurídica processual como réu.

A regra de competência territorial é deslocada para esse Capítulo (no CDC figura indevidamente entre as regras que regem a ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, o que tem provocado não poucas discussões), eliminando-se, em

alguns casos, a regra da competência concorrente entre Capitais dos Estados e Distrito Federal ou entre comarcas, motivo de proliferações de demandas e de decisões contraditórias. Para as demandas de índole nacional é fixada a competência territorial do Distrito Federal, único critério que possibilitará centralizá-las, evitando investidas do Legislativo atualmente consubstanciadas em proposta de Emenda Constitucional que pretende atribuir ao STJ a competência para decidir a respeito do foro competente. Regras de competência devem ser fixadas pela lei e não pelos tribunais. De outro lado, a relativa centralização da competência vem balanceada pela maior flexibilidade da legitimação entre os diversos órgãos do Ministério Público, que poderão atuar fora dos limites funcionais e territoriais de suas atribuições (quer em relação ao inquérito civil, quer em relação à propositura da demanda – conforme, aliás, já permite a Lei Nacional do Ministério Público). A mesma flexibilidade é atribuída a outros entes legitimados.

O inquérito civil é mantido nos moldes da Lei da Ação Civil Pública, mas se deixa claro que as peças informativas nele colhidas só poderão ser aproveitadas na ação coletiva desde que submetidas a contraditório, ainda que diferido. Afinal, a Constituição federal garante o contraditório no processo administrativo, conquanto não punitivo, em que haja “litigantes” (ou seja, titulares de conflitos de interesses), obtendo-se de sua observância, como resultado, a maior possibilidade de lavratura do termo de ajustamento de conduta e da própria antecipação de tutela, com base nas provas colhidas no inquérito, que poderão atender ao requisito da “prova incontroversa”.

O termo de ajustamento de conduta é objeto de normas mais minuciosas, esbatendo dúvidas que existem nessa matéria a respeito dos procedimentos utilizados pelo Ministério Público.

Deixa-se ao Ministério Público maior liberdade para intervir no processo como fiscal da lei. A fixação do valor da causa é dispensado quando se trata de danos inestimáveis, evitando-se assim inúmeros incidentes processuais, mas seu valor será fixado na sentença. A audiência preliminar é tratada nos moldes de proposta legislativa existente para o processo individual, com o intuito de transformar o juiz em verdadeiro gestor do processo, dando-se ênfase aos meios alternativos de solução de controvérsias; deixa-se claro, aliás, até onde poderá ir a transação – outra dúvida que tem aparecido nas demandas coletivas - bem como seus efeitos no caso de acordo a que não adira o membro do grupo, categoria ou classe, em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos. O Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, dividido em federal e estaduais, é regulamentado de modo a resguardar a destinação do dinheiro arrecadado, cuidando-se também do necessário controle e da devida transparência. Além disso, norma de relevante interesse para os autores coletivos atribui ao Fundo a responsabilidade pelo adiantamento dos custos das perícias, verba essa que deverá ser incluída no orçamento da União e dos Estados.

A Seção II do Capítulo II trata da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. E, com relação à ação de responsabilidade civil reparatória dos danos pessoalmente sofridos, inova no regime das notificações, necessárias não só no momento da propositura da demanda – como é hoje – mas também quando houver decisões que favoreçam os membros do grupo: com efeito, o desconhecimento da existência de liminares ou da sentença de procedência tem impedido aos beneficiados a fruição de seus direitos. Outra novidade está na sentença condenatória que, quando possível, não será genérica, mas poderá fixar a indenização devida aos membros do grupo, ressalvado o direito à liquidação individual. Estabelecem-se novas regras sobre a liquidação e a execução da

sentença, coletiva ou individual, ampliando as regras de competência e a legitimação, tudo no intuito de facilitar a fruição dos direitos por parte dos beneficiários. É mantida a *fluid recovery*, mas com a novidade de que, enquanto não prescritas as pretensões individuais, o Fundo ficará responsável pelo pagamento, até o limite da importância que lhe foi recolhida.

