CARLOS EDUARDO BISTÃO NASCIMENTO

A ação civil pública no Direito Previdenciário

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Sérgio Pinto Martins

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2014

CARLOS EDUARDO BISTÃO NASCIMENTO

A ação civil pública no Direito Previdenciário

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Direito do Trabalho e da Seguridade Social sob a orientação do Professor Titular Sérgio Pinto Martins.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2014

Nascimento, Carlos Eduardo Bistão.

A ação civil pública no Direito Previdenciário / Carlos Eduardo Bistão Nascimento ; Orientador: Sérgio Pinto Martins. - São Paulo, 2015.
159 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2015.

1. Direito Previdenciário. 2. Regime Geral de Previdência Social. 3. Benefícios previdenciários. 4. Tutela coletiva. 5. Ação civil pública. I. Sérgio Pinto Martins. II. Título.

CARLOS EDUARDO BISTÃO NASCIMENTO

A ação civil pública no Direito Previdenciário

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Direito do Trabalho e da Seguridade Social sob a orientação do Professor Titular Sérgio Pinto Martins.

Aprovado em _____.

Banca examinadora:

Professor Titular Sérgio Pinto Martins – orientador

RESUMO

NASCIMENTO, Carlos Eduardo Bistão. *A ação civil pública no Direito Previdenciário*. 2015. 159 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Verifica-se, na atualidade, grande multiplicação dos conflitos envolvendo a Previdência Social e seus segurados. Embora sejam vários os motivos que levam ao ajuizamento de ações previdenciárias, identifica-se em grande parte dos casos uma linha condutora que unifica os diversos litigantes (segurados e dependentes) em torno de uma questão comum. Olhando-se de longe, o que se vê é uma série de ações individuais, cada uma com suas peculiaridades, que buscam as mesmas reparações e ajustes. Há, nesses casos, o ajuizamento em massa de ações com conteúdo semelhante, o que irá gerar sentenças, recursos e execuções múltiplos – e, em vários casos, apresentando soluções divergentes. Desse modo, ainda que se tratem de direitos que podem ser tutelados individualmente, há que se buscar a tutela por um prisma coletivo, de modo a se trazer efetividade e segurança na área previdenciária. E uma dessas formas consiste no uso da ação civil pública em questões previdenciárias. Mecanismo relativamente recente em nosso ordenamento, introduzido em 1985, a ação civil pública encontra-se hoje plenamente integrada àquilo que se chama de microssistema de tutela coletiva, admitindo tanto a defesa de direitos difusos, quanto de coletivos *stricto sensu* e mesmo de direitos individuais homogêneos. O esforço que merece atenção, portanto, consiste na caracterização do Direito Previdenciário numa dessas três categorias de direitos coletivos *lato sensu*, vez que a tutela no plano coletivo molda-se de acordo com o tipo de direito que se está a tutelar. Ademais, é necessário também que se afaste a interpretação restritiva – já superada pela jurisprudência mais atual – que exclui os Direitos Previdenciários da esfera de objetos da ação civil pública.

Palavras-chave: Direito Previdenciário; Regime Geral de Previdência Social; Benefícios previdenciários; Tutela coletiva; ação civil pública.

ABSTRACT

NASCIMENTO, Carlos Eduardo Bistão. *A ação civil pública no Direito Previdenciário*. 2015. 159 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

There are, at present, a great multiplication of conflicts involving the Social Security and its policyholders. Although several reasons leads to the prosecution of social security actions, it's possible to identify a conductive line that unifies the various litigants around a common issue. Looking from outside, there are a series of individual actions, each one with its own peculiarities, seeking the same repairs and adjustments. In this cases, the prosecution consists in mass actions with similar content, which will generate multiple sentences and multiple executions - and, in many cases, will define divergent solutions. Thus, even if dealing with rights that can be protected individually, we must seek the protection of a collective point of view, in order to bring effectiveness and safety in the social security area. And one of those ways is the use of public civil action (called “*ação civil pública*”, in Portuguese), a kind a class action, in social security issues. Introduced in 1985, this collective action is now fully integrated to the *microsystem of collective protection*, assuming both the defense of diffuse and collective rights, as well some kind of individual rights by a collective way. The effort that deserves attention, therefore, is the characterization of the Social Security in one of these three categories of collective rights. Moreover, it is also necessary that departs the restrictive interpretation which excludes Social Security Rights from the sphere of objects of class action called “*ação civil pública*”.

Keywords: Social Security Law; General Regime of Social Security; social benefits; Collective protection; class action called “*ação civil pública*”.

LISTA DE SIGLAS

CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990)
CPC	Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11.1.1973)
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LAP	Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29.6.1965)
LACP	Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24.7.1985)
RGPS	Regime Geral de Previdência Social

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1. Direitos fundamentais e Previdência Social.....	11
1.1. Noções gerais sobre os direitos fundamentais.....	12
1.2. O Direito Previdenciário como um direito fundamental.....	20
2. Direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.....	36
2.1. Dos direitos individuais aos transindividuais.....	37
2.2. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	42
2.3. Evolução histórica.....	58
2.3.1. No direito comparado.....	59
2.3.2. No Brasil.....	67
2.4. O microsistema de tutela coletiva.....	76
2.5. O Direito Previdenciário como um direito coletivo.....	86
3. Da ação civil pública.....	94
3.1. Aspectos gerais da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).....	94
3.2. Objeto.....	101
3.2.1. Bens jurídicos.....	101
3.2.2. Pedido.....	107
3.3. Competência.....	117
3.4. Legitimação.....	132
Conclusão.....	139
Bibliografia consultada.....	143
Anexo – Julgados.....	150

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa centra-se no desenvolvimento de considerações acerca do manejo da ação civil pública no âmbito do Direito Previdenciário, tendo por modelo básico o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), arquitetado pela Constituição da República de 1988 em seu art. 201, regulamentado pelas Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 1991, e operacionalizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Neste sentido, há que se interligar o tema do Direito Previdenciário com o processo coletivo – mais especificamente um de seus instrumentos, a ação civil pública. Tal interligação, embora seja razoável sob os pontos de vista lógico e prático, tem sido pouco explorado pela doutrina; reflexo disso são os julgados sobre o tema que vacilam entre extremos, ora aceitando, ora impedindo que ações civis públicas veiculem matéria previdenciária.

Para tal empreitada, primeiro serão feitas considerações acerca do Direito Previdenciário (capítulo 1). Como recorte, foi escolhida a perspectiva dos direitos fundamentais: a partir deles será construído o conceito prático que oportunamente será retomado para demonstrar que tais pretensões podem ser objeto de ação civil pública. Por se tratarem de direitos fundamentais, os benefícios previdenciários devem ser lidos por um viés constitucionalizado, ligado à dignidade humana e ao bem-estar social.

Logo se vê que existe em tais direitos a tendência à transcendentalidade individual; embora sejam posições jurídicas eminentemente individuais, eventuais ataques ou promoções atingirão uma coletividade extensa de pessoas. Dentro desta temática, passa-se à segunda parte da pesquisa, em que serão abordados conceitos relativos aos direitos coletivos em sentido amplo, de modo que seja possível entender essa nova tendência do Direito que é o estudo e a solução de conflitos por um prisma coletivo – ou *molecularizado*, como preferem alguns autores (Capítulo 2).

Neste contexto, após a abordagem de cada uma das grandes categorias de direitos transindividuais (a saber: direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos), bem como a compreensão do chamado

microsistema de tutela coletiva, será feita a identificação do Direito Previdenciário como um direito coletivo - e não apenas individual, tal como propõe a leitura clássica sobre o tema.

A partir deste panorama inicial, e já de posse dos elementos necessários para se entender a sistemática do direito coletivo, o estudo envereda pela seara processualista, apresentando a ação civil pública como mecanismo de tutela de direitos coletivos (capítulo 3). É importante ressaltar que esse estudo de índole processual é necessário pelo fato de que é o processo o instrumento apto a permitir o reconhecimento e a fruição dos diversos direitos – inclusive os coletivos. Como será visto, a ação civil pública é mecanismo processual previsto na Lei n. 7.347, de 24.7.1985; na Constituição da República de 1988, teve assento no art. 129, III.

Vistas as questões processuais básicas sobre as ações civis públicas em geral, é hora de concluir com a derradeira parte da pesquisa, na qual se aborda o tema central proposto (capítulo 4): a utilização da ação civil pública (mecanismo de tutela coletiva) no Direito Previdenciário (ramo que pode ser estudado à luz dos interesses coletivos). Nesta parte serão retomados os aspectos processuais da ação civil pública, os quais serão preenchidos com questões previdenciárias em seu ambiente próprio.

Deste modo, espera-se – por óbvio, sem esgotar o tema – que algumas questões sobre o uso da ação civil pública em matéria previdenciária sejam esclarecidas. Aliás, para longe de se ter um estudo definitivo – que, ao que tudo indica, ainda dá seus primeiros passos no país, refém de várias manobras que objetivam impedir dessa possibilidade –, se terá a sensação de dever cumprido se o tema do *cabimento* da ação civil pública para fins previdenciários restar bem demonstrado.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PREVIDÊNCIA SOCIAL

No Direito, é clássica a distinção que o divide em dois grandes enfoques: por um primeiro, o Direito é mecanismo de solução de conflitos interpessoais que se vale do ordenamento jurídico – cogente e imperativo – para trazer ordem social; por um segundo enfoque, Direito é a ciência que estuda este mecanismo de solução de conflitos¹. Nas palavras de Eros Roberto Grau:

Do direito falamos, com frequência, referindo-o como *sistema jurídico*. [...] Cada *sistema* apresenta duas faces, podendo ser visualizado desde dois prismas: o dos conhecimentos e o dos objetos do conhecimento. Assim, cogitamos do sistema científico (sistema de conhecimentos) e do sistema objetivo (sistema de objetos do conhecimento). (GRAU, 2011, p. 23, grifo no original).

O Direito enquanto ciência social deve ser compreendido como um sistema que permite a observação por vários enfoques sem que, contudo, um exclua o outro; pelo contrário, é através da multiplicidade de enfrentamentos teóricos que se constrói a unicidade do Direito como ciência (REALE, 2002, p. 3–6).

É de se anotar, inclusive, a advertência que Eros Grau faz sobre o assunto: é possível que se descreva o Direito de *várias formas e desde várias perspectivas*; porém, em tal atividade de observação o observador poderá, no máximo, descrever o seu *modo de ver a realidade* formatada pelo Direito, jamais a própria *realidade* do Direito (GRAU, 2011, p. 19).

A partir desta premissa – de que o Direito pode ser estudado por múltiplos pontos de vista – estabelece-se uma primeira linha de investigação, fundada na afirmação de que *o Direito estrutura-se em torno (ou a partir) dos direitos fundamentais*. Tem-se, aqui, o ponto de partida.

Cumprido, portanto, tratar em linhas gerais – de acordo com critérios de utilidade para o tema proposto – dos direitos fundamentais.

---

¹ Neste sentido estão, dentre outras, as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1986, p. 12–16) e Carlos Ari Sundfeld (1996, p. 123).

1.1. Noções gerais sobre os direitos fundamentais

Embora a doutrina recente – em fenômeno que ganhou corpo a partir do final da 2ª Guerra Mundial – tenha desenvolvido com grande profundidade a teoria dos direitos fundamentais, é necessário estabelecer um conceito objetivo – porém eficiente – de tais direitos a partir de critérios práticos para sua identificação no ordenamento jurídico.

De início, é possível estabelecer uma diferenciação destes direitos já a partir da própria terminologia empregada: se existem direitos fundamentais significa, a *contrario sensu*, que existem direitos que não são fundamentais. Ainda que pareça tautológica esta observação, ela serve como ponto de observação: existe nos direitos fundamentais uma característica – esse adjetivo *fundamental* – que os diferencia dos demais direitos; é a chamada *nota de fundamentalidade*²: “no qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” (SILVA, 2012, p. 178).

E mais: por serem fundamentais, estes direitos ligam-se à proteção da dignidade humana, que é, por sua vez, o valor mais elevado que o Direito deve proteger:

Não obstante a inevitável envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais [...]. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 237).

Nas palavras de George Marmelstein:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELESTEIN, 2009, p. 20).

Tal *fundamentalidade*, contudo, é uma nota variável que alterna em razão do tempo e do lugar que se pretende estudar. Isto porque sendo o Direito uma ciência social, ele reflete os anseios e percepções de uma dada sociedade num dado tempo³.

² Por todos, cf. MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 235–239.

³ Divergindo, em parte, desta ideia é a lição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Tavares; segundo eles, a fundamentalidade dos direitos fundamentais decorre do fato de estarem abrigados nas Constituições

Ao lado disso, se os direitos fundamentais são direitos especiais e estão no epicentro de um ordenamento jurídico, serão eles os mais proeminentes reflexos dos *valores* daquele grupo social – e de tal modo isso é verdadeiro que, sem exagero, pode-se afirmar que o ponto de toque mais íntimo entre o Direito e os *valores* seja, com efeito, o instituto dos direitos fundamentais; nas palavras de Norberto Bobbio, “o fundamento de direitos [...] é o apelo a esses valores últimos” (2004, p. 38).

A partir desta percepção, de que os direitos fundamentais variam no tempo e no espaço em razão da igual mudança dos *valores* também no tempo e espaço, é de se constatar que eles sofreram – e continuarão a sofrer – mutações históricas; e mais do que isso: variam no tempo, no espaço e traduzem valores de um grupo social. Em outras palavras, cada época histórica tem seus anseios, suas lutas⁴, e as respectivas conquistas vão sendo cristalizadas em direitos que, pela sua importância, são tidos como direitos fundamentais. São, portanto, *direitos históricos*:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi [...] que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e **nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas**. (BOBBIO, 2004, p. 25, grifo nosso).

Estes movimentos históricos de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais são amplamente estudados pela doutrina, num fenômeno chamado de *gerações* ou *dimensões dos direitos fundamentais*.

Não obstante seja possível falar em direitos fundamentais desde tempos remotos⁵ ou mesmo apontar eventos históricos precisos, v.g., a promulgação da Magna Carta de 1215, a chamada *primeira geração* dos direitos fundamentais teve lugar no século XVIII, mais precisamente no bojo dos movimentos intelectuais e sociais que

---

(portanto, *fundamentalidade formal*) – e não em razão apenas do seu conteúdo (*fundamentalidade material*). (DIMOULIS; TAVARES, 2011, p. 49).

⁴ Fábio Konder Comparato, ao explicar que os avanços no campo dos direitos fundamentais são consequências da reflexão ocasionada após momentos de grande violência, pondera que “a cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”. (COMPARATO, 2003, p. 37).

⁵ A este título, Fábio Konder Comparato cita exemplos de direitos que hoje entendemos como *fundamentais* na história remota, tal como no reino unificado de Israel sob o comando de Davi (sec. XI e X a.C.), na democracia ateniense (sec. VI a.C.), na república romana e mesmo na Idade Média. (COMPARATO, 2003, p. 40–47).

culminaram com a queda do Absolutismo. A grande nota distintiva desta geração é a busca da liberdade individual em relação ao Estado. Segundo a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O caráter individualista é o traço fundamental das declarações dos séculos XVIII e XIX e das editadas até a Primeira Guerra Mundial. Marca-as a preocupação de defender o indivíduo contra o Estado, este considerado um mal, embora necessário. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 318).

Acerca do tema, afirma Paulo Bonavides que os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, especialmente os direitos civis e políticos, e que eles correspondem ao momento inicial do constitucionalismo no Ocidente (2008, p. 561).

É nesta fase que se desenvolve o pensamento a partir do qual o Estado (em sua acepção de organização política) deve ser colocado em relação de subordinação à vontade das pessoas – e não o contrário: as pessoas integralmente à disposição das vontades do Estado e, especialmente, de seus governantes. “O Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 232). Esta inversão de valores também é observada por Norberto Bobbio, quando afirma que “passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos” (2004, p. 23).

Não por outro motivo que nesta fase surgem as primeiras Declarações de Direitos, documentos escritos que consagram os chamados *Direitos dos Homens* (direitos que as pessoas seriam detentoras de modo sobreposto ao Estado), dentre as quais destacam-se duas: a Declaração de Virgínia (EUA, 1776) e a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (França, 1789).

Ademais, os ditos *direitos de primeira geração* caracterizam-se pela nota comum do absenteísmo do Estado: são abstenções (uma série de comandos do tipo “não-fazer”) que os Estados – e seus dirigentes – deviam respeitar em relação aos indivíduos; ou, em outras palavras, uma *pretensão de resistência à intervenção estatal* ou, ainda, direitos de *status negativus* (DIMOULIS; TAVARES, 2011, p. 59–60). O que se buscava era a fixação de uma *esfera de autonomia pessoal* em relação ao Estado, num movimento que rechaçava o avanço do poder do Estado sobre os indivíduos; “daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de

não intervir sobre aspectos da vida pessoa de cada indivíduo” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233).

Esse modo de entender a sociedade, contudo, acabou por desaguar em momento de grande crise social; é que a fórmula estritamente *liberal*, de não intervenção do Estado, fez com que as diferenças sociais aumentassem ainda mais, distanciando de modo definitivo as classes mais altas e mais baixas da sociedade. Sem nenhuma gerência do Estado – que passou a ter basicamente apenas funções de controle da força social, daí porque chamado de *État Gendarme* –, o poder econômico impôs seu desigual regime na sociedade, excluindo praticamente por completo a participação – política e econômica – das camadas menos favorecidas. Este distanciamento das classes sociais acabou cristalizado na dicotomia *burguesia–proletariado*: a burguesia (detentora dos meios de produção) explora a classe assalariada (vendedora de sua mão de obra para sobreviver).

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a partir dessa tensão não tardou para que mudanças fossem reivindicadas; logo se viu que o Estado deveria assumir certa função de gerência em relação à questão social, especialmente com o intuito de proteção das pessoas economicamente debilitadas (2012, p. 319). Ferreira Filho alerta, ainda, que a conquista dos direitos sociais foi muito mais uma via intermediária entre o liberalismo econômico – calcado no individualismo extremo – e as radicais revoluções pretendidas pelo socialismo – que, aliás, objetivava a própria extinção do modelo liberal através do fim da propriedade privada. “Para quebrar este ímpeto revolucionário, os governos burgueses [...] se viram obrigados a abrir-se para reformas na ordem social, conferindo direitos ao povo trabalhador” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 354). Em razão dessa necessidade de abertura – com ímpeto mais de acomodação que de verdadeira transformação – surgiram nas fileiras intermediárias da sociedade um movimento reformista – e não revolucionário, portanto – que acabou cooptando forças do socialismo e enxergava nos direitos sociais uma forma de solucionar a questão social.

Se na primeira geração o Estado é visto com funções mínimas e atuação reduzida – para não dizer indesejada –, na *segunda geração* ele é chamado a participar ativamente das relações sociais de modo a proteger certas pessoas (vulneráveis) em certas situações (de risco social); nesta fase, “o centro de gravidade da ordem jurídica caminha do individual para o social” (TÁCITO, 2001, p. 23).

O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. [...] Como consequência, uma diferente pletora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233).

De modo a realizar correções históricas, os direitos de segunda geração têm como característica comum uma *ação* do Estado tendente à melhoria em algum aspecto da vida social (saúde, trabalho, educação, *etc.*); ligam-se à ideia de *igualdade*. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, estes direitos são *poderes de exigir* (2004, p. 49–50).

Aqui, o que se espera é um *fazer* (prestação positiva) do Estado – em contraposição ao *não-fazer* (prestação negativa) da primeira geração. Walber de Moura Agra explica que os direitos sociais são aqueles direitos humanos que para se concretizarem necessitam da intermediação dos entes estatais, tanto por na perspectiva da realização fática, quanto na da realização jurídica (2010, p. 515). Podem, ainda, ser ditos como *direitos a prestações* ou *direitos de status positivus* (DIMOULIS; TAVARES, 2011, p. 60–61), bem como *direitos de crédito* (FERREIRA FILHO, 2004, p. 50).

Segundo Fábio Konder Comparato, são representativas desta fase as Constituições do México, de 1917, e de Weimar (Alemanha), de 1919 (2003, p. 53). No Brasil, costuma-se afirmar que foi a Constituição de 1934 a primeira a introjetar esses preceitos sociais – especialmente ligados ao trabalho (MARTINS, 2014b, p. 11).

Por estarem atrelados a atividades de índole social – “por se ligarem a reivindicações de justiça social” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 234) –, esses direitos fundamentais também são chamados de *direitos sociais*. José Afonso da Silva diz que são direitos do *homem-social* – em contraposição aos direitos do *homem-indivíduo* e do *homem-nacional*, ligados à primeira geração (2012, p. 183–184); segundo o mesmo autor, são, ainda, direitos que “possibilitam melhores condições de vida ao mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, 2012, p. 286).

Os direitos ditos sociais objetivam a proteção de pessoas em situações de risco social – situações que, por algum motivo, pessoas são encontradas em desnível,

inferiorizadas, em relação à maioria pelo ponto de vista de algum aspecto social (trabalho, saúde, educação, habitação, *etc.*). Por outro ângulo, são situações em que se verifica um grave ataque à dignidade humana daquela pessoa ou grupo. Falava-se, no passado, em pessoas pobres, miseráveis; hoje, pela extensão do conceito – visto que a falta de dignidade é, em geral, fruto de pobreza na acepção econômica mas pode, também, ser oriunda de outros fatores, como falta de educação ou de saúde –, prefere-se adotar o conceito de *hipossuficiência*.

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória de um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade sociais, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2014, p. 203, grifo no original).

É de se frisar que a segunda geração de direitos fundamentais não superou ou anulou a primeira geração; ao contrário, ambas se completam. São fenômenos diferentes que incidiram sobre realidades diferentes: enquanto os direitos de primeira geração buscavam a liberdade, livrando os cidadãos do jugo arbitrário do Estado, os direitos de segunda geração buscavam a igualdade, tentando reduzir as diferenças entre ricos e pobres, entre quem trabalha muito e quem trabalha pouco, entre quem tem saúde e quem não tem, *etc.* Não por outro motivo os primeiros impõem-se como negativos (abstenções) e os segundos como positivos (ações) em relação ao Estado.

Porém, não obstante sejam diversos em sua essência e naquilo que traduzem, os direitos fundamentais de primeira e de segunda geração se completam: sem igualdade não se pode falar em liberdade; de nada adianta a garantia de liberdade se não existirem meios para exercê-la (FERREIRA FILHO, 2012, p. 319). Em outras palavras, os direitos sociais “criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade” (SILVA, 2012, p. 287). Só se é realmente livre quando se têm condições concretas de escolha.

Exemplos desta complementariedade são as Constituições modernas, que abrigam tanto direitos ligados à *liberdade* quanto ligados à *igualdade*; no caso brasileiro, a Constituição de 1988 alberga diversas liberdades no art. 5º, enquanto variados aspectos sociais são elencados no art. 6º. Outros exemplos são os documentos internacionais sobre

direitos humanos, sendo de relevo a Declaração Universal de 1948, na qual se observam tanto liberdades quanto direitos sociais (FERREIRA FILHO, 2010, p. 89).

Neste aspecto, tamanho é o cuidado dos estudiosos ao tratar da questão que a doutrina se divide em torno do vocábulo mais adequado a ser utilizado – se *geração* ou se *dimensão* dos direitos fundamentais. Isto porque para alguns, o tempo *geração* sugere a incorreta ideia de que uma fase foi superada e abandonada por uma outra fase mais recente e, por isso, a palavra *dimensão* resultaria mais adequada pois traria, nesta ótica, a ideia de soma, de complementariedade⁶.