O Capítulo III introduz no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva originária, ou seja a ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A denominação pretende distinguir essa ação coletiva passiva de outras, derivadas, que decorrem de outros processos, como a que se configura, por exemplo, numa ação rescisória ou nos embargos do executado na execução por título extrajudicial. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento da ação coletiva passiva originária (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada. A pedra de toque para o cabimento dessas ações é a representatividade adequada do legitimado passivo, acompanhada pelo requisito do interesse social. A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na “*defendant class action*”, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.

O Capítulo IV trata do mandado de segurança coletivo, até hoje sem disciplina legal. Deixa-se claro que pode ele ser impetrado, observados os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, espancando-se assim dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Amplia-se a legitimação para abranger o MP, a Defensoria Pública e as entidades sindicais. De resto, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições da Lei n. 1.533/51, no que não forem incompatíveis com a defesa coletiva, assim como o Capítulo I do Código, inclusive no que respeita às custas e honorários advocatícios.

O Capítulo V trata das ações populares, sendo a Seção I dedicada à ação popular constitucional. Aplicam-se aqui as disposições do Capítulo I e as regras da Lei n. 4.717/65, com a modificação de alguns artigos desta para dar maior liberdade de ação ao Ministério Público, para prever a cientificação do representante da pessoa jurídica de direito público e para admitir a repropositura da ação, diante de prova superveniente, nos moldes do previsto para a ação coletiva.

A Seção II do Capítulo V cuida da ação de improbidade administrativa que, embora rotulada pela legislação inerente ao MP como ação civil pública, é, no entanto, uma verdadeira ação popular (destinada à proteção do interesse público e não à defesa de interesses e direitos de grupos, categorias e classes de pessoas), com legitimação conferida por lei ao Ministério Público. Esta legitimação encontra embasamento no art.129, IX, da Constituição. Aqui também a lei de regência será a Lei n.8.429/92, aplicando-se à espécie as disposições do Capítulo I do Código, com exceção da interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, que não se coaduna com uma ação de índole sancionatória.

Finalmente, o Capítulo VI trata das disposições finais, criando o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, a ser organizado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça; traçando princípios de interpretação; determinando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não for incompatível, independentemente da Justiça competente e notadamente quanto aos recursos e dando nova redação a dispositivos legais (inclusive em

relação à antecipação de tutela e à sua estabilização, nos moldes do *référé* francês e consoante Projeto de Lei do Senado). Revogam-se expressamente: a Lei da Ação Civil Pública e os arts. 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor (pois o Anteprojeto trata por completo da matéria); o parágrafo 3º do art. 5º da Lei da Ação Popular, que fixa a prevenção da competência no momento da propositura da ação, colidindo com o princípio do Capítulo I do Anteprojeto; bem como diversos dispositivos de leis esparsas que se referem à ação civil pública, cujo cuidadoso levantamento foi feito por Marcelo Vigliar e que tratam de matéria completamente regulada pelo Anteprojeto.

A entrada em vigor do Código é fixada em cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

6 - Cumpre observar, ainda, que o texto ora apresentado representa um esforço coletivo, sério e equilibrado, no sentido de reunir, sistematizar e melhorar as regras brasileiras sobre processos coletivos, hoje existentes em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com a relevância jurídica, social e política dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos. Tudo com o objetivo de tornar sua aplicação mais clara e correta, de superar obstáculos e entraves que têm surgido na prática legislativa e judiciária e de inovar na técnica processual, de modo a extrair a maior efetividade possível de importantes instrumentos constitucionais de direito processual.

São Paulo, janeiro de 2007
Ada Pellegrini Grinover
Professora Titular de Direito Processual da USP
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Capítulo I

Das demandas coletivas

Art. 1º Conteúdo do Código – Este Código dispõe sobre os processos coletivos relativos às ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva originária, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa.

Art. 2º . Princípios da tutela jurisdicional coletiva – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

- a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa;
- b. universalidade da jurisdição;
- c. participação pelo processo e no processo;
- d. tutela coletiva adequada;
- e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;
- f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
- g. economia processual;
- h. instrumentalidade das formas;
- i. ativismo judicial;
- j. flexibilização da técnica processual;
- k. dinâmica do ônus da prova;
- l. representatividade adequada;
- m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;
- n. não taxatividade da ação coletiva;
- o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;
- p. indisponibilidade temperada da ação coletiva;
- q. continuidade da ação coletiva;
- r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
- s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem*;
- t. reparação dos danos materiais e morais;
- u. aplicação residual do Código de Processo Civil;

v. proporcionalidade e razoabilidade.

Art. 3º Efetividade da tutela jurisdicional – Para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais.

§ 1º O juiz, instaurado o contraditório, poderá desconsiderar a pessoa jurídica, nas hipóteses previstas no artigo 50 Código Civil e no artigo 4º da Lei n. 9.605/98.

§ 2º Para a tutela dos interesses e direitos previstos nas alíneas II e III do artigo 3º e observada a disponibilidade do bem jurídico protegido, as partes poderão estipular convenção de arbitragem, a qual se regerá pelas disposições do Código de Processo Civil e da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Art. 4º Objeto da tutela coletiva – A demanda coletiva será exercida para a tutela de:

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

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

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Parágrafo único. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Art. 5º Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prova complementar, observado o parágrafo 3º do artigo 10.

Art. 6º Relação entre demandas coletivas – Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:

I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir ou da defesa, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos;

II – conexão probatória, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

III – continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de conexidade entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento, até o início da instrução, deverá determinar a reunião de processos para julgamento conjunto e, iniciada a instrução, poderá determiná-la, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

§ 3º Aplicam-se à litispendência as regras dos incisos I e III deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu parágrafo 1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir ou da defesa.

Art. 7º Relação entre demanda coletiva e ações individuais – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 13 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

§ 1º Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

§ 2º A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

§ 3º O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

Art. 8º Comunicação sobre processos repetitivos. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao Conselho Superior do Ministério Público, que designará outro órgão do Ministério Público para ajuizar a demanda coletiva, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz.

Art. 9º Efeitos da citação – A citação válida para a demanda coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da ação.

Art. 10. Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva sobre as individuais, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais do juízo e das partes, observados os critérios próprios que garantam sua autenticidade.

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

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

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

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

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

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.

Art. 12. Motivação das decisões judiciais. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 13. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

§ 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

§ 2º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 4º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 34 e 35.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

§ 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

§ 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 6º A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Art. 14. Efeitos do recurso da sentença definitiva – O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, ponderando os valores em jogo, poderá atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Parágrafo único. As sentenças que julgam as demandas coletivas não se submetem ao reexame necessário.

Art. 15. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória – Na hipótese de o autor da demanda coletiva julgada procedente não promover, em 120 (cento e vinte) dias, a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 20 deste Código).

Art. 16. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º A pedido do executado, o tribunal pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Art. 17. Custas e honorários – Nas demandas coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação a obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º O Poder Público, quando demandado e vencido, incorrerá na condenação prevista neste artigo.

§ 3º Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade.

§ 4º Os autores da demanda coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 5º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 18. Juízos especializados – Sempre que possível, as demandas coletivas de que trata este Código serão processadas e julgadas em juízos especializados.

Parágrafo único. Quando se tratar de liquidação e execução individuais dos danos sofridos em decorrência de violação a interesses ou direitos individuais homogêneos (artigo 34 deste Código), a competência para a tramitação dos processos será dos juízos residuais comuns.

Capítulo II

Da ação coletiva ativa

Seção I

Disposições gerais

Art. 19. Cabimento da ação coletiva ativa. A ação coletiva ativa será exercida para a tutela dos interesses e direitos mencionados no artigo 4º deste Código.

Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

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

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

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

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

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;

VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

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

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

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

§ 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo).

§ 5º Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 22, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 22, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação.

§ 6º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

§ 7º Em caso de relevante interesse social, cuja avaliação ficará a seu exclusivo critério, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 8º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 9º Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 8º deste Código.

Art. 21. Do termo de ajustamento de conduta. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento.

§ 1º Em caso de necessidade de outras diligências, os órgãos públicos legitimados poderão firmar compromisso preliminar de ajustamento de conduta.

§ 2º Quando a cominação for pecuniária, seu valor deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada e poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

§ 3º. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Art. 22. Competência territorial – É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou sub-seções judiciárias;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

§ 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

§ 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

§ 3º No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos.

§ 4º Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede da Justiça federal, processar e julgar a ação coletiva nas causas de competência da Justiça federal.

Art. 23. Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias.