Não obstante sejam aqui utilizados ambos os termos com igual significado – vez que o estudo dos direitos fundamentais serve, no presente trabalho, como pano de fundo –, é importante frisar a questão pelo motivo prático de que as gerações convivem, completam-se, e estão todas elas, hoje, presentes em nosso ordenamento. “Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 234).

Retomando a evolução histórica dos direitos fundamentais, com o passar do tempo observou-se que apenas os direitos à liberdade e à igualdade, ambos em sentido amplo, não eram suficientes; haviam outros direitos que, dada sua relevância, também mereciam o *status* de direitos fundamentais. Tais direitos têm em comum a ideia de solidariedade: pretensões que versam sobre bens da vida que ao mesmo tempo em que são fruídos individualmente por pessoas ou grupos, pertencem a todos e a todos devem estar disponíveis; surge a percepção de que a humanidade deve ser construída como *um todo solidário* (COMPARATO, 2003, p. 56–57). Esses direitos fundamentais ligados à solidariedade recebem a classificação de direitos de *terceira geração*.

José Afonso da Silva afirma que essa terceira geração tem por interesse a proteção do *homem-solidário*, constituindo verdadeiros *direitos fundamentais do gênero humano* (2012, p. 184). Trata-se da solidariedade como adjetivo ligado à essência humana,

⁶ No sentido do emprego de *dimensão*, cf.: **a)** DIMOULIS; TAVARES, 2011, p. 29–33; **b)** no direito comparado, Marisa Ferreira do Santos (2003, p. 26) informa que este uso é defendido em Portugal por Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – tomo IV*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 26.). No sentido do emprego de *geração*, cf.: **a)** MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 234; **b)** MORAES, 2014, p. 29.

à universalização. Manoel Gonçalves Ferreira Filho fala em *qualidade de vida* (2004, p. 57).

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2008, p. 569).

É de destaque a titularidade difusa destes direitos, vale dizer, não pertencem a nenhuma pessoa singularizada, mas, sim, à coletividade – daí se afirmar que são direitos de solidariedade, comuns a todos. “Traduz interesses coletivos, de repercussão na condição de vida das comunidades e, portanto, de seus integrantes, porém não individualizáveis” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 89). São direitos concebido para coletividades, para grupos – não tendo, portanto, olhos diretos para indivíduos isolados (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 234). Em outras palavras, são direitos que se ligam a bens de todos mas que não podem ser apropriados por ninguém, a exemplo do meio ambiente que deve ser mantido em equilíbrio para a fruição da coletividade e, de outro lado, não deve ser apropriado individualmente por ninguém – nem por particulares, nem pelo Estado, daí porque a nomenclatura de *direitos difusos*.

Embora a classificação que divide os direitos fundamentais em *gerações* ou *dimensões* seja alvo de críticas^{7,8} – especialmente pelo fato de que não albergam a totalidade dos direitos fundamentais, existindo situações em que não se consegue classificar um determinado direito fundamental dentro de uma geração específica e, de outro lado, o fato de que não há consenso sobre quais seriam as categorias de gerações mais recentes⁹ –, ela possui pelo menos duas grandes utilidades práticas:

a) em primeiro lugar, demonstra que os direitos fundamentais não surgem todos ao mesmo tempo, sendo frutos de larga evolução histórica, refletindo as reivindicações e a mentalidade geral de um determinado tempo;

⁷ Por uma síntese das críticas que se tem feito contra o tema, cf. MARMELSTEIN, 2009, p. 56–61.

⁸ Cláudia Maria da Costa Gonçalves afirma que “o tema, hoje, apresenta uma conotação muito mais pedagógica, haja vista que os direitos fundamentais não seguem um evolucionismo linear, nem mesmo não formados por espaços incomunicáveis” (GONÇALVES, 2010, p. 170).

⁹ Alguns autores falam em direitos de quarta, quinta e mesmo sexta geração. Sobre o tema, dentre outros autores, cf.: **a)** BOBBIO, 2004, p. 25–26 e nota n. 9, p. 30; **b)** BONAVIDES, 2008, p. 570–572; **c)** MARMELSTEIN, 2009, p. 53–55.

b) em segundo lugar, embora todos eles sejam fundamentais, estes direitos comportam-se de maneira diferente uns em relação aos outros, o que exige mecanismos também diferentes para que se concretizem – vale dizer: um direito ligado à ideia de *liberdade* requer uma sistemática diferente (com instrumentos diferentes) daquela que um direito *social* exige para ser implementado.

Aproximar um direito fundamental de uma ou outra geração faz com que seja possível identificar, já de plano, com que tipo de direito se está trabalhando, o que dele se esperar e, mais ainda, quais as formas básicas de sua implementação – se é um *fazer* do Estado, se é uma abstenção do Estado, se é um dever geral de proteção de toda a sociedade, *etc.*

Vista esta breve evolução histórica, cumpre, agora analisar as principais características de um direito fundamental de modo que seja possível identificá-lo dentre uma série de direitos – sempre lembrando que os direitos fundamentais são direitos que, pela sua importância em relação a outros direitos, gozam de um *status* privilegiado. É preciso, portanto, separar os direitos fundamentais dos *não-fundamentais*.

1.2. O Direito Previdenciário como um direito fundamental

Vistas, em linhas gerais, as principais noções dos direitos fundamentais, cumpre, agora, verificar se o Direito Previdenciário (visto como ramo que congrega e estuda as normas relativas à Previdência Social¹⁰), é um verdadeiro direito fundamental.

Costuma-se afirmar que ao lado do Estado Democrático de Direito, característica nomeada no art. 1º da Constituição da República 1988, deve-se apor o adjetivo *Social* – portanto, um Estado Social Democrático de Direito –, tendo em vista que o formato de Estado arquitetado pela Lei Maior prevê uma série de mecanismos de inclusão social e redução das desigualdades. Tais fundamentos, inclusive, podem ser retirados dos objetivos da República, expressos no art. 3º da Constituição – especialmente em seus incisos I e III:

---

¹⁰ Para Sérgio Pinto Martins, “Direito Previdenciário é o sistema que estabelece benefícios ou serviços para as contingências definidas em lei, mediante contribuição por parte do segurado” (2014a, p. 301).

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

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

É inegável que o atual modelo Estado bem reflete os avanços e conquistas forjados pelas revoluções sociais do século XIX e XX que acabaram cristalizando-se nas importantes Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919, consagrados de modo genérico na chamada *segunda geração* de direitos fundamentais.

Como visto em tópico anterior (item n. 1.1), os direitos sociais reivindicam atuações positivas do Estado no sentido de se buscar a redução das desigualdades sociais, preenchendo grave lacuna aberta pelo Estado absenteísta, típico do liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX. São, portanto, direitos que se ligam à ideia da igualdade nos seus mais variados aspectos.

No caso brasileiro, a Constituição da República de 1988 é generosa no catálogo de direitos sociais; costuma-se afirmar que eles estão elencados em seu art. 6º:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela EC n. 64/2010)

O rol dos direitos sociais, contudo, não se esgota neste artigo. A chamada *Ordem Social*, Título VIII da Constituição da República que tem início a partir do art. 193, apresenta outros temas sociais, como ciência e tecnologia, cultura, meio ambiente, *etc.* Didático, aliás, é o próprio art. 193 ao afirmar que a “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, a revelar a íntima ligação destes direitos sociais com critérios de igualdade e justiça social. Dentro desse panorama social, um dos grandes pilares em termos sociais é a Previdência Social, arquitetada especialmente nos arts. 201 e 202 da Constituição da República¹¹.

É necessário esclarecer que, à luz do texto constitucional, a Previdência Social é um mecanismo de proteção social inserido num contexto maior, chamado de

¹¹ Sérgio Pinto Martins destaca esse viés social do Direito Previdenciário, afirmando que ele é “eficiente meio de que se serve o Estado moderno na redistribuição da riqueza nacional, visando ao bem-estar do indivíduo e da coletividade” (2014a, p. 301).

Seguridade Social; de acordo com o disposto no art. 194 da Constituição, “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A Seguridade Social é, portanto, um sistema assentado num tripé: Saúde, Previdência e Assistência Social. Tratar do Direito Previdenciário é, sem dúvida, tratar de uma parte da Seguridade Social. Porém, muito embora existam normas gerais, comuns a todos os três ramos (e, portanto, normas gerais de Seguridade Social), cada uma destas facetas é composta por normas, sistemática e institutos próprios.

Acerca do primeiro ramo da Seguridade, de acordo com a redação do art. 196 da Constituição de 1988 a **Saúde** é direito de todo o cidadão e dever do Estado, garantia concedida mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outras enfermidades e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Em outras palavras, “a Saúde pretende oferecer uma política social e econômica destinada a reduzir riscos de doenças e outros agravos, proporcionando ações e serviços para a proteção e recuperação do indivíduo” (MARTINS, 2014a, p. 24). No plano infraconstitucional, a Saúde encontra sua norma básica na Lei n. 8.080, de 19.9.1990.

A **Previdência Social**, por seu turno, vêm consagrada nos arts. 201 e 202 da Constituição; no plano infraconstitucional, a Lei Federal n. 8.213, de 24.7.1991, que instituiu o *Plano de Benefícios da Previdência Social*, afirma, em seu art. 1º, que a Previdência Social “tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”.

É importante notar que diferentemente da Saúde, a Previdência Social é lastreada na ideia de contributividade; são protegidas as pessoas que, de algum modo, se vinculam àquele sistema, contribuindo para estarem protegidas – a proteção em termos de Saúde, de modo diverso, é garantida a todas as pessoas, não existindo um sistema de filiação para se obter proteção. Há, aqui, um caráter recíproco: “os segurados da Previ-

dência Social são ao mesmo tempo beneficiários e contribuintes do sistema” (MARTINS, 2014a, p. 303).

Outra importante característica da Previdência Social é sua vinculação a postulados de subsistência e bem-estar, ligando-se, assim, ao princípio da dignidade humana. A própria lei fala em *meios indispensáveis de manutenção* dos beneficiários (art. 1º, Lei n. 8.213); estes meios indispensáveis aos beneficiários “dizem respeito a sua sobrevivência, a condições mínimas de vida” (MARTINS, 2014a, p. 300).

As situações de proteção – também chamadas de *contingências*¹² – são descritas em lei; a Constituição, em seu art. 201, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, enumera as situações mínimas:

Art. 201. A **previdência social** será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e **atenderá**, nos termos da lei, a:

- I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (grifo nosso)

Por um outro aspecto, segundo Sérgio Pinto Martins é possível identificar dois regimes de Previdência no Brasil: o público e o privado. No regime *público* as prestações são devidas pelo Estado; a relação previdenciária tem como sujeito ativo (credor) o segurado e passivo (devedor) o Estado. São exemplos o Regime Geral de Previdência Social (art. 201 da Constituição) e os regimes próprios de servidores públicos (art. 40 da Constituição) e militares (art. 142, § 3º, IX da Constituição). Já no sistema *privado* há a organização em torno de entidades de previdência complementar (art. 202 da Constituição); fala-se em Regime Facultativo Complementar de Previdência Social (art. 9º, Lei n. 8.213/91) pois o intuito é o de complementação dos valores obtidos em algum outro regime previdenciário (2014a, p. 301 e 304).

No presente trabalho, pelo recorte feito, serão vistos aspectos apenas do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

¹² Neste sentido, cf.: **a)** MARTINS, 2014a, p. 23 e 300; **b)** MIRANDA, 2007, p. 9.

Já a **Assistência Social** – a terceira integrante do tripé em que se apoia a Seguridade Social – tem assento nos arts. 203 e 204 da Constituição da República. Pode ser conceituada, à luz de sua lei básica (Lei n. 8.742, de 7.12.1993), como uma “Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas” (art. 1º). Em outras palavras, a Assistência Social é um mecanismo de proteção àquelas pessoas que, de tão debilitadas (economicamente), sequer podem contribuir. Jediael Miranda, ao tratar da Assistência Social, afirma que:

Sua dimensão atual lhe confere a natureza de mecanismo de inclusão e justiça sociais, garantindo prestações sociais mínimas, na forma de serviços e benefícios, para a sobrevivência digna daquele que se encontre em situação de desamparo, independentemente de contribuição à seguridade social, na forma disciplinada em lei. (MIRANDA, 2007, p. 271).

Vistas estas noções gerais do Direito Previdenciário – e sua relação com a Seguridade Social –, cumpre, agora, cotejá-lo com os direitos fundamentais.

A Constituição, em seu art. 6º, diz que a Previdência Social é um *direito social*, colocando-a ao lado de outros direitos fundamentais sociais. Essa localização, por si só, já indica que a Previdência Social é um direito fundamental eis que, inegavelmente, é um direito social. George Marmelstein afirma, neste aspecto, que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais tanto na perspectiva *formal* (estão na Constituição e, portanto, têm *status* de norma constitucional) quanto na perspectiva *material* (ligados ao princípio da dignidade humana) (2009, p. 174)¹³.

Confirmando este fato, os direitos que hoje se alinham sob a égide da Previdência Social nasceram por ocasião das reivindicações sociais que culminaram com o reconhecimento dos direitos sociais – os chamados direitos de *segunda geração* ou *dimensão*. Aliás, o Direito Previdenciário tem sua origem histórica no Direito do Trabalho, partilhando anseios e conquistas¹⁴. “O Direito Previdenciário nasce com o Direito do Trabalho, tendo por objetivo minorar as diferenças de classe, de modo a assegurar uma vida digna ao trabalhador” (MARTINS, 2014a, p. 301). Para Sônia Regina Orlandini Suga, o Direito do Trabalho liga-se ao Previdenciário na preocupação comum que ambos têm em proteger o *homem hipossuficiente* (SUGA, 1992, p. 85).

¹³ Em sentido semelhante é o posicionamento de Walber de Moura Agra (2010, p. 526).

¹⁴ Neste sentido, cf.: **a)** MARTINS, 2014a, p. 30–31 e 301; **b)** MIRANDA, 2007, p. 10.

Não é exagerado afirmar que em suas estruturas mais básicas, o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário são ramos que se debruçam sobre um mesmo fenômeno – o trabalho – porém em aspectos (ou momentos) diferentes: enquanto o primeiro se ocupa com a atividade do trabalhador (situação de atividade), o segundo se preocupa com aquelas situações em que o trabalhador não pode ou não consegue trabalhar, ficando à mercê de uma série de dificuldades por conta disto (situação de inatividade).

Por este nascedouro comum é que se pode, portanto, afirmar que o Direito Previdenciário, por ser um direito social, é um direito fundamental e, mais que isso, um direito fundamental de segunda geração, comprometido com ideais de justiça social e dependente, portanto, de prestações positivas do Estado.

De outro lado, também é possível afirmar que o Direito Previdenciário é um direito fundamental pelo preenchimento das características próprias destes direitos. Embora a doutrina crie um sem-número de classificações, é possível identificar certas características comuns a todos os direitos fundamentais, que os diferem dos demais direitos tidos como *comuns* (não-fundamentais): historicidade, universalidade, inalienabilidade, constitucionalização e vinculação dos Poderes Públicos.

A **historicidade** diz respeito ao nascimento dos direitos fundamentais: eles nascem a partir de reivindicações sociais de um determinado tempo, sendo, portanto, reflexos de um certo momento histórico. Exemplo prático da existência da historicidade é a possibilidade de agrupar os diversos direitos fundamentais em gerações. Em razão dessa vinculação com um certo tempo, os direitos fundamentais adquirem uma margem de flutuação: direitos que hoje são encarados com sendo de baixa relevância podem, no futuro, adquirir contornos de direitos fundamentais, do mesmo modo que direitos que no passado foram alçados a *status* privilegiados sejam revistos por ângulos menos radicais (v.g., o direito à propriedade, que tem sido modulado cada vez mais à luz de imperativos sociais¹⁵). Esta característica “explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 241).

---

¹⁵ O exemplo é trazido por Norberto Bobbio (2004, p. 38) e soa absolutamente válido para o caso brasileiro à luz do atual Código Civil.

Ademais, Norberto Bobbio (2004, p. 38) aponta que a historicidade faz com que não existam *direitos fundamentais por natureza*: “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”. Tal argumento rechaça qualquer vinculação destes direitos à qualquer categoria transcendental, como era feito pelo antigo *direito natural* ao identificar posições pretensamente jurídicas na natureza das coisas (SILVA, 2012, p. 181). Por serem históricos, são criações humanas de um certo tempo e, por isso, refletem os anseios deste tempo; não são, portanto, instituições abstratas, inatas e imutáveis. São, ao contrário, mutáveis e cristalizados em uma certa fórmula jurídica que vale para um certo momento. Proveitosa é a alegoria de que as declarações de direitos fundamentais se parecem com fotografias: congelam, no tempo, um cenário que instantes depois se altera; permanece a foto – assim como a lei – para consulta e estudo futuro, mas o cenário já foi desfeito.

Em relação aos direitos sociais, Walber de Moura Agra afirma que a historicidade faz com que estes direitos não sejam concebidos como um *produto jurídico acabado*, mas, sim, cotejados com a realidade do caso concreto para que sejam prestados com efetividade (2010, p. 530).

Em vista disso, é possível afirmar que o Direito Previdenciário é histórico; seu desenvolvimento se aperfeiçoa no tempo e coincide com o desenvolvimento dos demais direitos sociais – notadamente o Direito do Trabalho. É verdade que não se imagina um instituto jurídico que não seja histórico, que não tenha se desenvolvido no tempo, mas aqui a abordagem é outra: o Direito Previdenciário tem o esse caráter histórico porque é fruto de reivindicações sociais de um período bem identificado, que é o período das revoluções sociais da metade do século XIX e começo do século XX. Liga-se aos demais direitos da segunda geração, sendo, ao lado do Direito do Trabalho, um dos mais citados exemplos dessa fase.

Outra característica importante dos direitos fundamentais é a chamada **universalidade**. De acordo com este postulado, os direitos fundamentais são direitos em que basta a condição de *ser humano* para que se exerça sua titularidade. “A qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 240). Tamanha é extensão dessa noção de ser humano que não importa a condição da pessoa: todos terão direitos; aliás, até mesmo

aqueles que juridicamente não gozam do *status* de pessoa ainda – os fetos e embriões – merecem proteção, já que são potencialmente seres humanos (MARMELSTEIN, 2009, p. 211). Em outras palavras, essa universalidade existe “sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente mortal, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta com valor intrínseco à condição humana” (MEDEIROS; PIOVESAN; VIEIRA, 2008, p. 9–10)¹⁶.

Entretanto, deve-se atentar para o fato de que não obstante os direitos fundamentais sejam universais, em alguns casos apenas determinados grupos de pessoas podem fruí-los, em razão de particularidades que os distinguem dos demais. Este fenômeno – de *excluir* certas pessoas e *incluir* outras – ocorre em razão da própria essência dos direitos fundamentais: sendo direitos que se ligam ao imperativo máximo de dignidade humana, protegem e maximizam situações em que a própria dignidade corre risco pela escolha de cenários prévios conhecidamente desfavoráveis, *v.g.*, o trabalho em condições penosas, a falta de habitação, precárias condições de saúde, *etc.* Não se pode dizer que essa exclusão é negativa, prejudicial; ao contrário, ela se liga ao princípio da igualdade, especialmente em sua dimensão mais abrangente, cristalizada na antiga proposição de que *todos são iguais na medida de suas igualdades*¹⁷. As situações desiguais devem ser tratadas de modo desigual; há, portanto, que se prestigiar as pessoas com sua dignidade humana afetada de modo mais intenso e efetivos que as demais.

É neste ponto que a *universalidade* dos direitos fundamentais deve ser interpretada com cuidado, especialmente nos direitos de segunda geração: são escolhidos certos indivíduos ou grupos de pessoas para que, por meio de atividades realizadas pelo Estado, sejam alçados a patamares sociais mais elevados, por exemplo, pelo recebimento de um certo benefício ou pela inclusão em um programa de habitação. Em outras palavras, a universalidade consiste em dar àqueles que não tem certas condições as mesmas oportunidades que os demais também têm; é um cenário que tem na igualdade uma meta. Há, portanto, uma seleção que deve prestigiar os mais necessitados em detrimento dos demais. Não se pensa na universalidade irrestrita dos direitos sociais, homogênea a todos. É em

¹⁶ Embora haja ampla divergência doutrinária, adota-se aqui a ideia de que os *direitos fundamentais* são traduções positivadas no âmbito nacional dos *direitos humanos*, estes últimos de índole internacional; cf., adiante, notas de rodapé n. 24 e 25, p. 32.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra que dedica exclusivamente ao princípio da igualdade, afirma que esta proposição – *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais* – remonta a Aristóteles (2006, p. 10–11).

nome da isonomia (do prestígio aos desiguais) que se pode afirmar que os direitos sociais “apesar de serem universais, eles não são uniformes” (AGRA, 2010, p. 531).

E nesta atividade de seleção, a Previdência Social tem trabalho de intenso destaque; é por meio dela que se escolhem pessoas socialmente debilitadas para o recebimento de certos benefícios. São pessoas que por idade avançada, por doença, pela morte de parente próximo que contribuía com seu trabalho para a manutenção da família ou por qualquer outra contingência experimentam um decréscimo – temporário ou permanente – de seu sustento e, por isso, clamam proteção – não proteção assistencial, de caridade, mas proteção previdenciária.

Assim, o Direito Previdenciário pode ser visto como universal porquanto qualquer pessoa que preencher os requisitos pode ser segurada – o que, pela leitura do art. 12 da Lei de Custeio do sistema (Lei n. 8.212, de 24.7.1991), consiste basicamente no desenvolvimento de uma atividade remunerada. Mesmo quem não tiver vinculação mas quiser contribuir – e, obviamente, estar protegido – com a Previdência Social pode fazê-lo sob a rubrica de segurado facultativo (art. 14 da Lei de Custeio). Não se pode pensar em sistema protetivo mais abrangente. É bem verdade que nessa proteção estão excluídas as pessoas que não contribuem – ou porque não desenvolvem atividade ou porque não possuem condições de contribuir; mas é próprio desse tipo de proteção a inclusão apenas de pessoas que participam financeiramente do custeio, vez que o sistema é contributivo (MARTINS, 2014a, p. 301).

Confirma esta ideia o princípio da universalidade da Seguridade Social, consagrado no parágrafo único do art. 194 da Constituição da República:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

Sérgio Pinto Martins afirma que esta universalidade pode ser vista por dois enfoques: um *subjetivo*, ligado às pessoas que estão protegidas, e um *objetivo*, que diz respeito à reparação das consequências pela ocorrência dos fatos (contingências) previstos em lei (2014a, p. 60).

A universalidade que interessa, para o fim de correlacionar o Direito Previdenciário com os direitos fundamentais, é, sem dúvida, a subjetiva: importa que todas as pessoas estejam protegidas em razão de sua condição humana. O mesmo autor ressalta, contudo, que a universalidade irrestrita somente é implementada de modo integral na Saúde – pelos fundamentos já expostos: a Previdência Social é contributiva e a Assistência Social é destinada somente à um grupo restrito de pessoas em situação de grave penúria (especialmente associada a critérios de baixa renda); somente a Saúde é irrestrita em seu aspecto subjetivo, a teor do disposto no art. 196 da Constituição que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado¹⁸.

Outra característica própria dos direitos fundamentais é a chamada **inalienabilidade**: por se ligarem à dignidade humana, os direitos fundamentais não são objeto de negociação; deles não se pode abrir mão a nenhum pretexto. “São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial” (SILVA, 2012, p. 181). *Alienar* é o ato de “tornar alheio, [...] transferir bens ou direitos do patrimônio de uma pessoa para outra” (SANTOS, W., 2001, p. 33), o que, aliás, é típico dos direitos de conteúdo patrimonial¹⁹. Nos direitos fundamentais, de outro modo, o conteúdo é dignitário, liga-se àquilo que de mais sensível as pessoas têm, que é sua dignidade. Na base desta ideia está o pensamento de Immanuel Kant, para quem os seres humanos não podem ser tratados como coisas pois têm dignidade, não um preço²⁰.