§ 1º Aplica-se às atribuições do Ministério Público, em relação ao inquérito civil, o disposto no parágrafo 5º do artigo 20 deste Código.

§ 2º Nos casos em que a lei impuser sigilo, incumbe ao Ministério Público, ao inquirido e a seu advogado a manutenção do segredo.

§ 3º A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção;

§ 4º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 5º Os demais legitimados (art. 20 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§ 6º O órgão do Ministério Público que promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas encaminhará, no prazo de 3 (três) dias, sob pena de falta

grave, os respectivos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação e para as medidas necessárias à uniformização da atuação ministerial.

§ 7º Deixando o Conselho de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

§ 8º Constituem crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos ou informações, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 24. Da instrução da inicial e do valor da causa – Para instruir a inicial, o legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizados para a instrução da ação coletiva.

§ 2º Somente nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social, devidamente justificados, exigirem o sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

§ 3º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

§ 4º Na hipótese de ser incomensurável ou inestimável o valor dos danos coletivos, fica dispensada a indicação do valor da causa na petição inicial, cabendo ao juiz fixá-lo em sentença.

Art. 25 - Audiência preliminar – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como tal;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, esta admissível até o momento do saneamento do processo, vedada a denunciação da lide na hipótese do artigo 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

IV – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

V – Na hipótese do inciso anterior, esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 11 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo;

VI – Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais juntadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, sobre as quais tenha incidido o contraditório, simultâneo ou sucessivo, julgará antecipadamente a lide.

Art. 26. Ação reparatória – Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido pelo bem jurídico afetado, nos termos do artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil.

§ 1º Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

§ 2º Somente quando impossível a condenação no cumprimento de obrigações específicas, o juiz condenará o réu, em decisão fundamentada, ao pagamento de indenização, independentemente de pedido do autor, a qual reverterá ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente (art. 27 deste Código).

Art. 27. Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos. O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente, em composição paritária, membros do Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados, bem como a antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou

interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e a custear o prêmio previsto no parágrafo 3º do artigo 17.

§ 1º Além da indenização oriunda da sentença condenatória, prevista no parágrafo 2º do artigo 26, e da execução pelos danos globalmente causados, de que trata o parágrafo 3º do artigo 36, ambos deste Código, constitui receita do Fundo, dentre outras, o produto da arrecadação de multas, inclusive as decorrentes do descumprimento de compromissos de ajustamento de conduta.

§ 2º O representante legal do Fundo, considerado funcionário público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de “amicus curiae”.

§ 4º O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

§ 5º Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

Seção II

Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art. 28. Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos – A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para a tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

§ 1º Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

§ 2º A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial vir acompanhada da respectiva relação nominal.

Art. 29. Ação de responsabilidade civil – Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (artigo 2.º deste Código), ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 30. Citação e notificações – Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital, de preferência resumido, no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no parágrafos 5º e 6º deste artigo.

§ 1º Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código comunicados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado, a serem também comunicados ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos

§ 2º Concedida a tutela antecipada e sendo identificáveis os beneficiários, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados sobre a opção de exercerem, ou não, o direito à fruição da medida.

§ 3º Descumprida a determinação judicial de que trata o parágrafo anterior, o demandado responderá, no mesmo processo, pelos prejuízos causados aos beneficiários.

§ 4º Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às expensas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, bem como ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 5º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontra.

§ 6º Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais na fase de conhecimento do processo coletivo.

Art. 31. Efeitos da transação - As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual.

Art. 32 - Sentença condenatória – Sempre que possível, o juiz fixará na sentença o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

§ 2º O membro do grupo, categoria ou classe que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

§ 3º Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 33. Competência para a liquidação e execução – É competente para a liquidação e execução o juízo:

I - da fase condenatória da ação ou da sede do legitimado à fase de conhecimento, quando coletiva a liquidação ou execução.

II– da fase condenatória, ou do domicílio da vítima ou sucessor, no caso de liquidação ou execução individual.

§ 1º O exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

§ 2º Quando a competência para a liquidação e execução não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será citado, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes do Código de Processo Civil.

Art. 34. Liquidação e execução individuais. A liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados, mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras na fase de conhecimento, observados os requisitos do artigo 20 deste Código.

§ 1º Na liquidação da sentença caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

§ 3º Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, sem expedição de alvará, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

§ 4º Na hipótese de o exercício da ação coletiva ter sido contratualmente vinculado ao pagamento de remuneração ajustada por serviços prestados, o montante desta será deduzido dos valores destinados ao pagamento previsto no parágrafo anterior, ficando à disposição da entidade legitimada.

§ 5º A carta de sentença para a execução provisória poderá ser extraída em nome do credor, ainda que este não tenha integrado a lide na fase de conhecimento do processo.

Art. 35. Liquidação e execução coletivas – Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do artigo 20 deste Código.

Art. 36. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados – Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 20 deste Código promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

§ 1º Na fluência do prazo previsto no caput deste artigo a prescrição não correrá.

§ 2º O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que poderá ser demonstrado por meio de prova pré-constituída ou, não sendo possível, mediante liquidação.

§ 3º O produto da indenização reverterá ao Fundo (art. 27 deste Código), que o utilizará para finalidades conexas à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença.

§ 4º Enquanto não se consumir a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das condenações ao valor que lhe foi recolhido.

Art. 37. Concurso de créditos – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 26 deste Código e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância a ser recolhida ao Fundo ficará suspensa enquanto pendentes de decisão de recurso ordinário as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Capítulo III

Da ação coletiva passiva originária

Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.

Art. 39. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Art. 40. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.

Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no artigo 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda.

Capítulo IV

Do mandado de segurança coletivo

Art. 41. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 4º deste Código).

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;

II – Defensoria Pública;

III – partido político com representação no Congresso Nacional;

IV – entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear.

Parágrafo único – O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Art. 43. Disposições aplicáveis - Aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições do Capítulo I deste Código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 17 e seus parágrafos) e as da Lei n.º 1.533/51, no que não for incompatível.

Capítulo V

Das ações populares

Seção I

Da ação popular constitucional

Art. 44 - Disposições aplicáveis – Aplicam-se à ação popular constitucional as disposições do Capítulo I deste Código e as da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Seção II

Ação de improbidade administrativa

Art. 45. Disposições aplicáveis – A ação de improbidade administrativa rege-se pelas disposições do Capítulo I deste Código, com exceção do disposto no artigo 5º e seu parágrafo único, devendo o pedido e a causa de pedir ser interpretados restritivamente, e pelas disposições da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992,

Capítulo VI

Disposições finais

Art. 46. Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos – O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, incluindo a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência de processos coletivos e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado, a interposição de recursos e seu andamento, a execução provisória ou definitiva; disciplinará, ainda, os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

Art. 47. Instalação de órgãos especializados - A União, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

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

Art. 49. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

Parágrafo único – Os recursos cabíveis e seu processamento seguirão o disposto no Código de Processo Civil e legislação correlata, no que não for incompatível.

Art. 50. Nova redação – Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a - Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

“**Art. 273**

§4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C).

§5º. Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz”.

b - A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts.: 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

“**Art. 273-A.** A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

“**Art. 273-B.** Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“**Art. 273-C.** Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“**Art. 273-D** Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

c – O artigo 10 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 10: “Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido, dentro de 5 (cinco) dias, o representante da pessoa jurídica de direito público, responsável pela conduta impugnada, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”.

d - O artigo 7º, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

Art. 7º “.....

I

a – além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público, que poderá intervir no processo como litisconsorte ou fiscal da lei, devendo fazê-lo obrigatoriamente quando se tratar, a seu exclusivo critério, de interesse público relevante, vedada, em qualquer caso, a defesa dos atos impugnados ou de seus autores.”

e- Acrescente-se ao artigo 18 da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965 um parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 18 - “.....

Parágrafo único – Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.”

f - Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1º e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 como 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14.

Art.17 – “

§ 1º – Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este, a seu exclusivo critério, poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público colegitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstando que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

§ 2º - No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, cabendo-lhe apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

§ 3º

§ 4º

§ 5º

§ 6º

§ 7º

§ 8º

§ 9º

§ 10.....

§ 11.....

§ 12.....

§ 13.....

§ 14.....”

g – O artigo 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a ter a seguinte redação:

Art. 80: “As ações individuais movidas pelo idoso serão propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa”.

Art. 51. Revogação – Revogam-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 52. Vigência - Este Código entrará em vigor dentro de cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

Dezembro de 2006.