Por um critério prático, ao declarar que um direito fundamental é inalienável se está afirmando que seu titular não pode dele dispor e, por conseguinte, este sempre estará à sua disposição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 242). Ademais, além da ausência de conteúdo patrimonial (por não possuir um preço, uma quantificação), os direitos fundamentais são inalienáveis pois se todos os possuem, não há interesse em trocas (SILVA, 2012, p. 181). É de se anotar que a característica da inalienabilidade pode ser associada com a *indisponibilidade*²¹: se não se pode alienar, não se pode, portanto, dispor. Segundo Walber de Moura Agra, “a inalienabilidade dos direitos sociais liga-se,

¹⁸ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

¹⁹ Sobre a questão da existência de um conteúdo patrimonial nas prestações obrigacionais, cf.: a) GOMES, 1996, p. 15–16; b) VENOSA, 2011, p. 18–20; c) TARTUCE, 2012, p. 8–10.

²⁰ Uma síntese da evolução histórica do conceito de dignidade humana pode ser encontrada em SARLET, 2008, p. 29–41 (especificamente sobre Kant: p. 33–34).

²¹ Neste sentido, cf. MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 242–244.

diretamente, ao poder de autodeterminação do indivíduo, protegendo uma parcela de liberdade considerada imprescindível ao desenvolvimento do ser humano” (2010, p. 531).

Há, contudo, uma importante observação: essa indisponibilidade não vincula o próprio titular mas, apenas, terceiros. Em outras palavras, a inalienabilidade de um direito fundamental não exige que seu titular, obrigatoriamente, goze aquele direito; querendo, ele pode simplesmente não exercitá-lo – desde que, é claro, a vontade seja livre. A indisponibilidade diz respeito, tão somente, a terceiros: não pode um particular ou mesmo o Estado assediar determinada pessoa para que ela abra mão de algum de seus direitos fundamentais.

É o caso, por exemplo, da questão da maternidade em relação a um contrato de trabalho: não se pode estabelecer, explícita ou implicitamente, que a empregada não engravide durante a vigência do contrato; pode a mulher empregada, contudo, por questões pessoais decidir não engravidar (v.g., por entender que seu trabalho é mais importante naquele momento que a construção de uma família ou que não teria a dedicação necessária para os cuidados advindos da maternidade). São situações diametralmente opostas: na primeira a inalienabilidade é violada; na segunda, há a opção de escolha pela titular daquele direito.

Deixar de exercer aquele direito naquele momento não faz com que ele se extinga; ao contrário, ele pode ser exercido posteriormente, tão logo o titular o deseje pois faz parte de seu patrimônio jurídico. “Pelo fato de não poderem ser transacionados e pela sua importância no ordenamento jurídico, os direitos sociais podem ser justiciáveis em qualquer elastério, mesmo havendo dispositivo em sentido contrário” (AGRA, 2010, p. 532).

Esta característica, aliás, é muito presente no Direito Previdenciário: as prestações previdenciárias (os benefícios) não prescrevem pela falta de seu exercício. Embora a legislação anterior fosse mais clara, na atual é possível se chegar à mesma conclusão. Em verdade, o Decreto 89.312/84 (Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS) estabelecia textualmente, em seu art. 98, que “o direito ao benefício não prescreve”.

Atualmente, a Lei n. 8.213/91 dispõe apenas sobre a prescrição em relação às prestações não reclamadas e decadência do direito de revisão do ato de concessão dos benefícios (arts. 103 e 103-A); a norma regulamentadora nada esclarece, reproduzindo praticamente a mesma redação (art. 347 do Decreto n. 3.048, de 6.5.1999). Mas a conclusão é a mesma: o direito de fundo – ou seja, o direito ao benefício – não se extingue em razão do seu não exercício²². Por outro caminho – mas com o mesmo resultado prático – é o enfrentamento da questão à luz do instituto do direito adquirido: uma vez implementados os requisitos, far-se-á jus ao benefício, independentemente do requerimento, que pode ser feito posteriormente a qualquer tempo²³.

Outra nota característica dos direitos fundamentais é a chamada **constitucionalização**: em linhas gerais, são direitos consagrados nos textos das Constituições dos países; “são direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular” (SILVA, 2012, p. 180). Conforme lição de Walber de Moura Agra, a finalidade da positivação no âmbito constitucional é a dotação de *maior força normativa* aos direitos fundamentais, por meio da maior densidade e legitimidade que a Constituição empresta a estes preceitos (2010, p. 533).

A constitucionalização é útil tanto para distinguir os direitos fundamentais dos demais direitos (vez que os primeiros estão no corpo constitucional ao passo que os demais encontram-se encartados na legislação infraconstitucional) como, também, para traçar a distinção entre eles e os direitos humanos.

Gilmar Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco afirmam que a expressão *direitos humanos* guarda relação com noções mais vagas, jusfilosóficas e que, por isso, não estão positivadas; num outro sentido, designa direitos ligados à dignidade humana inseridos em documentos de direito internacional, vale dizer, representam posições fundamentais no plano supranacional. Já a expressão *direitos fundamentais* designa esses mesmos relacionados à dignidade humana, porém inscritos nas Constituições de cada Estado, ou seja, positivados na ordem interna de um dado país (2008, p. 244).

---

²² Na jurisprudência é pacífico este entendimento; cf. no Anexo: **a**) STJ, AgRg no AREsp 337.832/CE (Julgado n. 1, p. 150); **b**) STJ, AgRg no AREsp 364.526/CE (Julgado n. 2, p. 150); **c**) TRF 3ª Região, APELREEX 0020334-31.2008.4.03.9999 (Julgado n. 3, p. 151).

²³ Sobre a questão do direito adquirido no âmbito do Direito Previdenciário, cf. MARTINS, 2014a, p. 53–57.

É de se anotar que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais aqui apresentada, embora objeto de controvérsias²⁴, é aceita por diversos autores^{25,26}.

Por outro lado, a constitucionalização revela, também, que os direitos fundamentais não só são direitos positivados como, mais do que isso, gozam de *status* constitucional. Em outras palavras, além de verdadeiras normas jurídicas positivadas, os direitos fundamentais ainda têm assento privilegiado, no ápice do ordenamento jurídico que é a Constituição.

Cotejando-se o Direito Previdenciário com a nota da constitucionalização, percebe-se que seus aspectos restam preenchidos: no ordenamento brasileiro o Direito Previdenciário está insculpido na Constituição da República (v.g., arts. 6º, 194, 201 e 202) e, portanto, assenta-se em lugar de destaque; ademais, são direitos positivados – não se tratam de meras aspirações ou vontades almejadas mas, sim, verdadeiras posições jurídicas concretas.

Pode-se até falar, pela distinção proposta, que o Direito Previdenciário seja uma das espécies de *direitos humanos*: existem normas internacionais sobre o tema, desde as mais abertas aspirações (v.g., o art. XXII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948) até tratados de cooperação entre países em matéria previdenciária (v.g., o Tratado Brasil-Paraguai, sobre direitos trabalhistas e previdenciários acerca da hidroelétrica de Itaipu – Decreto n. 75.242, de 17.1.1975), passando por verdadeiros códigos previdenciários internacionais (v.g., Convenção n. 102 da OIT)²⁷. Mas o que salta aos

²⁴ **a)** Paulo Bonavides (2008, p. 560) afirma que a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é questão de tradição jurídica: *direitos humanos* e *direitos do homem* é de matriz anglo-americana e latina, ao passo que *direitos fundamentais* é de matriz alemã; **b)** José Afonso da Silva (2012, p. 178) afirma ser melhor a expressão *direitos fundamentais do Homem*, mas aborda a distinção aqui apresentada; **c)** Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 14) fala em *direitos humanos fundamentais* como a versão politicamente correta dos direitos do Homem que, em razão de abreviações históricas, hoje ficou conhecida como *direitos fundamentais*.

²⁵ Concordam com esta divisão, dentre outros autores: **a)** SILVA, 2012, p. 174–175 e 178; **b)** MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 244–245; **c)** MARMEELSTEIN, 2009, p. 25–27; **d)** DIMOULIS; TAVARES, 2011, p. 39–46.

²⁶ Antônio Augusto Cançado Trindade (2000, p. 27) afirma que existe aqui um ramo jurídico, dotado de autonomia: o *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Em igual sentido é a doutrina de Flávia Piovesan (2009, p. 559).

²⁷ Exemplos de diplomas internacionais apresentados por Sérgio Pinto Martins (2014a, p. 34).

olhos, em razão da constitucionalização – que, aliás, é intensa²⁸ –, é que o Direito Previdenciário é um inegável direito fundamental por este aspecto.

Ligada à ideia da constitucionalização está outra característica dos direitos fundamentais: a **vinculação dos Poderes Públicos**. Por estarem na Constituição, os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes da República – inclusive o Poder Constituinte de reforma; todo e qualquer ato dos órgãos públicos deve ser feito em observância ao que prescrevem os direitos fundamentais – e, mais ainda, não se admite que os Poderes Públicos violem tais direitos em nenhuma hipótese. “O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetro de organização e de limitação dos poderes constituídos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 245).

José Afonso da Silva observa que vinculação não é a simples limitação do poder pelos direitos fundamentais mas, sim, o reconhecimento de que eles derivam da soberania popular (2012, p. 180) – e, por isso, moldam a criação os Poderes constituídos, o que representa muito mais que apenas um limite.

É possível visualizar essa vinculação dos Poderes Públicos de acordo com o tipo de direito fundamental em questão. No caso de um direito ligado à liberdade, os Poderes Públicos devem se controlar de modo a não invadir a esfera de individualidade das pessoas. Já no caso dos direitos sociais, os Poderes Públicos devem se organizar para que se concretizem as prestações necessárias, por exemplo, implementando um sistema eficiente de saúde pública ou de educação. “O sujeito passivo desses direitos é o Estado. É este posto como o responsável pelo atendimento aos direitos sociais” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 50). São, portanto, perspectivas diferentes de atuação.

Em relação ao Direito Previdenciário – especialmente no que tange ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) –, essa vinculação é patente: é a União, por meio de uma autarquia (Instituto Nacional do Seguro Social – INSS), a verdadeira responsável pelas prestações previdenciárias, de acordo com o disposto no art. 1º do Decreto 569, de 16.6.1992 (autorizado pela Lei n. 8.029, de 12.4.1990):

---

²⁸ Para demonstrar esta intensidade, basta verificar que os arts. 201 e 202 são bastante extensos, expondo em minúcias o sistema previdenciário arquitetado pelo Constituinte.

Art. 1º O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal, com sede em Brasília (DF), vinculada ao Ministério da Previdência Social (MPS), instituído com base na Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990, tem por finalidade:

[...]

III – conceder e manter os benefícios e serviços previdenciários.

Aliado a isto está o fato de que a Constituição da República imputa aos Poderes Públicos a organização de toda a Seguridade Social – e, portanto, também da Previdência Social; o parágrafo único do já citado art. 194 explicita que “compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social” com base em objetivos lá traçados.

Por todas essas características – historicidade, universalidade, inalienabilidade, constitucionalização e vinculação dos Poderes Públicos –, pode-se afirmar com muita tranquilidade que o Direito Previdenciário, é, portanto, um verdadeiro direito fundamental.

Marco Aurélio Serau Júnior afirma, de modo mais abrangente ainda, que a Seguridade Social – e não apenas a Previdência Social – é um direito fundamental material²⁹. Em suas palavras, “todos os direitos fundamentais sociais vinculados à ideia de Seguridade Social e, principalmente, todas as estruturas que lhe são pertinentes, suas políticas públicas e serviços que lhe são inerentes, todas as prestações securitárias, enfim, toda a Seguridade Social, são dotados de jusfundamentalidade material” (SERAU JÚNIOR, 2009, p. 162).

Em defesa dessa *jusfundamentalidade material* socorre, dentre outros argumentos, a constatação de que o alicerce mais importante da Seguridade Social é o princípio da dignidade humana e, em razão disso, é sua função a garantia de mínimos existenciais dignos (SERAU JÚNIOR, 2009, p. 161–168)³⁰.

²⁹ Merece destaque sua obra integralmente dedicada ao assunto (SERAU JÚNIOR, 2009).

³⁰ Walber de Moura Agra afirma que se deve preferir as expressões *densidade suficiente* ou *núcleo essencial* em relação aos direitos sociais, porquanto a terminologia *conteúdo mínimo* faz com que se transmita a ideia de que tais direitos devem ser concretizados sempre em patamares baixos, mínimos (2010, p. 550–554). Gomes Canotilho também fala em *núcleo essencial* e em *níveis essenciais das prestações sociais* (2007, p. 88–90). Extensa análise sobre a questão é feita por Cláudia Maria da Costa Gonçalves, que fala em *básicos sociais* (2010, p. 176–188).

Portanto, é atualmente de difícil questionamento o caráter fundamental do Direito Previdenciário. Isso faz com que não se possa tratá-lo como uma pretensão menor, um sonho de poucos que contrasta com obstáculos reais; ao contrário, é ramo das ciências jurídicas e conjunto de normas que merece especial atenção, sempre de modo a maximizá-lo. Aliás, nenhum direito – pela sua posição de relevância social – deve ser menosprezado; muito menos os direitos fundamentais, que já merecem leitura mais atenta só por este fundamento. Olhar para a seara previdenciária por um prisma coletivo – comprometido com soluções dignas e eficientes – é, sem dúvida, querer maximizá-la.

2. DIREITOS COLETIVOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

No âmbito da sociedade atual (ou *pós-moderna*, como preferem alguns autores³¹), as relações sociais cada vez mais se tornam tênues, rápidas e despersonalizadas. Se há alguns poucos anos um contrato demandava tempo e muito diálogo por parte dos contraentes, hoje em dia pode ser celebrado em questão de segundos por meio de redes virtuais de comunicação. Tudo tem se tornado mais célere graças à tecnologia, e, especialmente, à informatização.

Por outro lado, essa velocidade – própria da chamada *era da informação* – faz surgir reflexões sobre a adequação dos institutos já existentes, especialmente focadas no questionamento da capacidade deles em resolver os novos desafios; e a resposta a estas questões quase sempre consiste na necessidade de atualizá-los para os novos panoramas que surgem.

No Direito também é possível identificar tais mudanças vez que, por ser uma ciência social, ele reflete os avanços e conquistas da sociedade. Em vista disso, seus instrumentos e mecanismos destinados à solução de conflitos podem se mostrar incapazes para esses novos desafios; deverão, portanto, ser atualizados. Nessa missão de atualização, devem ser olhados os institutos jurídicos já cristalizados para se tentar extrair deles novas formas de atuação capazes de uma solução adequada aos problemas e expectativas atuais. Caso não seja possível extrair-lhes um novo significado será, então, necessária a criação de novos mecanismos.

A situação contemporânea, diante das formas atuais de produção e implementação do Direito, é confusa e complexa, pois há, ainda, a permanência das formas de produção normativas tradicionais, mas ao lado dessas surgem tipos de produção normativa “pós-modernas”, na medida em que constituem uma superação da filosofia moderna do Direito e do Estado. (NIKITENKO; ALVES; SANTOS, 2013).

É preciso, então, entender esse movimento evolutivo para, depois, cotejá-lo com as ferramentas existentes para se descobrir se são úteis como estão ou se merecem reparos ou, ainda, se quedam completamente imprestáveis.

---

³¹ Neste sentido, cf. BARROSO, 2006, p. 2.

2.1. Dos direitos individuais aos transindividuais

De acordo com Luís Roberto Barroso, a redemocratização brasileira operada em 1988 fez a sociedade voltar sua atenção para o Direito como centro de organização de sua estrutura (2006, p. 17–18). A seu turno, a Constituição, por estar no centro do ordenamento jurídico, passa a ter uma importância inédita na organização da sociedade, numa relação de causa e efeito: se a sociedade se organiza em torno do Direito e este gravita em torno da Constituição, então a sociedade está intimamente estruturada pela Constituição. É por isso que José Joaquim Gomes Canotilho assinala que a Constituição tem destacada capacidade de *norma diretora* da sociedade (2007, p. 85).

Essa centralidade da Constituição forja mudanças em vários ramos jurídicos, num processo que tem sido chamado de *constitucionalização* do Direito: matérias historicamente alheias à evolução constitucional atualmente vão buscar alguns de seus fundamentos primários na Constituição, a exemplo do Direito Civil e do Direito Comercial – ambos desenvolvidos à luz de uma tradição pautada em interesses eminentemente privados. Flávio Tartuce confirma este fenômeno, afirmando que “a Constituição brasileira de outubro de 1988 foi influenciada [...] pela constitucionalização de temas que, a rigor, não seriam por assim dizer constitucionais” (2009, p. 116).

Tal mudança, contudo, não representa a superação de modelos clássicos pela sua extinção completa; traduz, em verdade, a necessária acomodação destes mecanismos tradicionais, já consagrados e amplamente aceitos, ao lado de novos modelos que vão sendo criados para dar vazão à questões igualmente novas cujas soluções não são alcançadas com plenitude por meio dos modelos e ferramentas existentes. Surgem, por isso, sistemas que correm em paralelo, cada qual com sua finalidade. Exemplo atual dessas interações pode ser obtido a partir do Direito Civil, que cada vez mais tem ido buscar seus fundamentos na Constituição; novamente nas palavras de Flávio Tartuce:

O Direito Civil não deixará de ser Direito Civil; e o Direito Constitucional não deixará de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em *uma análise de mão dupla*. (TARTUCE, 2009, p. 119, grifo no original).

No campo processual a lição é a mesma: os mecanismos tradicionais precisam ser olhados por um novo prisma, mais atual, que consiga dar vazão aos novos problemas e às novas necessidades. Esta novel leitura não significa, é claro, que os códigos processuais existentes sejam descartados em prol exclusivamente de regras processuais ultramodernas mas, sim, que outros mecanismos de solução de conflitos devem ser construídos ou, pelo menos, ajustados.

Como desdobramento da visão tradicional, conceitos importantes do processo, como os de parte, litispendência e coisa julgada – para citar apenas alguns –, são estruturados tendo em conta a relação jurídica típica, com apenas um autor e um réu. Transpostos tais conceitos para as relações processuais de caráter coletivo, ficam eles logo desajustados. (MALLET, 2010, p. 9).

A ampliação das relações entre as pessoas – fruto da *pós-modernidade* – faz com que um sem número de interações, das mais variadas ordens (econômicas, sociais, políticas, organizacionais, *etc.*), sejam concretizadas num curto espaço de tempo; nem todas estas interações, contudo, são bem sucedidas: várias delas acabam por gerar conflitos. Como observa Rosa Maria Andrade Nery, é certo que nem todas as situações da vida importam ao Direito; mas os conflitos, seguramente, irão de algum modo exigir-lhe certa atuação (2008, p. 515–517). Sabe-se que é função do Direito a solução de conflitos. A equação, portanto, é simples: maior o número de conflitos, maiores serão as requisições perante o Direito. Complexo é o desafio de solucionar – de modo adequado – estes conflitos. E pelo adjetivo *adequado* se espera uma resposta rápida, eficiente e que solucione, de uma vez por todas, aquele conflito.

O desenvolvimento da noção de solidariedade – não no Direito, mas na *sociedade* que lhe é fundamento – só dificulta esse desafio: em razão dessa solidariedade tendeu-se para “um direito da coletividade, molecularizado, e não apenas um direito dos indivíduos, analisados isolada e atomicamente” (SANTANA, 2012, p. 23). E mesmo a ideia de *solidariedade* não deve ser vista por um prisma muito festivo, em que todos ajudam todos em utópica harmonia; ao contrário, solidariedade num panorama em que todos se responsabilizam perante todos em relação aos prejuízos (danos) que causam – não se pode esquecer que a razão de vida do Direito não é outra senão a da existência de conflitos. Além disso, pela multiplicidade de interações sociais os fenômenos se tornam *de massas*: produção em massa, consumo em massa, cultura de massa, armas de guerra de destruição em massa. Os conflitos que daí surgem são, igualmente, de massas.

Nem tudo, porém, é lamento. Tem-se verificado que esse aumento – para não dizer *explosão* – na quantidade dos conflitos vem acompanhado de uma certa uniformidade (identidade) em seus motivos. É que esses novos tempos *pós-modernos* trazem a possibilidade de que um único ato atinja, a um só tempo, uma grande coletividade de pessoas; surgirão daí vários conflitos, mas todos de igual conteúdo.

Os problemas são os mesmos, o que se altera são os envolvidos; em alguns casos, nem se conhecem ao certo os envolvidos, somente se sabem os problemas (v.g., o típico caso dos danos ambientais: sabe-se o problema, que é a degradação ao meio ambiente; não se consegue, contudo, delimitar todos os prejudicados por aquele problema). Ada Pellegrini Grinover afirma que nos direitos coletivos não existe a simples soma de direitos individuais, mas, sim, uma outra configuração, indivisível: “não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível” (GRINOVER, 1999).

Não por outro motivo tem-se vislumbrado na possibilidade de solução desses conflitos coletivos uma saída para uma série de dificuldades que o Direito vem enfrentando. Ao que tudo indica, estes novos tempos exigem discussões tendentes àquilo que se chama de direitos (ou interesses) coletivos – em oposição aos interesses individuais. Nos dizeres de Marco Aurélio de Mello, essa tendência é, inclusive, “uma sadia política judiciária” (cf. no Anexo, Julgado n. 4, p. 151). Sobre a questão, Gilmar Mendes afirma que “o surgimento de uma moderna sociedade de massas está a exigir o desenvolvimento de novas formas jurídicas que superem, tanto quando possível, o modelo processual calcado numa concepção individualista de direito subjetivo” (2005, p. 195). Em semelhante sentido, Lucélia Sena Alves destaca:

Os benefícios da propositura das ações coletivas são incalculáveis, já que nos deparamos a todo momento com a ineficácia do sistema tradicional individualista, atribuída, na maior parte das vezes, à morosidade do sistema. E um fator que contribui para essa morosidade é o grande número de ações individuais, as quais, muitas vezes, poderiam ser concentradas em ações coletivas. (ALVES, 2011, p. 76).

Enoque dos Santos leciona que de um modelo processual predominantemente individualista (*atomizado*), como é o Código de Processo Civil de 1973, passa-se “a passos largos para um novo modo de se fazer justiça neste País, senão migrando, pelo menos criando alternativas para um sistema coletivo, molecular” (2012, p. 32–33).

Esse fenômeno da *coletivização*, contudo, não é novo nem se moldou num único lance; ao contrário, é fruto de evolução histórica, conforme anota Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 42–45).

O referido autor afirma que na Idade Média a tradicional divisão entre os interesses públicos e privados já encontrava certas limitações. Ensina o autor que a clássica dicotomia (público *vs.* privado) tinha como fundamento a visão de mundo da época, em que “os dois únicos polos de referência eram o indivíduo e o Estado; não se podia cogitar de ‘corpos intermediários’ que ameaçassem o monopólio estatal” (MANCUSO, 2013, p. 42). Com o enfraquecimento do Estado na Idade Média – se é que se pode falar em Estado medieval³² –, começam a surgir grupos que, ao lado do poder estatal, convergem interesses, criando novos focos de poder; são representativas da época, também de acordo com Mancuso, as forças políticas e sociais dos feudos, das corporações (de comerciantes, artesãos, *etc.*) e da Igreja Católica.

Em virtude da existência de novos grupos, a visão polarizada entre indivíduo e Estado começa, ainda que timidamente, a ceder frente a outras referências; há um *fracionamento do poder*. Com o fim da Idade Média, aquelas forças que disputavam influência com o Estado desaparecem, mas surgem outras formas que, igualmente, dividiram o palco social com o Estado. Este é, aliás, um processo contínuo.

As corporações desapareceram, tragadas pelas revoluções comercial e industrial, substituídas em nosso século, pelos conglomerados econômicos, empresas multinacionais, com as forças do capital e do trabalho coalizadas em torno de poderosos *sindicatos* e operosas *associações*. (MANCUSO, 2013, p. 43, grifo no original).

Continua o citado autor em sua lição, afirmando que todas essas modificações deixam uma nota comum: a existência de um “*corporativismo* representado pelo anseio dos indivíduos de participar do processo político-econômico” (MANCUSO, 2013, p. 43, grifo no original), anseio este que traz consigo a *consciência do coletivo*. “A ‘ordem coletiva’, emergente em meados da idade moderna, aparece como o *tertium genus* de todo o processo sociopolítico, porque representa o ponto médio entre o Estado e o indivíduo” (MANCUSO, 2013, p. 43).

³² Jorge Miranda é enfático ao afirmar que existe, tão somente, um *pretense* Estado medieval, vez que no período não existe uma estrutura bem definida com as características próprias de um Estado – inclusive em razão do que ele chama de *decomposição* ou *ausência de poder*, caracterizada pela presença complexa de outros níveis de influência como a Igreja Católica, a nobreza e os senhorios corporativos (2003, p. 59–63).

Tal consciência coletiva, entretanto, representa sério risco ao poder constituído – especialmente nos casos em que o Estado não tem compromissos com a ordem democrática ou valores sociais –, o que fez com que se retardasse sobremaneira o projeto de fortalecimento de outros interesses coletivos que não aqueles ligados ao Estado.

Há sempre o medo em torno da organização de pessoas que, se bem realizada, pode rivalizar com o poder estatal, pulverizando-o³³. Exemplo extremo desse temor é trazido por Mancuso (2013, p. 44): em 1791, na França, editou-se uma certa lei (Lei *Le Chapelier*) que pretendia impedir a formação de grupos com mais de 20 pessoas, norma essa criada com a nítida intenção de limitar a liberdade de associação.

Em razão de tais obstáculos, é somente no século XX que começa a surgir um espaço mais efetivo para as pretensões de ordem coletiva – num processo que, por certo, ainda está longe de cristalizar-se.

Hoje, a divisão entre direito público e direito privado já resta, em boa parte, superada – a não ser pelo caráter didático de seu uso –, admitindo outras categorias, em lições que ainda não são pacíficas (v.g., para uns ao lado dos direitos públicos e privados estariam os direitos sociais; para outros, os direitos difusos). Chega-se, inclusive, a afirmar que “que a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual” (ALMEIDA, 2010).

O momento é visivelmente de transição, de mudança. Em arremate ao que foi dito, é oportuna a lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Se temos hoje uma vida societária de massas, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos e sociais* ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com o seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigí-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.

³³ “É muito antigo, como se sabe, o temor de que o Estado se enfraqueça, pelo fato de os anseios da coletividade não se endereçarem diretamente a ele, *estagiando*, antes, em *degraus intermediários*, tais os grupos de pressão, os *lobbies*, as entidades associativas e corporativas, os sindicatos, os partidos políticos, e o mais hoje conhecido como *terceiro setor*”. (MANCUSO, 2013, p. 129, grifo no original).

Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se compreende, à *efetividade do processo como meio de acesso à justiça*. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 44, grifo no original).

Vistos estes aspectos evolutivos, é imprescindível – antes de adentrar no campo dos mecanismos processuais de defesa dos interesses coletivos (aspecto processual) – o estudo dos interesses coletivos (aspecto material), de modo que se faça a identificação das várias espécies desses interesses, que também são chamados de *transindividuais* ou *metaindividuais* ou, ainda, *supraindividuais* – todas elas expressões que serão aqui adotadas com igual significado³⁴.

2.2. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Em razão da necessária extensão que o assunto exige, o presente tópico será subdividido da seguinte forma, inclusive para melhor resgate dos temas mais adiante: a) classificações iniciais; b) direitos difusos; c) direitos coletivos *stricto sensu*; d) direitos individuais homogêneos; e) considerações gerais.

a) Classificações iniciais

Segundo lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, a locução *interesse coletivo*³⁵ pode assumir uma série de significados distintos: a) a soma de interesses individuais; b) o interesse de um grupo organizado (pessoa jurídica); c) a síntese dos interesses individuais (2013, p. 57–62)³⁶.

³⁴ O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990), ao tratar destes direitos, utiliza a expressão *transindividual* (art. 81, parágrafo único). Também utilizam a terminologia *transindividuais*: **a)** ZAVASCKI, 2011, p. 33–35; **b)** CALDEIRA, 2012, p. 34.

Já a terminologia *metaindividual* é encontrada em: **a)** MANCUSO, 2012, p. 94–114; **b)** ROCHA, 2007, p. 186; **c)** RAGAZZI; HONESKO; LUNARDI, 2009, p. 661; **d)** YOSHIDA, 2006, p. 1.

Na pesquisa foram vistas, ainda, as denominações *supraindividual* (cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 44) e *superindividual* (cf. MANCUSO, 2013, p. 90 e 147).

Outros autores, embora demonstrem certa inclinação a uma expressão específica, as usam de modo indistinto (v.g., DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 78).

³⁵ Não obstante alguns autores distingam entre *interesse* e *direito*, ambos os vocábulos serão aqui adotados com igual significado vez que o intuito do presente estudo é a investigação de um *mecanismo* tendente à solução de um conflito coletivo – e não a investigação dos *fundamentos* desse conflito. Ademais, a própria Lei (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor) não faz distinção em relação aos termos. Interessante compilação sobre as posições sobre o assunto é encontrada em DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 90–96.

³⁶ No mesmo sentido, cf. ROCHA, 2007, p. 49–51.

Ademais, o próprio vocábulo *coletivo* é portador de uma série de significados que podem estar distantes entre si (v.g., coletivo como ideia de família, de profissionais de uma área) ou mesmo próximos de outras concepções que não são tecnicamente adequadas como, por exemplo, confundir os interesses coletivos com interesses difusos, categorias que na atualidade são cientificamente tratadas como distintas (MANCUSO, 2013, p. 87–88).

Em razão dessa multiplicidade de acepções e para que se mantenha a coerência metodológica necessária, será aqui utilizada uma única nomenclatura, baseada na divisão proposta por Teori Albino Zavascki, em obra cujo título, aliás, é tomado de empréstimo no presente capítulo pela clareza que transmite: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos (2011, p. 32–38).

O autor, após fazer séria advertência sobre o uso arbitrário das expressões em comento, ensina que não se pode confundir *direitos coletivos* com *tutela coletiva de direitos*.

Em linhas gerais, os **direitos coletivos**, em relação ao sujeito (aspecto subjetivo), são transindividuais, o que significa que não possuem um titular individualmente determinado; já em relação ao objeto (aspecto material), são indivisíveis, o que faz com que seja “possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo” (ZAVASCKI, 2011, p. 33–34). Em outras palavras, a titularidade destes direitos que é múltipla, coletiva; o objeto é único, singular. Para Zavascki, os direitos coletivos constituem uma *nova categoria* de direito material que surge com a superação da dicotomia entre interesses públicos e privados³⁷; “é direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo” (ZAVASCKI, 2011, p. 34).

De outro lado, existe um conjunto de direitos que, embora individuais, podem ser tutelados coletivamente: são os chamados **direitos individuais homogêneos**. Tais direitos são, em sua essência, direitos subjetivamente individuais; “a qualificação de

---

³⁷ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. falam em superação da “antiga fórmula individual credor/devedor” (2013, p. 77), fenômeno que também ilustra a mudança de paradigma do individual para o coletivo.

homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza” (ZAVASCKI, 2011, p. 34). Existe entre eles uma relação de afinidade que permite sua defesa coletiva. Não há singularidade material do direito – ele não é tratado como um único objeto; aqui, ele é necessariamente múltiplo, marcado pela reunião de vários direitos individuais em torno de uma semelhança básica comum. Zavascki anota, também, que tais direitos são aqueles mesmos direitos que admitem o litisconsórcio (art. 46 do Código de Processo Civil, especialmente incisos II e IV) (2011, p. 35–36):

Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

- I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
- II – os direitos ou as obrigações *derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito*;
- III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
- IV – ocorrer *afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito*. (grifo nosso)

Ademais, ainda segundo Zavascki, nos direitos individuais homogêneos os titulares também são múltiplos, porém são determinados (diferentemente dos direitos coletivos, em que os sujeitos são indeterminados). Em arremate, é de se anotar que os direitos individuais homogêneos não constituem uma nova ordem de direitos materiais mas, apenas, os tradicionais direitos individuais com uma nova roupagem, “cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo” (ZAVASCKI, 2011, p. 34–35).

A expressão *direito coletivo*, também de acordo Teori Zavascki, indica genericamente duas espécies de direitos transindividuais: os **direitos difusos** e os **direitos coletivos *stricto sensu*** (2011, p. 34). Falar em direitos coletivos pode, portanto, significar tanto o gênero (direito coletivo *lato sensu*) quanto uma espécie desses mesmo gênero (direito coletivo *stricto sensu*); é o contexto que ditará o sentido.

Em sentido muito próximo, Rodolfo Mancuso afirma que a doutrina preferível na atualidade é aquela que distingue os direitos difusos dos coletivos (na acepção que aqui foi chamada de *stricto sensu*) por duas razões básicas (2013, p. 90–91):

a) ainda que os interesses difusos e os coletivos sejam expressões de uma espécie maior – a dos interesses metaindividuais –, eles possuem entre si diferenças tanto quantitativas quanto qualitativas: no aspecto *quantitativo*, os interesses difusos dizem respeito a um universo de pessoas *maior* do que os coletivos; no aspecto *qualitativo*, os interesses difusos

dizem respeito ao *homem enquanto ser humano* ao passo que os interesses coletivos relacionam-se ao *homem em sua projeção corporativa*, inserido num contexto interno da sociedade;

b) não há vantagem nenhuma na utilização indistinta (desordenada) das duas expressões; ao contrário, tal prática revela-se contraproducente vez que não separa categorias com estágios de desenvolvimento diferenciados: os interesses difusos são mais recentes que os coletivos e, por isso, a *técnica jurídica* apresenta soluções mais estáveis para estes do que para aqueles.

Embora objeto de diversas considerações por parte da doutrina, estes conceitos foram definidos em lei pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990), no parágrafo único de seu art. 81³⁸:

Art. 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. (grifo nosso)

A divisão proposta por Teori Zavascki – e aqui adotada – mostra-se, portanto, compatível com o que disciplina a citada lei: existem dois grupos distintos, um dos direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, respectivamente nos incisos I e II) e um outro dos direitos individuais homogêneos (inciso III). Esta divisão, aliás, é frequente na doutrina^{39,40}.

³⁸ João Batista de Almeida afirma que a doutrina foi a grande responsável pela consolidação dos conceitos de interesses difusos e coletivos, cristalizados no Código de Defesa do Consumidor por força especialmente dos estudos de Mauro Cappelletti, na Itália, e de Ada Pellegrini Grinover, no Brasil (2011, p. 39).

³⁹ Uma outra possível divisão é feita por Barbosa Moreira, citado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 77): de um lado os *direitos essencialmente coletivos*, categoria que abriga os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, e de outro lado os *direitos acidentalmente coletivos*, coincidindo com os direitos individuais homogêneos. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série, p. 195–197).

⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de 1997 que se tornou célebre (RE 163.231/SP), adotou posicionamento diverso em relação aos direitos individuais homogêneos: de acordo com o voto do Relator, **Min. Maurício Corrêa**, os direitos individuais homogêneos representam distinção meramente

É de se advertir que embora a Lei n. 8.078/90 tenha como *mens legis* a defesa do consumidor, sua utilização no campo processual é dilatada de modo a abranger outras situações de defesa coletiva. Essa ampliação é possível em razão do chamado *microsistema de tutela coletiva*, que será objeto de análise adiante (item n. 2.4, p. 76).

A lei serve, portanto, como ponto de consenso sobre o tema.

À guisa de melhor localizar o tema, cabe, ainda, anotar a classificação feita por Rodolfo Mancuso, que estabelece uma espécie de *escada coletiva* (ou, nas palavras dele, *escala crescente de coletivização*): dos interesses *individuais* (o primeiro estágio dos interesses) passa-se para os *sociais*, daí aos *coletivos* para, então, subir-se para os interesses *gerais* (ou *públicos*); no último estágio, acima dos interesses públicos, estariam os *difusos* (MANCUSO, 2013, p. 91). Cumpre trazer, também, os significados empregados pelo mesmo autor: a) os interesses difusos são aqueles cuja captação e fruição são feitas pelo indivíduo isoladamente; b) os interesses sociais são aqueles próprios de um grupo organizado enquanto pessoa jurídica; c) os interesses coletivos são aqueles que, embora ultrapassem os interesses sociais, ligam-se a grupos bem definidos; d) os interesses gerais ou públicos dizem respeito à coletividade representada (espelhada) no Estado; e) os interesses difusos estariam além de todos os demais, caracterizados por um “alto índice de desagregação ou de ‘atomização’, que lhes permite referirem-se a um contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles, ao mesmo tempo” (MANCUSO, 2013, p. 92).

Essa classificação afasta-se, de certo modo, do pensamento que coloca os interesses transindividuais (difusos, inclusive) num meio termo entre os individuais e os públicos. Longe de se pretender adentrar nos critérios de classificação, parece interessante a divisão proposta por Mancuso na medida em que prestigia os interesses difusos *sobre os (para além dos)* os interesses públicos, polarizados no Estado; com efeito, parece que a coletividade, vista como um organismo único, é mais central, tem maior peso, que o Estado que, aliás, retira seu fundamento de validade nessa própria coletividade – e, portanto, é, de algum modo, *menor* que a coletividade.

---

de nomenclatura, ora sendo direitos difusos, ora coletivos *stricto sensu*. Na ocasião, apontou o **Min. Carlos Velloso** que os direitos individuais homogêneos não se acomodam junto com os difusos e coletivos *stricto sensu*, sendo em relação a eles distintos; contudo, o **Ministro Velloso** seguiu o voto do relator, tornando seu apontamento *obiter dictum* (cf., no Anexo, Julgado n. 4, p. 151).

Cabe, agora, analisar em espécie os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

b) Direitos difusos

À luz do que estabelece o já citado art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os direitos difusos são direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (inciso I).

Em razão da dificuldade de conceituação dessas modalidades de direitos coletivos, Consuelo Yoshida afirma que o ordenamento positivo elegeu dois critérios de diferenciação, a partir dos quais é possível identificar, com precisão, essas categorias: um é o critério *subjetivo*, ligado aos titulares desses direitos; o outro é o critério *objetivo*, ligado à divisibilidade do bem jurídico objeto desses direitos. Existe ainda, segundo a referida autora, um *elemento comum* que justifica e possibilita a tutela pelo viés coletivo – elemento este que varia em razão do direito que se estuda e que se liga de modo muito particular com o aspecto subjetivo (2006, p. 3).

Em relação ao **aspecto subjetivo**, os titulares dos direitos difusos são indeterminados e ligados de modo accidental, vez que unidos por uma *circunstância de fato*. Nessa categoria de direitos, o elemento comum é a circunstância de fato que liga os titulares; o sujeito é a coletividade. Nas palavras de Rodolfo Mancuso:

Essa “indeterminação de sujeitos” deriva, em boa parte, do fato de que não há um vínculo jurídico coalizador dos sujeitos afetados por esses interesses: eles se agregam *ocasionalmente*, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza *etc.* (MANCUSO, 2013, p. 99, grifo no original).

Exemplo típico que bem ilustra este ponto é o direito ao meio ambiente equilibrado: uma vez violado tal direito – v.g., com a poluição das águas de um rio –, os efeitos do dano serão experimentados por uma série de pessoas que, antes do evento, não tinham nenhuma ligação em comum – serão afetadas aquelas que moram às margens do rio, aquelas que utilizam o rio para irrigação de lavouras ou consumo da água para alimentação, aquelas que utilizam o rio para transporte, para pesca, *etc.*

Aliás, não é possível, sequer, estabelecer uma lista de prováveis atingidos vez que tal relação serviria, apenas, como uma sugestão em aberto que deve admitir o ingresso de qualquer outra pessoa que tenha sido atingida pelo evento danoso. Em relação à coletividade titular de um interesse difuso, “considera-se que é indeterminado ou mesmo indeterminável, qualitativa e quantitativamente, o universo de pessoas que a integra. Não é possível identificá-las nem precisar-lhes o número” (YOSHIDA, 2006, p. 5). Em se tratando do meio ambiente, é possível ainda que os prejudicados estejam em contextos sociais realmente distintos, sem nada que os ligue a não ser aquele evento, v.g., eventual interferência nas nascentes de um rio extenso, como é o caso do Rio Paraná ou do São Francisco, afetará tanto as pessoas do entorno daquelas nascentes quanto aquelas que moram em sua foz, bem como outras que consumiram peixes que foram pescados naquele rio e exportados para um país distante – a perspectiva tende ao infinito.

A indeterminabilidade dos sujeitos atingidos se dá pela própria natureza do meio ambiente, que é um direito difuso: *bem de uso comum do povo*, expressão consagrada na Constituição da República, em seu art. 225. Rodolfo Mancuso afirma, em razão disso, que os interesses difusos podem “concernir até a toda humanidade” (2013, p. 90) – o que não é difícil de imaginar se o exemplo for de poluição atmosférica ou oceânica.

O Ministro Maurício Corrêa, relator do RE 163.231⁴¹, dá outro possível exemplo de direito difuso: as vítimas do uso de um determinado remédio nocivo à saúde que, em razão de sua colocação à venda no mercado, atinge uma clientela indeterminada.

Já em relação ao **aspecto material**, os direitos difusos são direitos indivisíveis, vistos como uma unidade singular, vale dizer “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares” (ZAVASCKI, 2011, p. 34). Em outras palavras, não podem sofrer “partição em *quotas* atribuíveis a pessoa ou grupos preestabelecidos” (MANCUSO, 2013, p. 102, grifo no original).

É possível afirmar, acompanhando Consuelo Yoshida, que essa indivisibilidade assume, na prática, o seguinte formato: se o bem indivisível pertence à toda coletividade, constituída de pessoas indeterminadas ligadas por um elemento comum, então ele pertence a todos e não a uma pessoa específica (*a todos e a ninguém*); assim, se

---

⁴¹ Cf., no Anexo, Julgado n. 4, p. 151.

satisfeitos ou atacados, esses interesses satisfazem ou atacam toda a coletividade (2006, p. 4–5).

Em razão dessas implicações, a mesma autora sustenta que a indivisibilidade é observada no campo processual por meio do *pedido*, tanto em seu aspecto imediato quanto mediato, “pois o que se pretende tutelar é um bem jurídico de toda a coletividade, que está sendo lesado ou ameaçado de lesão, prejudicando simultaneamente a todos”; nesse sentido, a tutela satisfativa beneficiará a todos indistintamente (YOSHIDA, 2006, p. 5).

Convém fazer uma breve pausa para localizar, no contexto processual, o *pedido* – que constitui, ao lado das *partes* e da *causa de pedir*, um dos elementos de identificação da ação. As *partes* podem ser entendidas como “as pessoas que participam do contraditório perante o Estado-Juiz” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 261); formam a tríade Autor, Juiz e Réu.

A *causa de pedir* – também chamada de *causa petendi* – são “os fatos dos quais [o autor] deduz ter o direito que alega” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 261). Flávio Luiz Yarshell afirma que “toda causa de pedir consiste na exposição de um, ou mais de um, fato” (2006, p. 68). É, de certo modo, o fundamento do pedido feito pelo autor da demanda. Moacyr Amaral Santos afirma que o Código de Processo Civil adotou a chamada teoria da substanciação, trazida do direito alemão: a causa de pedir deve descrever tanto o fato gerador do direito (causa remota) quanto os fundamentos jurídicos (causa próxima) (1990, p. 160)⁴².

Já o *pedido* é a medida – ou provimento – que o autor requer e espera que o órgão jurisdicional lhe forneça; nas palavras de Fredie Didier Jr., o pedido é “a providência que se pede ao Poder Judiciário” (2008, p. 412). Ele se divide em *imediato* e *mediato*. Para Luiz Flávio Yarshell, o pedido imediato designa o provimento jurisdicional que se quer (o ato estatal que se pretende) e, por isso, situa-se inteiramente no plano processual; já o pedido mediato liga-se ao bem da vida pretendido pelo autor e, em razão disso, é objeto de regulação pelo direito material (2006, p. 102).

⁴² Fredie Didier Jr. observa que embora essa forma seja a mais corrente (o *fato* como causa remota e os *fundamentos jurídicos* como causa próxima), alguns autores invertem a ordem; conclui, entretanto, que “na verdade, o que importa é saber que a causa de pedir compõe-se de ambas as parcelas da equação” (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 400, nota n. 6).

Voltando para a seara coletiva, afirmou-se acima que a indivisibilidade é visualizada no pedido; isto significa que é na providência esperada que a indivisibilidade opera. E, com efeito, ao sustentar que os bens difusos são indivisíveis, se está insistindo que as medidas que lhe façam reparos ou impeçam seu perecimento atingem toda a coletividade, não sendo possível segregar pessoas ou grupos para o atingimento de benefícios ou prejuízos. Por outra leitura, ninguém em particular pode pedir para si, exclusivamente, a tutela de um interesse difuso; pode até pedir, mas os efeitos atingirão a todos – e não somente o demandante.

Teori Zavascki afirma que em razão da natureza dos direitos difusos surgem as seguintes decorrências jurídicas (2011, p. 36–37):

- a) tais direitos são insuscetíveis de apropriação individual; na mesma esteira, são igualmente insuscetíveis, de transmissão (seja por ato *inter vivos*, seja *causa mortis*) e de renúncia ou transação;
- b) sua defesa em juízo é feita por *substituição processual*, ou seja, “o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material”; em consequência, o autor da demanda não pode “celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I)”;
- c) a mutação dos titulares desses direitos é feita com *absoluta informalidade*: basta a alteração nos fatos para que se alterem os titulares.

Novamente útil é o exemplo do meio ambiente: sua lesão atinge a todos; sua reparação, igualmente. Quando o Poder Judiciário determina a paralisação de uma obra por motivos reconhecidamente ambientais, de modo a preservar um certo ambiente natural (ou seja, acata o *pedido*, dando o provimento solicitado), este é um fato que beneficia toda a coletividade, e não apenas o peticionário. Ainda na seara ambiental, Luís Paulo Sirvinskis dá como exemplo de bem indivisível o *ar* (2011, p. 99–100). É de se notar a impossibilidade do fracionamento do pedido (e, por conseguinte, da providência a ser tomada), daí porque se falar em indivisibilidade.

c) Direitos coletivos *stricto sensu*

De acordo com o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os direitos coletivos são aqueles direitos “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”. É bom lembrar, também, que estes direitos coletivos do art. 81 em análise são uma das espécies de direitos (*stricto sensu*) do gênero *direitos coletivos* (*lato sensu*). Em verdade, esses direitos coletivos *stricto sensu* muito se parecem com os direitos difusos, diferenciando-se basicamente em razão do *elemento comum* que, neste caso, é a existência de uma relação jurídica base (e que nos direitos difusos é uma circunstância de fato) e da determinabilidade dos titulares.

No **aspecto subjetivo**, são direitos transindividuais – e, portanto, neles não se vê um titular individual mas, sim, toda uma coletividade. Há, contudo, uma relação jurídica base que liga todos esses titulares. Essa relação jurídica é, nos dizeres de Consuelo Yoshida, “aquela preexistente à lesão ou ameaça de lesão do direito ou interesse do grupo, categoria ou classe de pessoas” e que “une as pessoas entre si, ou com a parte contrária” (2006, p. 8). É de se ver que existe um caráter de anterioridade nessa relação: a ligação entre as pessoas é prévia ao dano (nos direitos difusos, a ligação se dá *em razão* do dano). Ensinam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior:

A relação-base forma-se entre os associados de uma determinada associação, os acionistas da sociedade ou ainda os advogados, enquanto membros de uma classe, quando unidos entre si (*affectio societatis*, elemento subjetivo que os une entre si em busca de objetivos comuns); ou, pelo vínculo jurídico que os liga a parte contrária, *e.g.*, contribuintes de um mesmo tributo, estudantes de uma mesma escola, contratantes de seguro com um mesmo tipo de seguro *etc.* No caso da publicidade enganosa, a “ligação” com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu* (propriamente dito). (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 79).

A existência dessa relação jurídica base faz com que exista, no plano jurídico, um *grupo* prévio de pessoas. É em razão da existência desse grupo que se pode afirmar que os titulares dos direitos coletivos *stricto sensu* são indeterminados mas determináveis (ao contrário dos direitos difusos, cujos titulares são indeterminados e indetermináveis); “o elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe

anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 79).

Uma outra forma de diferenciação entre os direitos coletivos *stricto sensu* e os difusos é proposta por Rodolfo Mancuso – e já foi aqui mencionada⁴³: trata-se de reconhecer que no âmbito *quantitativo*, os interesses difusos se relacionam a um universo *maior* do que o interesse coletivo vez que eles apresentam “menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma ‘relação-base’, a um ‘vínculo jurídico’ o que lhe permite aglutinar-se a grupos sociais ou a certos segmentos definidos” (MANCUSO, 2013, p. 90). Não se está afirmando, é certo, que a diferença seja traçada exclusivamente em razão da quantidade numérica de titulares mas, sim, que os interesses difusos *tendem* a se ligar a um universo maior que os coletivos em sentido estrito. De modo a traçar uma distinção definitiva sobre o tema, destaque-se o ensinamento de Consuelo Yoshida:

Portanto, fala-se em indeterminabilidade dos titulares quando a relação entres eles é meramente fática, e não necessariamente quando são em grande número, circunstância que dificulta, na prática, a determinação. Se há relação jurídica unindo os integrantes de um grupo (entre si ou com a parte contrária), ainda que muito numeroso, considera-se serem eles determináveis, por ser possível sua identificação e quantificação, descartada a qualificação como titulares de direitos e interesses difusos. (YOSHIDA, 2006, p. 6).

No **aspecto objetivo**, os direitos coletivos *stricto sensu* também são indivisíveis, tal como os direitos difusos. Nas palavras de Adriano Caldeira, “os interesses coletivos se aproximam de tal modo dos interesses difusos a ponto de não permitirem uma distinção quanto a sua forma, exatamente pelo fato de que têm por objeto, tanto um quanto o outro, um bem indivisível” (2012, p. 36).

Luciano Velasque Rocha traz como exemplo de direito coletivo *stricto sensu* a discussão de uma questão de certa categoria profissional promovida por um sindicato; o autor afirma que o interesse coletivo não é a soma dos interesses individuais dos sindicalizados nem o interesse do próprio sindicato, mas, sim, “o interesse da profissão ou categoria *abstratamente considerada* – razão de ser do sindicato enquanto corpo intermediário” (ROCHA, 2007, p. 51, grifo no original). Outro possível exemplo é o “direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF, art. 94)” (ZAVASCKI, 2011, p. 36).

⁴³ Cf. item n. 2.2.a, especialmente p. 44.

Teori Zavascki ensina que em virtude da natureza dos direitos coletivos *stricto sensu*, surgem as mesmas decorrências jurídicas observadas nos direitos difusos⁴⁴, exceção feita à mutação dos titulares: ela se dá com *relativa informalidade jurídica* vez que é necessária a adesão ou exclusão do sujeito da relação jurídica base para que se alterem os titulares (vale lembrar que nos direitos difusos essa mutação é tida como *absolutamente informal*, eis que dependente unicamente de alterações nas circunstâncias fáticas) (2011, p. 36–37).

No mais, tudo o que foi dito sobre os direitos difusos também é aplicável aos direitos coletivos *stricto sensu*.

d) Direitos individuais homogêneos

Estabelece o inciso III do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor que os direitos individuais homogêneos são aqueles “decorrentes de origem comum”. Em razão de suas características – e, também, pela sucinta descrição legal –, os direitos individuais homogêneos exigem maior esforço para sua compreensão.

Em primeiro lugar, é de se destacar que esses direitos não são direitos coletivos; são, de outro modo, direitos individuais *tutelados por um aspecto coletivo*. Podem ser entendidos como um feixe de direitos individuais *visto como* um único objeto – mas *um único* objeto não é. São, por isso, chamados de *direitos acidentalmente coletivos*, em oposição aos direitos *essencialmente coletivos* (difusos e coletivos *stricto sensu*). Segundo João Batista de Almeida, representam uma “tutela a título coletivo” (2011, p. 40) – a partir do que se conclui que não é uma tutela *propriamente* coletiva mas, apenas, tutela *como se fosse* coletiva. Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior falam em *direitos coletivamente tratados* (2013, p. 79). Zavascki sintetiza a questão, estabelecendo que “quando se fala, pois, em [...] ‘tutela coletiva’ de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa” (2011, p. 35).

No **aspecto subjetivo**, além do que já foi exposto anteriormente (item n. 2.2a, p. 42), os direitos individuais homogêneos não deixam de ser direitos individuais, tal como a própria nomenclatura sugere. Sendo direitos individuais, neles existe a “perfeita

⁴⁴ Cf. item n. 2.2.b, especialmente p. 50.

identificação do sujeito, assim como da relação dele como o objeto do seu direito” (ZAVASCKI, 2011, p. 36).

Ademais, o elemento de ligação que une os titulares é a existência de direitos com origem comum – característica inclusive evidenciada no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Há, contudo, certa dificuldade em se estabelecer o que seja essa *origem comum*. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. esclarecem que origem comum significa que são “direitos nascidos em consequência da própria lesão, ou, mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo)” (2013, p. 80); ademais, não se exige que fato lesivo ocorra num só lugar ou num só tempo pois o que se espera é que dele (o fato) decorra a homogeneidade que vai unir os vários titulares individuais.

Ou seja, o que têm em comum esses direitos é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou de fato que lhes conferem características de homogeneidade, revelando, nesse sentir, prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 81).

Ainda segundo estes mesmos autores, é possível diferenciar os direitos individuais homogêneos dos demais direitos coletivos em razão do tipo do grupo de titulares que se forma: nos direitos difusos o grupo é formado por “pessoas que não estão relacionadas”; nos direitos coletivos em sentido estrito, o grupo é anterior à lesão e existe em razão de uma relação jurídica base; já nos direitos individuais homogêneos “o grupo é criado, por ficção legal, após o surgimento da lesão”. É, por isso, um *grupo de vítimas*: “a relação que se estabelece entre as pessoas envolvidas surge exatamente em decorrência da lesão, que tem origem comum: essa comunhão na ancestralidade da lesão torna homogêneos os direitos individuais” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 83–84).

Segundo Adriano Caldeira, o que caracteriza um direito como individual homogêneo não é somente o número de sujeitos envolvidos nem somente a existência de um fato comum mas, sim, a somatória desses fatores com o elemento que ele chama de *carga de sociabilidade*: “essa carga de sociabilidade de que falamos decorre do fato de que, não defendido coletivamente tal interesse, causaria sérias dificuldades para o sujeito demandá-la isoladamente, além da multiplicidade de demandas em torno do mesmo fato” (2012, p. 38).

O aludido autor dá como exemplo um acidente aéreo de grandes proporções: embora haja um expressivo número de vítimas e um fato comum (evento) que liga todas elas, não é caso de direito individual homogêneo mas, no máximo, situação que dá ensejo a um litisconsórcio facultativo – exatamente por faltar essa carga de sociabilidade; de outro modo, fica caracterizada a sociabilidade nos casos de “pequena fração do produto que está faltando na embalagem, aqueles centímetros que faltam no rolo de papel higiênico, aqueles centavos que são descontados no extrato bancário” (CALDEIRA, 2012, p. 38–39).

No **aspecto objetivo** também há grande diferença entre os direitos individuais homogêneos e os direitos essencialmente coletivos: aqui, os direitos são de índole divisível (ao contrário dos difusos e coletivos *stricto sensu*, que são indivisíveis). De acordo com Teori Zavascki, os direitos individuais homogêneos “podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais” (2011, p. 36); seu objeto material “é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria” (2011, p. 35). Tal divisibilidade pode ser visualizada na execução de uma ação coletiva que envolva um direito individual homogêneo: cada vítima poderá ter seu quinhão individualizado, de acordo com a extensão dos danos que experimentou (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 84).

Em razão dessa multiplicidade de questões individuais, apontam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. que “o pedido nas ações coletivas sempre será uma ‘tese jurídica geral’ que beneficie, sem distinção, os substituídos” (2013, p. 81). Deve-se fazer a identificação dos *pontos comuns* da questão – pontos que, aliás, ligam-se com o caráter *homogêneo* dos direitos em discussão – para que se possa pleitear em juízo uma tutela adequada; esses pontos servirão como um *denominador comum* que orientará o juiz em sua decisão.

Julga-se pelo geral; “as peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente” (2013, p. 81). Em razão dessa necessidade de se julgar *o todo*, “os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação”, restando a individualização dos titulares para uma fase posterior, de execução individual (2013, p. 82).

Adriano Caldeira fornece uma série de exemplos, todos ligados ao campo consumerista: discussões relativas a contratos abusivos de bancos, planos de saúde, telefonia ou problemas na fabricação de brinquedos ou automóveis (2012, p. 38).

Não se pode esquecer que esses direitos em análise são eminentemente individuais. E não é pelo fato de ser possível a identificação dos interessados que se mostra inútil a tutela coletiva; ao contrário, ela é mais vantajosa que a tutela individual pois dá um tratamento mais equânime (no sentido de *padronizado*) àquelas situações que, se colocadas ao Poder Judiciário de modo individual por meio de diversas ações repetitivas, seriam julgadas em vários formatos e com vários resultados – o que inegavelmente gera uma grande sensação de insegurança jurídica.

Fala-se, por isso, em *ações moleculares* no caso de ações coletivas e *ações atomizadas* nas ações individuais⁴⁵. Na Química e na Física, as moléculas são um agrupamento de átomos; no processo, as ações coletivas são um agrupamento (teórico, é verdade) das ações individuais que estariam espalhadas, pulverizadas, não fosse a tutela coletiva.

É de se anotar que os direitos individuais homogêneos têm origem direta no direito norte-americano, mais precisamente nas *class actions for damages*, ações coletivas destinadas à reparação de danos (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 80). O tema será exposto mais adiante (cf. item n. 2.3, p. 58), mas a menção é aqui importante pelo seu grau de inovação: chega-se a afirmar que houve *coragem* do legislador em inserir mecanismo não apenas estrangeiro mas, sobretudo, oriundo de uma tradição jurídica muito diferente da que aqui se experimenta, que é a *common law* (ROCHA, 2007, p. 58–59).

Enoque Ribeiro dos Santos destaca que essa convergência de instrumentos da *common law* – especialmente o modelo das *class actions* – para o sistema romano-germânico aponta o “foco em um modelo social, mais dinâmico, mais aderente à nossa presente realidade política, econômica e social” (2012, p. 33). A experiência não é tão sentida em relação aos direitos *essencialmente coletivos* (difusos e coletivos em sentido estrito) vez que seu desenvolvimento histórico, pelo menos no modo como aqui os conce-

---

⁴⁵ Neste sentido, cf., dentre outros: **a)** DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 81; **b)** SANTOS, E., 2012, p. 32–33.

bemos, foi trazido da Itália – portanto, de um sistema jurídico de *civil law* e, por isso, pelo menos teoricamente mais próximo do brasileiro.

e) Considerações gerais

Em resumo, é possível consolidar o que aqui foi exposto da seguinte forma⁴⁶:

	Quanto ao sujeito	Quanto ao objeto
Direitos difusos	– Natureza: são direitos <i>transindividuais</i>. – Critério subjetivo: indeterminação <i>absoluta</i> dos titulares. – Elemento comum: <i>circunstância de fato</i>. – O universo dos titulares é <i>maior</i> (podendo abranger até mesmo toda a humanidade).	– São direitos <i>indivisíveis</i>. – O objeto jurídico é visto como um todo, sendo <i>impossível fracionamentos</i>. – São direitos que dizem respeito ao homem <i>enquanto ser humano</i>.
Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	– Natureza: são direitos <i>transindividuais</i>. – Critério subjetivo: indeterminação <i>relativa</i> dos titulares. – Elemento comum: <i>relação jurídica base</i>. – O universo de pessoas é <i>menor</i> (abrange um certo grupo de pessoas).	– São direitos <i>indivisíveis</i>. – O objeto jurídico é visto como um todo, sendo <i>impossível fracionamentos</i>. – São direitos que dizem respeito ao homem em sua <i>projeção corporativa</i>.
Direitos individuais homogêneos	– Natureza: são direitos <i>individuais</i>. – Critério subjetivo: <i>determinabilidade</i> dos titulares. – Elemento comum: <i>origem comum</i>.	– São direitos <i>divisíveis</i>. – O objeto jurídico de cada titular <i>não se confunde</i> com o dos demais.

É de se salientar que não obstante se faça um grande esforço no sentido de individualização dessas três categorias de interesses, elas não devem ser vistas de modo isolado; ao contrário, é preciso que entre elas haja interligação de modo a se efetivar a tutela coletiva – “são, portanto, *conceitos interativos* de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação ao direito material da realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 87, grifo nosso). Na lição de Cassio Scarpinella Bueno:

Para solucionar o impasse, é preferível entender que os “direitos e interesses *difusos*”, tanto quanto os *coletivos* e os *individuais homogêneos*, não são “classes” ou “tipos” de direitos preconcebidos ou estanques, não interpenetráveis ou relacionáveis entre si. São – é esta a única

⁴⁶ A presente tabela tem como base, com algumas modificações, o quadro comparativo feito por Teori Zavascki (2011, p. 36–37).

forma de entender, para aplicar escorреitamente, a classificação feita pela lei brasileira – formas preconcebidas, verdadeiros modelos apriorísticos, que justificam, na visão abstrata do legislador, a *necessidade* da tutela jurisdicional coletiva. Não devem ser interpretados, contudo, como realidades excludentes umas das outras, mas, bem diferentemente, como complementares. (BUENO, 2011, p. 26, grifo no original).

A correta classificação trará reflexos na tutela pretendida e, principalmente, no resultado concreto alcançado (v.g., a coisa julgada assumirá características diferentes se a questão for sobre direitos difusos ou sobre direitos individuais homogêneos). A ressalva que se faz é no sentido de que diante de um caso coletivo concreto, é ele (o caso) quem vai reclamar o remédio necessário, não sendo possível se admitir restrições dessa tutela em razão de postulados legais excludentes, desprovidos de *razoabilidade* (que no caso da tutela coletiva deve ser a *razoabilidade* com vistas à maximização da coletividade, independentemente do cenário que se desenhar).

Além disso, é possível também que um mesmo fato origine pretensões tanto no campo individual quanto no campo transindividual – e mesmo em relação a este último, é possível que aquele mesmo fato integre mais de uma categoria de direitos coletivos. Neste sentido, Adriano Caldeira dá um exemplo de direito do consumidor: no caso um produto colocado a venda com quantidade inferior àquela indicada na embalagem pode tanto o particular (consumidor individualmente considerado) que adquiriu o produto ajuizar ação contra o fornecedor, em nome próprio, quanto uma associação de defesa do consumidor ou o Ministério Público, em nome dos consumidores coletivamente considerados (CALDEIRA, 2012, p. 37)⁴⁷.

2.3. Evolução histórica

A evolução histórica dos instrumentos destinados à tutela dos direitos coletivos – doravante tratados sempre em seu aspecto *lato sensu* em razão do teor geral do tema – pode ser vista a partir tanto do enfoque internacional quanto brasileiro.

⁴⁷ Consuelo Yoshida também fornece exemplo de situação que abre possibilidade para mais de um enfrentamento na perspectiva coletiva: “divulgação de propaganda enganosa sobre determinado produto ou serviço e tutela jurisdicional, através de ação coletiva, objetivando a suspensão liminar e a cessação definitiva da divulgação (pretensão difusa); com base no mesmo fato lesivo (‘origem comum’) seria cabível pedido condenatório de cunho patrimonial (devolução do preço, indenização) sendo beneficiários os consumidores lesados (pretensão individual homogênea)” (2006, p. 13).

É ponto de consenso na doutrina que as fontes de inspiração do sistema coletivo adotado no Brasil são as chamadas *class actions* do sistema norte-americano⁴⁸, importadas tanto por via direta quanto pelas lições europeias – especialmente aquelas vindas da Itália (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 29–30). Cumpre, assim, fazer um esboço do desenvolvimento histórico dos mecanismos de tutela coletiva – primeiro no direito comparado e posteriormente no Brasil.

2.3.1. No direito comparado

Sucinto panorama é desenhado por Antonio Gidi sobre o assunto, explicando que a origem das ações coletivas são as *class actions*, especialmente após a reforma processual norte-americana de 1966; tal reforma foi assimilada pelos processualistas europeus, principalmente Mauro Cappelletti, Michele Taruffo, Vincenzo Vigoriti e Proto Pisani. Gidi afirma, ainda, que o movimento italiano desembarcou no Brasil na década de 1970, sendo recebido com entusiasmo por Barbosa Moreira, Ada Pellegrini e Waldemar de Oliveira Júnior. A partir daí, esclarece o autor que a década de 1980 foi dedicada à criação de textos legais voltados para a tutela coletiva (Gidi fala em *batalha política de reconhecimento legislativo*), servindo os anos 90 para consolidação e aperfeiçoamento de tais institutos (GIDI, 2013, p. 19).

Contudo, é possível a identificação de certos antecedentes de tutela coletiva no passado mais distante – sem que isso represente que em tais momentos houvesse preocupação concreta com a tutela coletiva, daí porque são *antecedentes*, inspirações pontuais. Não se pode esquecer que o modelo histórico de defesa dos direitos é, e quase sempre foi, individualista, calcado na concepção de que cada interessado defende seu próprio direito – e não o de outrem, muito menos da coletividade. As iniciativas de defesa coletiva no passado representam, por isso, mecanismos pontuais de caráter excepcional. Nesse sentido, esclarece Marcelo Pereira de Almeida que a regra do individualismo fez com que os direitos coletivos (*afetos à comunidade*) historicamente deixassem de ser defendidos em juízo pois “não se identificava uma pessoa legitimada para tanto, na medida em que não havia uma determinada pessoa prejudicada. Na verdade, todos eram prejudicados, e com isso ninguém detinha legitimidade” (ALMEIDA, 2012, p. 19).

---

⁴⁸ Neste sentido, cf.: **a)** ZAVASCKI, 2011, p. 24–26; **b)** GIDI, 2013, p. 20; **c)** DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 26.

a) Direito Romano

Em busca de se traçar uma evolução histórica, havia no direito romano uma espécie de ação popular para defesa das coisas públicas (*rei publicæ*) em que o cidadão⁴⁹ agia em defesa dos interesses da coletividade; eram as *actiones populares*.

Nas palavras de José Afonso da Silva, as ações *actiones populares* “eram concedidas *cuivis e populo*, para defesa daquilo ‘que hoje denominaríamos interesse pela causa pública’, e que os jurisconsultos romanos tinham como uma exceção ao princípio *nemo alieno nomine lege agere potest*” (2007, p. 17–18). No *Corpus juris civilis* existe um título exclusivo sobre estas ações (*De popularibus actionibus*, Livro XLVII, Título XXIII)⁵⁰.

André Vasconcelos Roque destaca dois aspectos importantes dessas ações: a) se uma questão já havia sido decidida anteriormente em outra ação popular, uma nova não poderia ser reproposta – o que configura uma noção histórica de coisa julgada coletiva; b) se duas ou mais pessoas ajuizassem ações populares distintas sobre um mesmo assunto, seria preferida aquela cujo demandante tivesse melhor idoneidade e maior interesse pessoal no litígio – o que denota a busca por uma certa representatividade adequada, tema até hoje controverso (ROQUE, 2013, p. 29–30).

b) Idade Média

Na Idade Média, Luciano Velasque Rocha, apoiado nas lições de Márcio Flávio Mafra Leal⁵¹, afirma que existem alguns exemplos de ações de índole coletiva sem que, contudo, isso caracterize uma tendência típica do período; “sucede que a sociedade do medievo não concebia o indivíduo senão enquanto inserido no grupo, comunidade ou tripe

⁴⁹ É de se anotar que o conceito de *cidadão* é restritivo: designa pessoa que mantém certo vínculo político em relação a um Estado. Na atualidade, entende-se como cidadão a pessoa no gozo de seus direitos políticos; José Afonso da Silva afirma que cidadão é a pessoa *titular do direito ativo de voto* (2007, p. 155). No Direito Romano a situação era ainda mais restritiva; estrangeiros, escravos e, em alguns casos e períodos, mulheres e pessoas de baixa renda estavam alijadas de qualquer participação social (não possuíam o *status civitatis*). Ademais, o direito como um todo era voltado só para os cidadãos, ficando as demais pessoas sujeitas a um regime jurídico diferenciado (MARKY, 1995, p. 33–35).

⁵⁰ É possível obter acesso ao texto integral do *Corpus juris civilis* em diversas bibliotecas virtuais. Conferiu-se o tema em: CORPUS, 1888, p. 791.

⁵¹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 22.

a que pertencia – os ventos do individualismo liberal ainda tardariam a soprar. Assim, as noções de *grupo* e de *indivíduo* se confundiam” (ROCHA, 2007, p. 3–4).

Em semelhante sentido, André Vasconcelos Roque afirma que as ações coletivas medievais eram fruto de uma organização social diferenciada da atual, vez que a sociedade estava organizada em pequenas coletividades; não se concebia a pessoa por um prisma individual mas, tão somente, inserida num grupo – daí porque as ações coletivas eram várias, muitas vezes voltadas para a imposição de obrigações à toda uma coletividade (ROQUE, 2013, p. 35).

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. trazem os ensinamentos de Stephen Yeazell⁵², para quem a experiência coletiva data de, pelo menos, oitocentos anos, destacando que na Idade Média não se discutia quem poderia representar o grupo ou em que circunstâncias a tutela coletiva poderia ser realizada, também em vista do modo particular como aquela sociedade se organizava em torno de pequenas coletividades (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 26).

c) Idade Moderna

Com o fim da Idade Média e a consequente desorganização das pessoas em torno de grupos (feudos, corporações, *etc.*), as ações coletivas tornaram-se excepcionais, passando a ser a regra as ações individuais daí em diante. Não se está aqui afirmando que na Idade Média as ações coletivas eram a regra geral; afirma-se que elas apenas não eram vistas com a *estranheza* e *excentricidade* que o direito tradicional (individualista) tem-lhes imprimido.

Tal estranheza, contudo, tem-se dissipado com o avanço dos estudos na seara coletiva – mas vez ou outra ela reaparece, quase sempre na forma de dificuldades de se identificar direitos individuais homogêneos “novos”. Essa falta de aceitação das ações coletivas é também observada por André de Vasconcelos Roque ao afirmar que:

Quando os litígios de grupo começam a ser apreciados pela Corte de Chancelaria no século XVII, este tipo de conflito já não era mais encarado e forma natural, até porque havia desaparecido o denominador comum da fase medieval, que era a existência de uma pequena coletividade

---

⁵² YEAZELL, Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987. p. 21.

coesa. Na Idade Moderna, o desenvolvimento do comércio e, posteriormente, da indústria, daria origem a novos grupos, muito menos coesos e organizados. Surgem, assim, as primeiras objeções aos litígios coletivos. (ROQUE, 2013, p. 38).

Em razão da mudança de paradigma – em que o mundo a partir de uma visão coletiva dá lugar à visão centrada no indivíduo –, é a partir da Idade Moderna que começaram a despontar os fundamentos históricos mais próximos do formato que hoje se concebe a tutela coletiva (como instrumento de tutela excepcional, extravagante).

d) *Bill of peace*, século XVII

Segundo Teori Zavascki, no século XVII surgiu na Inglaterra, no âmbito dos Tribunais de Equidade (*Courts of Chancery*), o chamado *bill of peace*, um mecanismo a admitir que o representante de um grupo demandasse e fosse demandado em razão de certos interesses relativos àquele grupo (ZAVASCKI, 2011, p. 21).

Ensina Marcelo Almeida que “o *bill* desenvolveu-se em torno da ideia de interesse comum, em que o provimento jurisdicional atingiria o direito de todos os membros da classe de maneira uniforme, e ainda, quando o número de pessoas era muito grande para a formação de um litisconsórcio” (2012, p. 21). Isto porque o sistema das Cortes de Equidade (*equity law*) é centrado no litisconsórcio necessário de todos os envolvidos nas questões a ele submetidas (*necessary party rule*), de forma a solucionar definitivamente o litígio, evitando a multiplicação de ações individuais sobre aquele mesmo tema. Contudo, em certos casos excepcionais (se presente uma questão comum e sendo inviável o litisconsórcio – ou pelo número excessivo ou por existirem pessoas fora da jurisdição daquela Corte), admitia-se o *bill of peace* como exceção ao litisconsórcio necessário. Era, portanto, uma análise casuística, conveniente a cada caso concreto – e, por isso mesmo, insegura (ROQUE, 2013, p. 44–45). O que salta aos olhos – e é bom que se frise – é o caráter utilitário desse tipo de tutela, que claramente busca evitar a multiplicação desnecessária de ações individuais.

Não obstante constitua importante avanço no campo coletivo, o *bill of peace* revelou-se um sistema de difícil utilização pela falta de clareza de seus contornos. Foi somente em 1873, com o surgimento do *Court of Judicature Act* que tal instituto começou a ser desenvolvido de modo mais efetivo – mas, mesmo assim, ainda bastante

contido (ZAVASCKI, 2011, p. 24). E, ao que parece, ainda hoje a tutela coletiva mantém-se dentro de limites restritivos⁵³.

e) *Class actions*, século XX

O modelo inglês do *bill of peace* atravessou o Atlântico, indo encontrar desenvolvimento muito fecundo no direito norte-americano com as *class actions*. Em 1938, as *Federal Rules of Civil Procedure* (que podem ser entendidas como um Código de Processo Civil⁵⁴) criaram um eficiente mecanismo de defesa coletiva – mecanismo este que foi sobremaneira aperfeiçoado em 1966⁵⁵. Cassio Scarpinella Bueno assim resume as *class actions*:

A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. (BUENO, 1996, p. 93).

De acordo com a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* (que é o artigo que trata das *class actions*), admite-se que uma ou mais pessoas defendam os interesses de toda uma classe desde que concorram quatro fatores: a) seja impraticável o litisconsórcio de todos os interessados em razão do excessivo número de pessoas; b) as questões em discussão sejam questões comuns a toda a classe; c) as pretensões e defesas feitas pelo representante sejam *tipicamente da classe*; d) aqueles que promovem a ação tenham condições de defender os interesses de modo adequado e razoável. Na atualidade⁵⁶, esse dispositivo tem a seguinte redação:

⁵³ Marcelo Almeida ensina que na atualidade a Inglaterra convive com duas categorias de ações coletivas: a *representative action* e a *relator action*. Na *representative action* há a defesa do interesse coletivo por um representante do grupo, sendo que o grupo é formado em torno da identidade de interesses. Já na *relator action*, uma pessoa sem legitimidade para a propositura de ação de interesse público requer ao procurador-geral a autorização (delegação) para ajuizar a ação em nome da coletividade; se concedida, é o particular quem toma todas as medidas processuais, supervisionado pelo procurador-geral. Em ambos os casos, não se admite condenação em ressarcimento de danos mas, apenas, pedidos declaratórios, injunções e condenações de fazer ou não-fazer. (ALMEIDA, 2012, p. 21).

⁵⁴ Diferentemente do sistema brasileiro, em que as normas processuais gerais são criadas por lei em sentido estrito (normas produzidas integralmente pelo Poder Legislativo), as *Federal Rules* são criadas pela Suprema Corte que as submetem para aprovação do Congresso; se aprovadas, entrarão em vigor. Em 1938 deu-se a aprovação do primeiro texto (elaborado entre 1934 e 1937), cujo conteúdo sofre modificações até hoje. (UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2013, p. VII).

⁵⁵ André Vasconcelos Roque afirma que são encontradas já no início do século XIX os primeiros registros de demandas coletivas nos Estados Unidos; são, contudo, procedimentos ainda fortemente influenciados pelo direito inglês. Aponta o autor o caso *West v. Randall*, julgado em 1820 pela Corte de Apelações, como sendo aquele que inaugura as ações coletivas naquele país. Na Suprema Corte, o primeiro caso seria o *Beauty v. Kurtz*, de 1829 (2013, p. 45). Em termos legislativos, considera-se a *Equity Rule 48*, de 1842, como sendo a pioneira. (2013, p. 48).

Rule 23. Class Actions

(a) *PREREQUISITES*. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
  - (2) there are questions of law or fact common to the class;
  - (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
  - (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.
- (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 2014).

Existem nas *class actions* dois tipos fundamentais de pretensões que podem ser satisfeitas: a) as de natureza declaratória ou aquelas cuja satisfação se dá com provimentos de fazer ou não fazer – chamadas de *injunctions class actions*; b) as de natureza indenizatória, ressarcindo os danos sofridos individualmente – chamadas de *class actions for damages* (ZAVASCKI, 2011, p. 26). Marcelo Pereira de Almeida identifica três tipos de ações, sendo duas obrigatórias (*incisos b.1.a, b.1.b e b.2*) e uma facultativa (*inciso b.3*) (ALMEIDA, 2012, p. 22–23). Cabe, portanto, uma breve análise do texto legal estrangeiro⁵⁷.

Rule 23. Class Actions

[...]

(b) *TYPES OF CLASS ACTIONS*. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

- (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:
    - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
    - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;
  - (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or
  - (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:
    - (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
    - (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
    - (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
    - (D) the likely difficulties in managing a class action.
- (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 2014).

⁵⁶ A última modificação da *Rule 23* foi feita em 26.3.2009, tendo entrado em vigor em 1.12.2009 (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 2014).

⁵⁷ Pelo fato das *class actions* não constituírem o tema central do presente trabalho – mas apenas um fundamento histórico –, será apresentada uma tradução livre, apoiada naquilo que a doutrina tem destacado de importante.

O inciso *b* claramente trata dos pressupostos necessários para o processamento das *class actions* – que, aliás, devem ser somados com os pré-requisitos do inciso *a*. São pressupostos que importam na observação de uma situação concreta para se descobrir se é caso de manejo das *class actions* ou não.

O juiz, tão logo seja possível, certifica se é admissível a *class action*, bem como lhe fixa a “classe” correspondente (cf. *Rule 23, c.1.a, c.1.b*)⁵⁸. “Pode-se constatar que é o Tribunal, examinando cada caso concreto, que decide, valendo-se de ampla discricionariedade (termo que se vale a doutrina sobre o tema), se aquela pretensão pode, ou não, assumir a forma de ação coletiva” (BUENO, 1996, p. 22).

Para se admitir uma *class action* será necessário que (*b.1*) exista o risco de que eventuais ações propostas individualmente (*separate actions by or against individual class members*) resultem em (*b.1.a*) sentenças diversas entre si, antagônicas em relação aos membros da classe (*inconsistent or varying adjudications*), ou, ainda, (*b.1.b*) em sentenças que prejudiquem ou impeçam o direito de pessoas fora daquela classe sob julgamento (*other members not parties*). Também é causa que admite a *class action* (*b.2*) o fato da parte contrária à classe dar tratamento uniforme à classe, o que impõe que o resultado final seja apropriado para a classe como um todo (*class as a whole*).

De outro modo, é possível a utilização da *class action* se (*b.3*) o tribunal constatar que as questões dos membros da classe predominam sobre eventuais questões individuais, bem como que a *class action* se revela um mecanismo melhor que os demais meios processuais disponíveis. Nestes casos, o tribunal deve considerar, cumulativamente: (*b.3.a*) o interesse dos indivíduos da classe em ajuizar ou se defender em ações separadas; (*b.3.b*) a extensão e a natureza de qualquer ação já ajuizada por ou contra os membros da classe; (*b.3.c*) a conveniência de se reunir as ações num mesmo tribunal; (*b.3.d*) as dificuldades de se manejar a *class action*.

⁵⁸ *Rule 23 [...] (c) CERTIFICATION ORDER; NOTICE TO CLASS MEMBERS; JUDGMENT; ISSUES CLASSES; SUBCLASSES.*

(1) *Certification Order.*

(A) *Time to Issue.* At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.

(B) *Defining the Class; Appointing Class Counsel.* An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

Marcelo Pereira de Almeida sustenta que os casos dos *incisos b.1.a, b.1.b* e *b.2* correspondem àquilo que se chama por aqui de defesa de interesses difusos e coletivos; já o *inciso b.3* representa a defesa que aqui assume o formato dos direitos individuais homogêneos, especialmente ligados à reparação de danos individuais sofridos – e que lá são chamadas de *class actions for damages*. Esclarece o autor, ainda, que no *inciso b.2* se está diante de um caso de ação coletiva tendente à uma sentença declaratória ou condenatória em obrigação de fazer ou não fazer; somente nas *class actions for damages* é que existiria a condenação ressarcitória. Em razão disso é que as ações fundadas no *inciso b.3* são facultativas, admitindo-se o *opt out*⁵⁹, restando todas as demais hipóteses caracterizadas como ações obrigatórias (ALMEIDA, 2012, p. 23).

É de se anotar que a *Rule 23* faz distinção no processamento das ações em se tratando das ações do primeiro grupo (*b.1* ou *b.2*) e do segundo grupo (*b.3*); um exemplo é a forma de notificação (comunicação) dos atos, distinta em razão da natureza do interesse (cf. *Rule 23, c.2*)⁶⁰. Portanto, sob o tema das *class action* encontra-se uma série de mecanismos complexos que se dedicam à tutela coletiva em variados aspectos; não é, de forma algum, uma ferramenta unívoca, destinada à uma única situação.

O que deve ser ressaltado é o fato de que diversas preocupações americanas em torno das *class actions* – bem como certas soluções adotadas – são vistas no direito brasileiro, v.g., a preocupação com a representação adequada ou a prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Algumas questões serão retomadas futuramente, nos respectivos tópicos, de modo a se confrontar a tutela coletiva – especialmente por meio da ação civil pública – com a experiência norte-americana das *class actions*.

⁵⁹ *Right to opt out*, também chamado de *direito à auto-exclusão*, é a faculdade que se coloca à uma pessoa de escolher não fazer parte do grupo (classe), não sendo prejudicada pela coisa julgada coletiva desfavorável nem beneficiada pela favorável. Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2009), é o *poder jurídico* que tem o indivíduo de *renunciar* à jurisdição coletiva, desde que expresse tal vontade.

⁶⁰ *Rule 23(c) [...] (2) Notice.*

(A) *For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.*

(B) *For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:*

(i) *the nature of the action;*
(ii) *the definition of the class certified; [...]*

f) *Verbandsklage*

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., apoiados nos estudos de Michele Taruffo⁶¹, afirmam que existem ao lado do modelo das *class actions*, amplamente difundido no Brasil, um outro modelo de tutela jurisdicional dos direitos coletivos na experiência comparada, que é o modelo da *Verbandsklage*, de origem alemã, adotado em larga escala nos países da Europa continental. Os referidos autores sustentam que nesse modelo alemão não é possível identificar uma verdadeira mudança de paradigma (da mentalidade individual para a coletiva) – dizem não existir uma *filosofia* por trás desses instrumentos – mas, ao que parece, constituem mecanismos novos para demandas igualmente novas no campo dos direitos do consumidor e do meio ambiente. São genericamente chamadas de *ações associativas* e possuem como características básicas a legitimação ativa das associações para tutelar em nome próprio direitos considerados próprios (v.g., associações de consumidores demandando ações coletivas de consumo), bem como o afastamento dos direitos individualmente considerados nessas ações (se o objeto é coletivo, os particulares individualmente não podem tutelá-lo nem pleitear reparações; inexistente nesse modelo a ideia de *dano coletivo*) (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 57–59).

Embora esse sistema também deite raízes na Itália e na França, o modelo que aqui chegou – inclusive pela influência de autores italianos – é mais aberto e resultou, com a conjunção das *class actions*, em um complexo de ações coletivas inédito que admitem uma série de temas para tutela judicial.

2.3.2. No Brasil

É possível afirmar que inexistia qualquer preocupação com a tutela de direitos coletivos no Brasil até a década de 1970⁶². É bem verdade que anteriormente a isso existem exemplos⁶³ que hoje podem ser vistos como de tutela coletiva, mas repre-

⁶¹ TARUFFO, Michele. *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*. In: LANFRANCHI, Lucio. *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003. p. 53–66.

⁶² Nesse sentido, cf.: a) ZAVASCKI, 2011, p. 27; c) SANTOS, E., 2012, p. 29–30; b) DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 29–30;

⁶³ Marcelo Almeida cita dois exemplos: a) a defesa coletiva das associações de funcionários e empregados de empresas públicas e autarquias, prevista na Lei n. 1.134, de 14.6.1950; b) a legitimação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para a defesa dos interesses gerais da classe dos advogados, prevista na Lei n. 4.215, de 27.4.1963, revogado pelo atual Estatuto (Lei n. 8.906, de 4.7.1994) (2012, p. 25–26).

José Afonso da Silva volta mais ainda no tempo, afirmando existir ações populares de defesa das

sentam tão somente situações pontuais, desacompanhadas de uma *mentalidade* de proteção nesse sentido; não era o momento de se pensar no coletivo.

Não obstante o direito da época fosse bastante tímido em termos de tutela coletiva, os processualistas europeus – principalmente italianos – exerceram grande influência nos momentos iniciais das ações coletivas no Brasil, entusiasmando uma primeira geração de doutrinadores que aqui estabeleceram marcos importantes no tema. E, embora italianos, as lições daqueles processualistas carregavam fundamentos também das ações de classe norte-americanas. Em busca da novidade – que, ao que tudo indica, não era muito clara no raiar das discussões – é que se foi desenvolvendo um sistema todo peculiar de ação coletiva, extraindo elementos da tutela coletiva a partir da experiência europeia (italiana por excelência) e da eficiência funcional das *class actions*. “Mais pragmático, o Direito Processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos 70, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente operativo” (GRINOVER, 1999).

Aliás, acompanhando Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., essa tarefa de importação de conceitos e esquemas estrangeiros é facilitada, entre nós, por uma tradição jurídica portuguesa que remonta ao período medieval, chamada de *bartolismo*: “este conceito expressa a nossa predisposição para a aceitação da ‘boa razão’ dos povos civilizados, na busca de melhor solver as questões jurídicas, tanto com importação doutrinária, quanto com transplante legislativo de normas alienígenas” (2013, p. 30). Fez-se, portanto, um novo sistema, montando-se partes da experiência estrangeira com soluções para os problemas brasileiros. Teori Zavascki chega a afirmar que o processo coletivo no Brasil é de tal forma mais rico e profundo que nos demais países da *civil law* que representa verdadeira *revolução* no campo processual (2011, p. 30).

Identifica-se a **ação popular**, prevista na Lei n. 4.717, de 29.6.1965 (LAP), como o primeiro instrumento processual efetivamente vocacionado para a tutela coletiva no país. Ensina José Afonso da Silva que a ação popular foi prevista pela primeira vez na República pela Constituição de 1934 (art. 113, XXXVIII); foi suprimida pela autortária Constituição de 1937 e retornou com a democrática Carta de 1946, permanecendo daí

---

coisas públicas nas Ordenações do Reino (direito português) e na Constituição do Império (1824), em seu art. 157 (2007, p. 32–33). José Ailton Garcia afirma que essas Ordenações são as Ordenações Filipinas, de 1603 (2012, p. 398–399).

em diante no texto constitucional. Contudo, a ação popular somente foi regulada com a edição da referida Lei n. 4.717/65, a partir de quando começou a ser possível sua utilização (SILVA, 2007, p. 36–41).

Em linhas gerais, *qualquer cidadão* está legitimado a ajuizar a ação popular para a proteção do patrimônio público. Nas palavras de José Ailton Garcia, a ação popular é “um instrumento de natureza civil-constitucional, disponível ao cidadão, no gozo dos direitos cívicos e políticos, a fim de invalidar os atos da Administração Pública, eivados de *lesividade* e *ilegalidade*, praticados em desfavor do Erário Público” (GARCIA, J., 2012, p. 405–406, grifo no original). Dispõe a referida lei:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.⁶⁴

Esse formato foi consagrado textualmente na Constituição de 1988, por meio do art. 5º, LXXIII. Maria Garcia afirma que a Constituição não só consagrou como, mais que isso, *extraordinariamente ampliou* o campo de incidência da ação popular (2000, p. 87).

Art. 5º. [...]

LXXIII - 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;

Para os fins da ação popular, considera-se patrimônio públicos os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e, posteriormente, por alteração legislativa de 1977, também os de interesse turístico (art. 1º, § 1º, LAP).

O caráter de inovação da ação popular reside na legitimação a *qualquer cidadão*. Muito embora o tema seja objeto de amplas discussões – se é caso de legitimação

⁶⁴ O art. 141, § 38 mencionado na LAP é da Constituição de 1946.

ordinária ou extraordinária⁶⁵, bem como se age o autor da demanda em nome próprio por direito próprio ou por direito alheio –, o que aqui importa é que há uma pessoa titularizando a defesa do direito de outrem (muito embora também seja um direito seu). Ocorre, inegavelmente, a quebra com o postulado clássico da reparação individual – tal como hoje consta no art. 189 do Código Civil: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”.

Prosseguindo a evolução histórica, encontra-se na **Lei da Política Nacional do Meio Ambiente** (Lei n. 6.938, de 31.8.1981) a permissão para que o Ministério Público atue em nome do meio ambiente. De acordo com o § 1º do art. 14 da citada lei, “o Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Contudo, o grande marco divisor do processo coletivo no país foi a edição, em 1985, da **Lei da Ação Civil Pública** (Lei n. 7.347, de 24.7.1985 – LACP). E foi um grande marco não apenas pela criação desse novo instrumento mas, também, por ser fruto de longos debates doutrinários que culminaram na edição de uma lei muito festejada no meio jurídico⁶⁶.

Em sua redação original, a Lei da Ação Civil Pública se propunha a tutelar, sem prejuízo da ação popular, o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como outros direitos difusos e coletivos pela adoção de cláusula aberta exemplificativa no inciso IV do art. 1º da citada lei (“qualquer outro interesse difuso ou coletivo”). Com o tempo, outros temas foram sendo agregados.

Em razão dessa ampliação, é de se notar, apoiando-se nas lições de Rodolfo Mancuso, que não existe *uma* lei de ação civil pública, mas, sim, *várias*. Afirma o referido autor que existem diversas *ações civis públicas*, sendo aquela da Lei 7.347/85 a *ação civil pública padrão* (MANCUSO, 2012, p. 61). Teori Zavascki leciona em semelhante orientação, afirmando que com o tempo surgiram *variantes de ações civis*

⁶⁵ Por uma síntese da discussão, cf. CARVALHO NETO, 2009, p. 146–150.

⁶⁶ A doutrina em geral aponta o grande entusiasmo que cercou a edição da LACP. Neste sentido, Rodolfo Mancuso aponta a contribuição de professores de Direito da USP e de membros do Ministério Público do Estado de São Paulo (MANCUSO, 2012, p. 60–61). Sepúlveda Pertence, Ministro Aposentado do Supremo Tribunal Federal e Procurador-Geral da República à época da edição da LACP, igualmente narra a ansiedade geral com que se esperava a criação da referida ação (PERTENCE, 2011, p. 14).

públicas (2011, p. 15 e 53). É possível exemplificar o assunto com alguns temas que se incorporaram ao âmbito da ação civil pública⁶⁷:

- *comunidades indígenas*: Constituição da República de 1988, art. 232;
- *peçoas portadoras de deficiência*: Lei n. 7.853, de 24.10.1989;
- *mercado de capitais*: Lei n. 7.913, de 7.12.1989;
- *infância e juventude*: Lei n. 8.069, de 13.7.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- *meio ambiente do trabalho e direitos trabalhistas coletivos*: Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993 (Estatuto do Ministério Público da União);
- *ordem econômica*: Lei n. 8.884, de 11.6.1994 (atualmente o tema é disciplinado pela Lei n. 12.529, de 30.11.2011);
- *recursos hídricos*: Lei n. 9.433, de 8.1.1997;
- *ordem urbanística*: Lei n. 10.257, de 10.7.2001 (Estatuto da Cidade);
- *idosos*: Lei n. 10.741, de 1.10.2003 (Estatuto do Idoso);
- *torcedores*: Lei n. 10.671, de 15.5.2003 (Estatuto do Torcedor);
- *patrimônio genético*: Lei n. 11.105, de 24.3.2005 (Lei de Biossegurança);
- *violência doméstica*: Lei n. 11.340, de 7.8.2006 (Lei Maria da Penha);
- *minorias sociais*: Lei n. 12.288, de 30.7.2010 (Estatuto da Igualdade Racial); com destaque para a *honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos* (incluídos pela Lei n. 12.966, de 24.4.2014);
- *patrimônio público e social*: Lei n. 13.004, de 24.7.2014.

É de se observar que tais temas são, em verdade, cristalizações da cláusula aberta que ganharam assento legal específico em razão da profundidade das discussões, deixando de desafiar a interpretação para se tornarem categorias *ex lege*. É o caso, por exemplo, das pessoas portadores de deficiência: é possível vê-las por um

---

⁶⁷ Os tópicos aqui apresentados foram sistematizados, com acréscimos nossos, por Rodolfo de Camargo Mancuso (2014, p. 8).

prisma coletivo de modo genérico na cláusula aberta do citado art. 1º, IV da Lei da Ação Civil Pública; contudo, lei específica disciplinou textualmente a possibilidade, o que torna mais simples o processo coletivo – e, com isso, menos suscetível a ilações teóricas (no caso, art. 3º da Lei n. 7.853/89).

Com a promulgação da **Constituição da República**, em 5.10.1988, o processo coletivo como um todo foi soerguido a um patamar inédito. Além da consagração no texto constitucional da ação civil pública (art. 129, III), a Constituição dedicou-se à legitimação das associações para a defesa de seus filiados (art. 5º, XXI), bem como dos sindicatos (art. 8º, III), constitucionalizou o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), ampliou a ação popular (art. 5º, LXXIII), além de revolucionar os mecanismos de controle de constitucionalidade – que inegavelmente são espécies da família dos processos coletivos, na modalidade de *processo objetivo* (sem a presença de partes).

Ada Pellegrini Grinover destaca que a Constituição de 1988 elevou todos os direitos difusos e coletivos ao patamar constitucional, sem restrições prévias quanto à matéria, tratando o Ministério Público como patrocinador institucional natural de tais interesses, mas facultando à lei a ampliação dos legitimados (GRINOVER, 1999). Com efeito, a partir da leitura da Constituição fica muito claro que a ação civil pública pode ser utilizada para a tutela de *qualquer* direito difuso ou coletivo; estabelece o já citado art. 129, III, que é função do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente *e de outros* interesses difusos e coletivos” (grifo nosso).

Em 1990, a edição do **Código de Defesa do Consumidor** (Lei n. 8.078, de 11.9.1990) deu novo impulso para o processo coletivo não só por disciplinar a categoria dos direitos individuais homogêneos mas, também, por inovar numa série de disposições sobre processo coletivo de tal modo que a partir de 1990 é inequívoca a existência de um verdadeiro sistema de tutela coletiva (ou *microsistema*, vez que inserido no sistema geral do processo civil).

No particular da ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor inseriu dispositivo específico, de modo que a partir de então “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” (art. 21 da Lei 7.347/85, inserido pelo art. 117 da Lei n. 8.078/90). É, por este motivo, que diversos aspectos do regime jurídico da ação civil pública vão buscar fundamento na lei básica do consumidor. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

E finalmente o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) veio coroar o trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos. (GRINOVER, 1999).

Ainda a título de evolução histórica, é possível visualizar nas reformas processuais operadas no país um fenômeno que a doutrina dá o nome de *fases de reforma* (ou *ondas*). Teori Zavascki, sobre o tema, afirma que a *primeira fase* de reformas teve início em 1985 e teve como objetivo a introdução de mecanismos processuais de natureza coletiva e transindividual, bem como a ampliação da tutela da própria ordem jurídica abstratamente considerada (controle de constitucionalidade); já a *segunda fase* foi deflagrada em 1994 e buscou o aperfeiçoamento (ou ampliação) de alguns instrumentos do Código de Processo Civil (ZAVASCKI, 2011, p. 14–15), o que foi visto especialmente no campo das medidas de urgência, dos recursos e da execução.

É preciso salientar que a expressão *ondas de reforma* é vista no direito processual também por um outro contexto. Mauro Cappelletti e Bryan Garth⁶⁸ sustentam a existência de *três ondas* necessárias para uma reforma efetiva: a primeira visa o acesso à justiça, facilitando o direito de ação àqueles que não possuem condições (especialmente econômicas) de buscar o Poder Judiciário; a segunda onda diz respeito ao reconhecimento dos direitos coletivos (transindividuais) e a criação dos respectivos instrumentos para sua tutela; já a terceira onda objetiva a simplificação das formas processuais em nome da efetividade (RIBEIRO, A., 1999)⁶⁹.

À luz das reformas operadas no direito processual civil brasileiro, Teori Zavascki leciona que hoje, em virtude da ampliação dos direitos coletivos, é possível dividir os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes classes (2011, p. 21):

⁶⁸ Tais estudos estão enunciados em: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

⁶⁹ No mesmo sentido, cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 42–45; RIBEIRO, I., 2013.

a) instrumentos para tutela de *direitos subjetivos individuais*, que se subdividem em:

a1) instrumentos para tutela de direitos *tutelados pelo próprio titular* e cujo regramento básico encontra-se no Código de Processo Civil;

a2) instrumentos para tutela de direitos *tutelados coletivamente em regime de substituição processual*, como é o caso das ações civis coletivas e do mandado de segurança coletivo;

b) instrumentos para tutela de *direitos transindividuais*, como é o caso da ação civil pública, da ação popular e da ação de improbidade administrativa;

c) instrumentos para tutela do *ordenamento jurídico* abstratamente considerado, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade, mandado de injunção e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É de se observar, em coerência com o que já foi explicitado aqui, que as ações tendentes à tutela de direitos transindividuais são distintas das ações que tutelam direitos individuais coletivamente considerados, especialmente no que diz respeito à titularidade, que naquele caso é indeterminada – e, a rigor, não se está diante de substituição processual pois o bem jurídico é de todos e de ninguém ao mesmo tempo – e, na última situação, alguém assume a representação do grupo para fins processuais, substituindo a presença dos demais. Embora em ambos os casos exista uma ficção jurídica, nos interesses transindividuais o titular não é substituído até mesmo porque nem se sabe ao certo quem ele é (ou possa ser).

Retomando a evolução histórica para concluí-la, foi no ano de 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que a tutela coletiva viu seu último grande capítulo. É bem verdade que diversas outras alterações foram feitas, mas todas pontuais, adequando novos temas e aclarando a utilização da ação civil pública.

Há que se fazer menção, contudo, que está em fase de sanção o projeto do **novo Código de Processo Civil (CPC)**⁷⁰; embora esse novo Código seja vocacionado

---

⁷⁰ Na data de fechamento da presente pesquisa (21.12.2014), verificou-se que o Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010) encontra-se na fase da sanção presidencial tendo em vista sua aprovação final na Câmara dos Deputados em 18.12.2014.

para o âmbito da tradicional relação processual individualista, é de destaque a possibilidade de conversão de ações individuais em coletivas de acordo com o que estabelece o provisório art. 334:

Art. 334. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litis-consórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Essa conversão de ação individual em coletiva é feita por decisão interlocutória e será combatível por meio de Agravo de Instrumento (art. 1.028, XIV, *provisório*).

É de destaque, também, um novo⁷¹ poder-dever que se confere ao Juiz: verificando a existência de *diversas ações individuais repetitivas*, deve o magistrado oficial “o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados” previstos na Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor para, “se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva” (art. 139, X, *provisório*).

Embora não represente exatamente uma inovação, o novo Código de Processo Civil coloca entre as funções do Ministério Público e da Defensoria Pública temas de direito coletivo. Neste sentido, ao *Parquet* compete a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis” (art. 177, *provisório*). A Defensoria Pública, por sua vez, tem como atribuição “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita” (art. 185, *provisório*).

Se sancionados como estão, tais dispositivos criarão um peculiar sistema de diálogo entre as ações individuais e as ações coletivas – fato este que ensejará, por certo, uma série de novos estudos.

⁷¹ O art. 7º da LACP dispõe sobre função semelhante; porém não se tem visto seu uso na prática.

2.4. O microssistema de tutela coletiva

O direito brasileiro assenta-se, assim como em expressiva parte dos países da comunidade internacional, em postulados que derivam do direito romano; “somos um país filiado à família *civil law*, dos direitos codicísticos, onde o primado repousa na norma legal como fonte principal de direitos e obrigações (CF, art. 5º, II)” (MANCUSO, 2012, p. 57).

A lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente, nos nossos dias, a fonte primordial, quase exclusiva, do direito nos países da família romano-germânica. [...] As outras fontes aparecem, nesta análise, ocupando uma posição subordinada e de importância muito reduzida em confronto com a fonte por excelência do direito, constituída pela lei. (DAVID, 1998, p. 87).

Há, portanto, a necessidade da existência de leis em sentido estrito (atos normativos gerais e abstratos oriundos do Poder Legislativo) para que um certo direito seja tutelado, tanto do ponto de vista material (dizer *qual* é o direito) quanto do ponto de vista instrumental (dizer *como* se tutela aquele direito). Lidar com os direitos coletivos exige, por este ponto de vista, que se positive em leis tanto a enunciação de tais direitos sob o aspecto material quanto se crie mecanismos que os instrumentalize.

Conforme visto no tópico anterior, existe hoje no Brasil uma plêiade de leis que tratam de direitos coletivos, bem como de ações específicas para a sua tutela, como por exemplo a própria Lei da Ação Civil Pública. Porém, não há a sistematização do assunto em uma única lei, tal como acontece com outros ramos que possuem códigos e estatutos próprios nos quais as disposições gerais e principais estão reunidas em um único documento.

No campo do direito coletivo as normas se espalham em pelo menos três documentos bem distintos, que são a Lei da Ação Civil Pública, a Constituição da República e o Código de Defesa do Consumidor. Esse caráter disperso, contudo, não significa que o país seja jejum de um sistema organizado de processo coletivo; ao contrário, existe um verdadeiro sistema – coerente e organizado – que é chamado de *microssistema de tutela coletiva*, cujas linhas gerais serão a seguir desenhadas.

Antes, há que se falar das leis – mais especificamente, da forma como as leis são organizadas. Não obstante uma série de tentativas, inexistente atualmente um Código

de Processo Coletivo⁷²; o que mais foi longe parece ter sido o Projeto de Lei n. 5.139, de 2009, em tramitação na Câmara dos Deputados e sem qualquer movimentação legislativa desde 2010⁷³ – cujo texto, se aprovado como está, será extremamente danoso aos Direitos Sociais vez que impede, em sua literalidade, o manejo de ação civil pública tanto para benefícios previdenciários quanto assistenciais, representando a negação aos ditames de expansão da tutela coletiva expressos na Constituição da República e, pior ainda pela falta de lógica interna, contrariando os princípios que o próprio Projeto proclama em seu art. 3º (v.g., amplo acesso à justiça e participação social, duração razoável do processo, tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos, *etc.*)^{74, 75, 76}.

Embora os *códigos* tenham a mesma hierarquia que as leis ordinárias – aliás, são leis ordinárias quase sempre⁷⁷ –, eles representam um texto normativo com “sistematização orgânica delineada, que permita a reunião de um conjunto de normas uniformes e coerentes, propondo-se a disciplinar, de maneira durável e permanente, determinada matéria jurídica” (AZEVEDO, 2012, p. 115). São diferentes das *Consolidações*, textos normativos que tão somente organizam, de modo sistemático mas sem preocupação

⁷² Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. dão notícia da existência de quatro grandes projetos nesse sentido: **a)** *Código de Processo Coletivo Modelo para países de direito escrito*, elaborado em 2002 por Antonio Gidi; **b)** *Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*, elaborado pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual; **c)** *Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual*, elaborado pelo Instituto de mesmo nome, tendo como coordenadora inicial a professora Ada Pellegrini Grinover junto ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **d)** *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, elaborado em conjunto pelas Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA), coordenado pelo professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 65–66). Uma síntese dos referidos projetos pode ser encontrada em AZEVEDO, 2012, p. 119–112 e 125–127.

⁷³ Marcelo de Almeida esclarece que esse Projeto foi encaminhando em setembro de 2009 pela Comissão de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, mas que foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados; houve recurso no sentido de submetê-lo ao Plenário daquela Casa – e é este recurso que se encontra pendente desde 2010 (ALMEIDA, 2012, p. 28).

⁷⁴ O referido Projeto de Lei n. 5.139/09 é, em verdade, parte integrante da ideia de um Código de Processo Coletivo. Contudo, observa-se que a proposta é de algum modo confusa: o *caput* da lei enuncia que o Projeto objetiva disciplinar a “ação civil pública para a tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos”; o § 2º do art. 1º, por outro lado, expande os limites, dispondo que se aplicam as disposições daquela lei “às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos”. Daí em diante, aliás, presta-se o Projeto a tratar de ação coletiva como gênero.

⁷⁵ O dispositivo apontado é o § 1º do art. 1º do referido Projeto: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, *concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais*, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” (grifo nosso).

⁷⁶ Uma análise sobre a tramitação deste projeto é feita por Júlio Camargo de Azevedo (2012, p. 125–127).

⁷⁷ Exceção feita àquelas situações em que a Constituição da República exige Lei Complementar, como é o caso das normas gerais em matéria tributária (art. 146, III do texto constitucional).

orgânica ou principiológica, um conjunto de leis anteriores sobre um tema, reunindo-as num único texto. Exemplo clássico de Consolidação de leis é o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1.5.1943; Sérgio Pinto Martins, ao tratar do tema, afirma que:

Houve, portanto, uma reunião de normas esparsas que culminaram na CLT. Não se trata, assim, de um código, de algo novo, que iria instituir as normas de Direito do Trabalho, mas de uma consolidação, que vem justamente reunir a legislação esparsa sobre o tema existente no período anterior a 1943 e suas posteriores modificações. Um código importa a criação de um Direito novo, revogando a legislação anterior. A CLT apenas organiza e sistematiza a legislação esparsa já existente. (MARTINS, 2014b, p. 41–42).

Segundo Júlio Camargo de Azevedo, a característica mais importante dos Códigos é sua carga valorativa (axiológica), “o qual permite que todas as normas criadas para tutelar determinada matéria persigam, desde o seu nascimento, finalidades previamente instituídas”. Segundo o autor, isto equivale a dizer que os Códigos são detentores de uma *carga valorativa inaugural* que acompanha o surgimento de novas regras de forma que elas são inspiradas pelos valores consagrados previamente nos Códigos (AZEVEDO, 2012, p. 115–116).

Em relação a um mesmo tema, ao lado dos Códigos existem outras leis que com eles coexistem – são as chamadas *leis especiais*, ou *esparsas* ou *extravagantes*. Neste sentido, como exemplo no âmbito penal, coexistem com o Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, 7.12.1940) as leis de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072, de 25.7.1990) e de Entorpecentes (Lei n. 11.343, de 23.8.2006); no campo civil, ao lado do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002) estão as leis de Inquilinato (Lei n. 8.245, de 18.10.1991) e de alimentos gravídicos (Lei n. 11.804, de 5.11.2008). São chamadas esparsas pois são leis que regulam campos específicos (menores) dentro de um tema geral (maior). Ademais, “verifica-se que, nas leis extravagantes, não há uma preocupação sistêmica e orgânica com as regras jurídicas que compõem o seu texto, ao contrário do que ocorre com os Códigos” (AZEVEDO, 2012, p. 116).

Voltando a atenção para a tutela coletiva, a questão que se faz é a seguinte: se não há um Código, então como são organizadas as normas de direito coletivo?

A um primeiro olhar desatento, a resposta a tal questão é a de que tais normas *não* estão organizadas; por esta ótica, existiriam leis esparsas sobre temas pontuais,

cada uma tratando de um assunto dentro de uma esfera própria, incomunicável com outros diplomas. Contudo, tal leitura é deficiente e, na atualidade, equivocada. Nem mesmo os Códigos são tidos mais como objetos estanques, ensimesmados em torno de seus próprios conceitos – neles se observa o esforço para se estabelecer diálogos externos⁷⁸.

O que efetivamente se verifica no campo dos direitos coletivos é um complexo sistema de normas que, muito mais do que somente abordar temas pontuais de tutela coletiva, atualmente estabelecem um mecanismo interligado, que a doutrina chama de *microssistema de tutela coletiva*.

Esse fenômeno, aliás, insere-se num contexto mais amplo, que é o da *descodificação*, movimento caracterizado pela “preocupação em conferir uma mobilidade atraente aos sistemas legais, convidando-os a dialogar com a sociedade e com outros ramos do direito” (AZEVEDO, 2012, p. 116). É reflexo da descodificação a criação de *Códigos abertos*, diplomas flexíveis que dialogam com outras normas. Júlio Camargo de Azevedo afirma que são exemplos dessa nova mentalidade os *microssistemas legais*, os estatutos processuais e os códigos setorizados, “diplomas que, ao revés de se enclausurarem em suas próprias normas, admitem o diálogo com regras exteriores, maleabilizando o uso de seu procedimento às vicissitudes do litígio entre as partes” (AZEVEDO, 2012, p. 116). Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. falam em *policentrismo do direito contemporâneo*: esse formato em que vários centros de poder exigem leis diferenciadas, com a consequente harmonização sistemática também diferenciada (2013, p. 48).

Houve, assim, um deslocamento do monossistema clássico norteador do direito privado e dos códigos oitocentistas para uma nova realidade, composta por uma pluralidade de estatutos autônomos, dispostos a preservar os valores jurídicos fundamentais inalcançáveis pelo corpo legislativo monolítico. (AZEVEDO, 2012, p. 117).

Um microssistema é, como o próprio nome sugere, um sistema especial que funciona dentro de um outro sistema, maior e mais complexo. Pode ser definido como “a instrumentalização harmônica de diversos diplomas legais [...] destinados ao trato particular de determinada matéria, cuja amplitude e peculiaridade exijam aplicação conjunta dos comandos normativos para efetiva aplicação de seus ditames” (AZEVEDO, 2012,

⁷⁸ “A ideia de Código como sistema fechado, estanque, insensível a outros diplomas normativos a sua volta, sofreu determinada flexibilização ao longo da evolução da produção legislativa. Aquela concepção de Código completo, fechado e inflexível, que predominava sobre os Códigos oitocentistas, passou a conceder espaço a um sistema muito mais buliçoso, móvel, atento às mudanças sociais e influenciado pela necessidade de conferir respostas mais justas e adequadas aos clamores populares”. (AZEVEDO, 2012, p. 116).

p. 117). No caso em análise, o microssistema de tutela coletiva é um sistema de tutela (portanto, um sistema processual) que pulsa dentro do sistema processual civil. Contudo, não é um sistema que logra os mesmos resultados nem rege-se pelos mesmos preceitos do direito processual civil comum – daí porque se afirma que um microssistema é especial em relação ao sistema geral. “Revela-se, desta forma, que o Código de Processo Civil perdeu sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 55).

Aliás, o Código de Processo Civil é apontado pela doutrina como instrumento residual – e não subsidiário – do microssistema de tutela coletiva; apenas se não houver solução adequada dentro do microssistema é que se irá buscar dispositivo no Código de Processo Civil⁷⁹. “Nesta conformação de ideias, temos o CPC como mero diploma residual, seu efeito sobre o processo coletivo deve ser sempre reduzido, evitando disciplinar as demandas coletivas com institutos desenvolvidos para os processos individuais” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 56). Na Lei da Ação Civil Pública, o art. 19 indica que deve ser aplicado o CPC “naquilo em que não contrarie suas disposições”. Colabora com essa característica residual o disposto no art. 22 da Lei da Ação Popular: “aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, *nem a natureza específica da ação*” – ou seja, normas de cunho individualístico constantes no CPC não podem ser aplicadas às ações populares pois são diferentes em sua *natureza específica*. É de se lembrar que a Ação Popular integra o microssistema de tutela coletiva e, portanto, o mencionado art. 22 irradia-se para todo o sistema coletivo.

Identifica-se como elemento de união das normas de tutela coletiva o **Código de Defesa do Consumidor** – mais especificamente seu Título III, “Da defesa do consumidor em juízo”. Isto porque nele encontram-se normas conceituais (v.g., o já mencionado art. 81, que estabelece o conceito jurídico dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) e procedimentais gerais (v.g., questões relativas à execução e à coisa julgada coletiva). Ademais, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que suas disposições surtirão efeitos também quando for o caso de ação civil pública, o que amplia o âmbito da tutela do direito do consumidor para virtualmente qualquer

⁷⁹ Neste sentido, cf.: **a)** DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 55–56; **b)** AZEVEDO, 2012, p. 118.

direito coletivo (art. 90, CDC)⁸⁰. É por tudo isso que se coloca o Código de Defesa do Consumidor num lugar de destaque dentro do microssistema de tutela coletiva.

Mas ele não está sozinho. A **Lei de Ação Civil Pública** é o principal instrumento de tutela coletiva; Rodolfo Mancuso sustenta que ela é o *parâmetro processual básico* para a tutela de interesses coletivos (2012, p. 61). Deste modo, estando o Código de Defesa do Consumidor a regulamentar as questões gerais e a Lei da Ação Civil Pública a disciplinar o processamento da mais importante ação coletiva, não é difícil de afirmar, acompanhando a imagem ilustrativa criada por Júlio de Azevedo, que ambos os diplomas constituem o *coração* do microssistema de tutela coletiva:

Se possível imaginar que o microssistema de processo coletivo fosse um corpo humano – o que não é difícil dada a complexidade e interligação de seu sistema – ousar-se-ia dizer que a LACP e o CDC seriam o coração deste corpo, porquanto, assim como o referido órgão muscular se responsabiliza pela troca de sangue venoso e arterial e os bombeia a todas as extremidades do organismo, ambas as leis realizam uma comunicação incessante entre seus institutos, permitindo que suas regras alcancem outras legislações que compõem o microssistema de processo coletivo. Sem o coração, o corpo restaria morto, sem a LACP e o CDC, não haveria tutela coletiva. (AZEVEDO, 2012, p. 118–119).

Não se pode esquecer que a **Constituição da República** também integra esse microssistema – e o faz de modo especial. É bem verdade que todas as leis devem respeito ao texto constitucional, até mesmo porque caso elas afrontem a Constituição serão tidas por inconstitucionais e, por isso, expungidas do ordenamento. Há, de algum modo, certa ligação de toda e qualquer norma com a Constituição. Mas aqui a relação é mais intensa: a própria Constituição exige e elenca mecanismos de tutela coletiva e, assim, alguns fundamentos são retirados *ipsis litteris* de sua redação, *v.g.*, as garantias fundamentais do mandado de segurança coletivo e da ação popular, ou a previsão da ação civil pública ou, ainda, a tutela do meio ambiente em sua dimensão difusa (respectivamente, arts. 5º, LXX, LXIII; 129, III; 225, *caput*). Desse modo, mais do que um fundamento abstrato e formal, a Constituição da República integra o rol de diplomas que compõem o microssistema de tutela coletiva.

⁸⁰ É de se anotar que o CDC, além de dispor textualmente que será aplicado à ação civil pública (art. 90), fez incluir na LACP um novo artigo, que passou a ser o art. 21, com igual sentido (de que o CDC aplica-se às Ações Civil Públicas), para deixar claro em ambos os diplomas legais o diálogo que existe entre ambos. À esta técnica de redação legislativa – em que se constroem referências cruzadas de uma lei em outra e vice-versa – a doutrina dá o nome de *normas de reenvio*. A questão é enfrentada, dentre outros autores, por Daniel Ferreira de Lira e Livia Barbosa Nunes (LIRA; NUNES, 2012).

Ao lado destes diplomas, a doutrina – e mesmo a jurisprudência – tem identificado outras leis que, pelo seu conteúdo coletivo, integram-se ao microssistema de tutela coletiva, a ele emprestando conceitos e mecanismos e dele extraindo soluções. Algumas delas ligam-se ao microssistema pela aderência explícita que têm com a ação civil pública, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90); outras pela tutela de interesses nitidamente metaindividuais, v.g., a Lei da Ação Popular e de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92).

Desse modo, é possível afirmar que o microssistema é formado por normas que têm por objeto a tutela de direitos coletivos, destacando-se a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Popular e a Constituição da República de 1988. Mas, também, é composto por outras normas, bastando, para isso, que tratem de direitos coletivos. Nesse sentido, todos os diplomas que veiculam as *várias* ações civis públicas existentes⁸¹ são normas integrantes do microssistema de tutela coletiva, bem como as leis posteriores que ampliaram os textos originais.

Exemplo disso é o caso da tutela de direitos ligados às pessoas portadoras de deficiência: a Lei n. 7.853, de 24.10.1989 (Lei da Política Nacional da Pessoa com Deficiência) estabelece, em seu art. 3º, que é possível o ajuizamento de ação civil pública destinada “à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência”; posteriormente, uma série de leis foram editadas na área, sendo de destaque as Leis n. 10.048, de 8.11.2000 (que estabelece atendimento prioritário às pessoas com deficiência), 10.098, de 19.12.2000 (que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência) e 10.216, de 6.4.2001 (que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais). Todas essas leis ampliaram não só o conceito jurídico de deficiência como, também, alargaram o espectro de direitos, ampliando as possibilidades daquela ação civil pública ajuizada com base no art. 3º da Lei de Política Nacional, muito anterior à estas leis mais recentes. Nesse sentido, todas as referidas normas integram o microssistema de tutela coletiva, muito embora integrem com vistas a ampliar o objeto coletivo (e não os mecanismos propriamente ditos). Não causa espanto, portanto, observar que o único tratado internacional até hoje aprovado com *status* de Emenda Constitucional (em observância ao art. 5º, § 3º da Constituição da República de 1988) integre o microssistema de

---

⁸¹ Cf. item n. 2.3.2, especialmente p. 71.

tutela coletiva por esta via que fornece elementos materiais para a tutela coletiva: é o caso da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também conhecida como Convenção de Nova York, assinada pelo Brasil em 2007 e promulgada em nosso país pelo Decreto n. 6.949, de 25.8.2009.

Esta característica fluida do microsistema de tutela coletiva é possível graças à sua própria formação, que foi aglutinando com o tempo dispositivos esparsos em torno do ideal comum dos direitos coletivos. Em razão disso, Júlio de Camargo Azevedo ensina que o caráter dinâmico e flexível do microsistema de processo coletivo vem dessa *intertextualidade sistêmica* (AZEVEDO, 2012, p. 119).

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam que existe entre as normas do microsistema intensa *comunicação*, o que faz com que os textos tenham *atualidade* e *organicidade* (2013, p. 54). Esse *diálogo sistemático de coerência* entre as normas do microsistema é fruto da teoria do diálogo das fontes que, como lembram os referidos autores, foi desenvolvida por Erick Jaime e, no Brasil, por Cláudia Lima Marques, e tem por objetivo a harmonia e a integração das diversas leis envolvidas, de modo que na aplicação de duas ou mais normas simultâneas, uma serve de *base conceitual* para a outra (2013, p. 126). Identifica-se, em razão disso, a existência do que a doutrina chama de *princípio do microsistema*⁸².

Na jurisprudência, é de destaque o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Recurso Especial n. 510.150, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux, no qual não apenas se identificou a existência desse microsistema como, ainda, foram indicadas outras normas que o integram⁸³:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um *microsistema* de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, *interpenetram-se e subsidiam-se*. (grifo nosso).

Em outra passagem, no julgamento do Recurso Especial n. 1.177.453, o relator, Ministro Mauro Campbell, afirmou que o microsistema de tutela coletiva exerce

⁸² Neste sentido, cf.: **a)** DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 126–127; **b)** LIRA, 2012; **c)** SANTOS, E., 2012, p. 68–69.

⁸³ Cf., no Anexo, Julgado n. 5, p. 153.

atração a todas as demandas de cunho coletivo, o que fez com que no caso concreto daquele julgado (em que se discutia questões relativas ao sistema público de saúde) fosse necessária a leitura conjugada (nas palavras do Ministro: *a leitura sistemática e teleológica*) das Leis de Ação Popular e da Ação Civil Pública para se chegar ao melhor resultado possível. Ainda, é possível se extrair do voto do relator que o microssistema de tutela coletiva é formado *basicamente* – mas não apenas – pelas Leis da Ação Popular, da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor⁸⁴.

A lição que se extrai é que as soluções nas demandas coletivas devem ser extraídas a partir das normas que integram o microssistema de tutela coletiva, afastando-se, tanto quanto seja possível, do direito processual comum (individual) em favor de uma decisão coletivamente mais acertada. Essa é a solução que a doutrina assinala e que em recentes decisões tem-se visto⁸⁵.

Deste modo, sempre que no regramento básico de um determinado tema (v.g., direito do consumidor) ou instrumento (v.g., ação civil pública) não se encontrar a resposta a um determinado problema jurídico, deve-se partir em busca da solução mais adequada *dentro* do microssistema, vale dizer, integrando-se a lacuna com os demais diplomas de direito coletivo; as respostas vindas de *fora* do microssistema somente devem ser aceitas após a verificação interna. Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. até sugerem um *iter* processual para se localizar a resposta a uma dificuldade em tutela coletiva:

Para solucionar um problema de processo coletivo, em uma ação civil pública, o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico da ACP (Lei Federal n. 7.347-1985). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos⁸⁶). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos identificar a *ratio* do processo coletivo para melhor resolver a questão. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 56).

Na atualidade o microssistema de tutela coletiva já avança tanto que a doutrina chega, inclusive, a reconhecer nele certos princípios especiais, que não se

⁸⁴ Cf., no Anexo, Julgado n. 6, p. 154.

⁸⁵ A título de exemplificação, acresce-se o REsp n. REsp 1.070.896; cf., no Anexo, Julgado n. 7, p. 156.

⁸⁶ Os autores sustentam que o Título III do Código de Defesa do Consumidor funciona, em razão de seu caráter aberto e geral, como um *Código de Processo Coletivo Brasileiro* – daí porque utilizam tal expressão ao se referir à esta parte do Código consumerista (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 49–52).

confundem com princípios do processo civil individualístico. Nesse sentido, Enoque Ribeiro dos Santos enumera quase vinte princípios aplicáveis ao microssistema, dentre os quais destacamos o *princípio da não taxatividade da ação coletiva*, o da *máxima efetividade do processo coletivo* e o da *máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva* (SANTOS, E., 2012, p. 54–70). Outros autores igualmente destacam a existência de princípios coletivos⁸⁷.

Oportuno lembrar, também, que o Projeto de Lei n. 5.139, de 2009 – que reformula a Lei da Ação Civil Pública mas que, na essência, pretende ser um Código de Processo Coletivo, conforme visto no início do presente tópico –, abre um capítulo para os para o tema:

CAPÍTULO II DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

- I - amplo acesso à justiça e participação social;
- II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;
- III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;
- IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;
- V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;
- VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;
- VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;
- VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e
- IX - preferência da execução coletiva

A existência de princípios reforça ainda mais a ideia de que o microssistema de tutela coletiva existe, diferencia-se do processo civil comum (apegado a direitos individuais) e deve ser utilizado adequadamente, sob pena de se emprestar solução estranha ao campo dos direitos coletivos.

⁸⁷ Neste sentido, cf.: **a)** DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 114–137; **b)** ALMEIDA, 2012, p. 37–42; **c)** LIRA, 2012.

2.5. O Direito Previdenciário como um direito coletivo

A Previdência Social é, sem dúvida, um direito fundamental intimamente ligado à dignidade humana, conforme visto⁸⁸. Sua matriz constitucional evidencia sobremaneira essa característica. Sua organização é feita pelo Estado e está lastreada em princípios como o da legalidade, publicidade dos atos administrativos, igualdade de tratamento, *etc.* Visa o atendimento indiscriminado de pessoas, desde que estas estejam dentro de critérios prévios estabelecidos pela lei.

É, assim, um sistema que, do ponto de vista ideal, pressupõe igualdade. E, ao falar em igualdade, é imperativo que sejam observadas as particularidades de cada indivíduo envolvido, de modo a se maximizar a ideia de que *se deve tratar os desiguais de modo desigual na medida de suas desigualdades* – ou seja, para que se saiba o que é *igualdade*, é necessário descobrir as *desigualdades* entre as pessoas. E isso tudo é feito por meio de normas gerais e abstratas – as leis – que escolhem pessoas ou grupo de pessoas para proteger.

Embora os comandos legais sejam gerais e impessoais, uma hora eles se individualizam: isso se dá no momento em que pessoas específicas procuram seus benefícios junto ao Estado-providência. Para estas pessoas pouco importa a generalidade e impessoalidade da lei: ou se tem o benefício ou não; ou se está protegido ou não.

A situação é claramente individual. Os reflexos da proteção serão sentidos somente por aquele indivíduo ou, no máximo, por ele e sua família, considerando que no caso específico da Previdência Social toda a proteção é feita por meio de benefícios pecuniários que, idealmente, são utilizados em prol do sustento do próprio segurado e de seu grupo familiar. Do mesmo modo, eventual descompasso entre o que a lei determina (ou o caso exige) e a maneira como o benefício foi ou não foi concedido merece reparos por iniciativa do próprio interessado (quer pela via administrativa, quer pela judicial). É questão que atinge aquele segurado e que, portanto, é ele quem deve buscar o reparo.

Contudo, é de se lembrar que, na atualidade, o ordenamento jurídico tem envidado esforços para a solução de questões por um prisma coletivo, transindividual. E na

---

⁸⁸ Cf. item n. 1.2, p. 20.

Previdência Social temos potencialmente a possibilidade de problemas coletivos – vários, aliás. Sendo um sistema de prestações destinadas a pessoas específicas, basta a existência de comando truncado, um ruído na comunicação, para que uma série de pessoas tenha seus direitos sociais violados, frustrando em consequência os interesses de todas elas a um só tempo. Aqui se inverte a discussão: não se está mais diante de um indivíduo isolado que tem seu direito preterido mas, ao contrário, de toda uma coletividade que é lesada de uma única vez.

É preciso, pois, que o Direito Previdenciário seja também visto de uma forma diferenciada, através desse prisma de direito coletivo. Isto é possível, inclusive, por sua relativa mocidade, ainda longe de uma completa cristalização que o torne estanque e imutável – aliás, nenhum direito, nem mesmo os mais consolidados são imutáveis. Embora hoje o Direito Previdenciário possua autonomia e esteja, em termos teóricos, com grande nível de especialização, seu estudo é recente se comparado a ramos mais tradicionais do Direito, como Direito Civil e o Direito Penal. Costuma-se apontar como marco inicial do Direito Previdenciário no Brasil a edição do Decreto n. 4.682, de 24.1.1923, conhecida como Lei Eloy Chaves⁸⁹. É um ramo de estudo que, portanto, tem no Brasil menos de um século de existência.

E, mesmo assim, tal marco inicial é mais teórico que efetivo: a Lei Eloy Chaves criava um sistema de proteção social restrito, destinado apenas aos empregados de empresas ferroviárias. Este formato de Previdência setorializada, criada uma para cada categoria ou setor da economia, foi uma realidade brasileira até a década de 1960; a universalização e centralização somente foi implementada num modelo próximo ao de hoje em 1966, com a edição do Decreto-Lei n. 72 (22.11.1966), que criava o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (MARTINS, 2014a, p. 13). Até então, a cobertura e o gerenciamento do sistema era feito por meio de diversas entidades, sem ligação jurídica entre elas. Por esta perspectiva, identifica-se que é um ramo que apresenta um formato mais efetivo, mais moderno, há apenas cerca de 50 anos.

Se for considerado o fato de que a Constituição de 1988 criou um sistema absolutamente novo, quase que implodindo a sistemática anterior, então é um instituto com menos de 30 anos de idade efetiva. Cláudia Maria da Costa Gonçalves afirma que os

---

⁸⁹ Neste sentido, cf.: **a)** MARTINS, 2014a, p. 8 e 29; **b)** NEVES, 2012, p. 18.

direitos sociais passam a ter *centralidade* nas discussões de políticas públicas a partir das décadas de 1970 e 1980, em razão da má distribuição de rendas e da existência de grandes desigualdades regionais e sociais (GONÇALVES, 2010, p. 162) – o que também confirma a ideia da existência de um estágio de *maturidade* para o direito previdenciário apenas a partir de 1988.

Neste mesmo tempo, a sociedade tem visto a desconstrução das formas tradicionais sobre as quais se assentava no passado recente; no Direito, conforme visto, esse fenômeno é especialmente visto pela análise dos processos de massa, das ações repetitivas, da despersonalização das relações entre particulares e, de todo modo, pela coletivização dos conflitos. Se podemos falar em um Direito Previdenciário mais efetivo há, no máximo, 50 anos no Brasil, esses mesmos 50 anos acompanharam uma série de rápidas mudanças, ainda não totalmente sintetizadas pelo Direito – quer enquanto ciência, quer enquanto conjunto de normas jurídicas.

Não deve haver, assim, qualquer dificuldade em se repaginar o Direito Previdenciário para extrair dele matizes de direito coletivo. Resta saber a qual grupo (ou a quais grupos) ele pertence – se difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo.

Inicia-se, assim, afirmando que os direitos coletivos em sentido amplo não são tratados em listas fechadas mas, antes, são extraídos das realidades sociais. Ao lado do que já foi dito, é de se destacar as palavras do Ministro Celso de Mello por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n. 163.231⁹⁰:

Na real verdade, a *complexidade* desses múltiplos interesses *não permite* sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos e coletivos *não comportam* rol exaustivo. *A cada momento*, e em função de *novas* exigências impostas pela sociedade moderna e pós-industrial, evidenciam-se *novos* valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se revela necessária e inafastável. Os interesses transindividuais, por isso mesmo, são *inominados*, embora haja alguns, *mais evidentes*, como os relacionados aos direitos do consumidor *ou* concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural. (grifo no original)

Desse modo, para se dizer que um interesse ou direito é coletivo – qualquer que seja a sua classificação (difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo) – é necessário que se proceda à investigação de suas características. Ele deve,

---

⁹⁰ Cf., no Anexo, Julgado n. 4, p. 151.

de toda sorte, ter a vocação à transindividualidade, vale dizer, transcender aos limites do indivíduo para, de algum modo, atingir um grupo. Isto porque os direitos transindividuais são essencialmente *solidários*; neles se concebe o ser humano como integrante de um todo, como participante da humanidade.

E aqui se tem uma primeira aproximação com o Direito Previdenciário: este ramo também funda-se na solidariedade, especialmente identificada, no caso brasileiro, pelo princípio regente da República consagrado no art. 3º, I da Constituição de 1988.

A ligação é construída a partir das seguintes constatações: a) afirma-se que é objetivo do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária* (art. 3º, I); b) verifica-se que a Previdência Social é um *direito social* (art. 6º), inserido no contexto da *ordem social* que tem por finalidade a promoção do bem-estar e justiça sociais (art. 193); c) ainda, que a Previdência Social é parte integrante da Seguridade Social, que compreende um conjunto integrado de *ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade* (art. 194). Ora, quando a Constituição propõe a atuação conjunta dos Poderes Públicos e da sociedade isto não é outra coisa senão a solidariedade na construção do próprio Estado – e mesmo de construção da sociedade. É por este motivo que se identifica como princípio implícito da Seguridade Social a solidariedade. Nas palavras de Sérgio Pinto Martins:

Ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as *pessoas do grupo* necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do *grupo*. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, *todas as outras continuam contribuindo* para a cobertura do benefício do necessitado. (MARTINS, 2014a, p. 59, grifo nosso).

Deve-se ser destacado, a partir do trecho acima, que a Seguridade Social forma-se em torno da ideia de grupo – o que, evidentemente, não ocorre com os direitos fundamentais de primeira geração que, ao contrário, buscam isolar o indivíduo por meio de sua inserção em uma espécie de esfera proteção individual (inatingível e impenetrável). Mais ainda: os direitos sociais são dessa ordem, objetivam um certo *grupo social*.

De outro lado, conforme também foi visto anteriormente, no campo dos direitos fundamentais a solidariedade surge com vistas a garantir a proteção de interesses e direitos que ao mesmo tempo pertencem a todos, mas que são insuscetíveis de apropriação individual; são os *direitos difusos*, típicos da terceira geração de direitos fundamentais. Foi

dito, também, que as gerações não se excluem mas, antes, completam-se; deve existir entre elas um diálogo de tal modo que se maximize reciprocamente seus fundamentos.

Desse modo, há que se buscar a interação *entre* os direitos sociais e os direitos difusos. A um primeiro momento são categorias estanques, ensimesmadas em objetivos diversos: a primeira com vistas ao bem-estar e à justiça sociais; a segunda com aspirações transcendentais, que identificam a necessidade de proteção da coletividade abstratamente considerada. Ora, de um modo muito direto, o *bem-estar social* já objetiva a proteção da coletivamente abstratamente considerada na medida em que não se pode falar que o bem-estar social somente é garantido a grupos em situação de risco social; ao contrário, é adjetivo que deve ser fruído por toda a sociedade. Há, portanto, forte carga abstrata e transcendente (em relação ao indivíduo) nesse conceito.

De outro lado, conforme também se viu, *difuso* é aquele direito ou interesse em que não se identifica, com precisão, quem lhe promove ou lhe requer. Nas liberdades clássicas, sabe-se quem é o sujeito que exige a abstenção do Estado; nos difusos, ainda que seja possível a reivindicação individual, o tema interessa e aproveita a todos. São difusos não por se localizarem num estrato intangível do conhecimento humano mas, sim, pela sua titularidade, que é indeterminada.

Voltando para o tema previdenciário: quando a Constituição exige a participação de *todos* para a organização da Seguridade Social e, em contrapartida, oferece a *todos* esse mecanismo de proteção, se está inegavelmente diante de um grupo difuso de pessoas. É bem verdade que os instrumentos de Seguridade Social variam em relação ao critério de universalidade (que, conforme foi tratado, é muito mais amplo na Saúde que na Previdência ou na Assistência Social); mas, em todos os casos o que se observa é, do ponto de vista jurídico, uma massa de pessoas indeterminadas, potencialmente credoras de um sistema social. As questões de Seguridade Social são, assim, difusas e, portanto, sua promoção ou seu ataque são temas que interessam e atingem a todos.

Reitere-se que tal leitura somente é possível a partir dos direitos fundamentais – e, mais que isso, somente se o Direito Previdenciário for enxergado com o um verdadeiro direito fundamental que exigem, por conta disso, proteções nas mais variadas formas.

Acresce-se a isso o fato de que mesmo nos aspectos mais concretos, o Direito Previdenciário cria grupos de pessoas: existe um grupo de segurados (o conjunto de pessoas que, em razão da contribuição, estão vinculadas ao sistema); um grupo de beneficiários (segurados e dependentes que podem, em tese, fruir certos benefícios); um grupo de aposentados (pessoas que, pelo preenchimento dos requisitos legais têm direito ao benefício de aposentadoria); *etc.* Nesse sentido, é o exemplo de Ada Pellegrini Grinover:

Os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. *Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível.* Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade, compartilhando de suas necessidades e seus anseios. (GRINOVER, 1999, grifo nosso).

Do ponto de vista jurídico, tais grupos são fortemente coesos pois qualquer alteração – vantajosa ou negativa – atinge a todos de modo uniforme. Por exemplo: se a autarquia previdenciária, por meio de interpretação equivocada, amplia ou restringe a forma de cálculo de um certo benefício, este é um fato que se espraia por um grupo expressivo de pessoas; pode atingir a casa dos milhares de segurados, a depender do tema. Não obstante haja um reflexo para cada segurado (individualmente), o que se vê, para além disso, são consequências que afetam todo o grupo. É certo que João irá sofrer menos que Maria que, ao seu passo se prejudicou menos que Pedro em razão da renda sua aposentadoria ser praticamente toda comprometida com a compra de medicamentos; mas o que se percebe, no coletivo, é que o grupo desses beneficiários deixará de receber *x* por cento em razão de um erro no cálculo de atualização monetária daquele ano.

Cumpre, agora, procurar localizar o Direito Previdenciário dentro dos direitos coletivos em sentido amplo. Conforme tratado, e seguindo a disciplina do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, três são as categorias de que proporcionam a tutela coletiva de direitos: a) direitos difusos; b) direitos coletivos *stricto sensu*; c) direitos individuais homogêneos. É dentro dessa classificação que o Direito Previdenciário, na visão que se propõe coletiva, precisa ser localizado.

De plano, não parece que o Direito Previdenciário seja um *direito difuso* propriamente dito. Isto porque nos direitos difusos a indeterminação dos titulares é

absoluta – ao passo que, embora seja difícil na prática, no Direito Previdenciário é possível se chegar ao número total de segurados, de beneficiários, de pensionistas, *etc.* A *difficuldade* na determinação não significa *indeterminação* dos sujeitos. Ademais, o elemento de ligação entre os titulares de um direito difuso é uma circunstância de fato; não parece existir um fato que una segurados em torno de um grupo comum mas, sim, uma relação jurídica.

Restam, portanto, os direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. E aqui se está diante de intensa dificuldade.

A doutrina e a jurisprudência – no pouco que se tem dito sobre o assunto – costumam afirmar que o Direito Previdenciário deve ser tutelado na perspectiva coletiva como direito individual homogêneo. Neste sentido:

Os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em litisconsórcio por afinidade (art. 46, IV, CPC). Podem, ainda, ser objeto de ações individuais propostas pelas vítimas isoladamente [...]. Essas “causas repetitivas” são exatamente as causas individuais propostas por vítimas isoladas ou em litisconsórcio, que se acumulam no Judiciário. São *exemplos as causas previdenciárias* (reajustes de benefícios previdenciários), tributárias (não pagamento de determinado tributo), consumeristas (não aplicação de determinada cláusula abusiva de um contrato-tipo), *etc.* (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2013, p. 84, grifo nosso).

Na jurisprudência, extrai-se do julgamento do Recurso Especial n. 702.607, pelo Superior Tribunal de Justiça, que “os interesses são homogêneos, tendo em vista o debate de uma ampla classe de segurados da Previdência Social, onde se tem um universo indeterminado de titulares desses direitos”⁹¹.

Relembrando o que foi exposto, os direitos individuais homogêneos são direitos essencialmente individuais que, de modo acidental (casuístico) se tutelam pelo viés coletivo. Os titulares são determinados e sua tutela se dá num aspecto de soma: são direitos divisíveis, sendo que o direito de um titular não se confunde com o de outros.

O Direito Previdenciário, sem dúvidas, parece preencher esses requisitos; um segurado é titular de uma porção específica de um direito que se confunde com aquilo que cabe aos demais; o que une os diversos titulares é a origem comum das pretensões, fundadas nas mesmas reivindicações jurídicas.

⁹¹ Cf., no Anexo, Julgado n. 8, p. 156.

Contudo, não se duvida que o Direito Previdenciário também possa ser encarado com um direito coletivo *stricto sensu*; e isso se faz essencialmente em vista da existência de uma relação jurídica base que faz com que todos os segurados estejam ligados ao órgão previdenciário (INSS) por meio dela. Todos os segurados ligam-se à Previdência Social por meio de uma relação jurídica (bilateral, pois fundada no direito passivo de contribuir e no direito ativo de receber benefícios diante de certas contingências); desse modo, todos os segurados têm em comum a mesma relação jurídica com a Previdência Social.

Contudo, o tema merece melhor aprofundamento, tendo em vista que, ao que tudo indica, ainda nada foi produzido, em termos doutrinários, nesta seara.

De todo modo, conforme se verá adiante, qualquer direito coletivo em sentido lato (incluindo os direitos individuais homogêneos) admitem a tutela pela ação civil pública; assim, pelo critério da *admissibilidade*, pouco importa se são coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos: caberá ação civil pública para a tutela de direitos previdenciários. É certo que num ou noutro caso os reflexos são distintos; mas para fins de possibilidades, admite-se a tutela pelo viés coletivo.

3. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Conforme visto na evolução histórica (item n. 2.3.2, p. 67), a ação civil pública surgiu em nosso ordenamento jurídico em 1985, com a edição da Lei n. 7.347, inicialmente destinada à tutela de direitos transindividuais e, posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, também passou a instrumentalizar pretensões no campo dos direitos individuais homogêneos. É de destaque, ainda, a menção que a Constituição da República faz à esta ação, em seu art. 129, III, o que lhe dá assento privilegiado no quadro geral das ações, por ser uma ação constitucional:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a *ação civil pública*, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (grifo nosso)

Cumpre, agora, investigá-la em minúcias, o que será feito a partir do estudo não só da própria Lei da Ação Civil Pública, como, também, dos dispositivos do microsistema de tutela coletiva que lhe são aplicáveis.

3.1. Aspectos gerais da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85)

De início, observa-se que a Lei da Ação Civil Pública (LACP) tem a seguinte ementa (ou *caput*): “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências”.

O texto, em verdade, sofreu alterações por força de veto presidencial, vez que na redação do Projeto de Lei⁹² a ementa consignada, ao final dos direitos que elenca, a expressão “assim como a qualquer outro interesse difuso”. Tal alteração, assim como o veto a outros dispositivos que na redação do Projeto continham semelhante menção⁹³, foi assim justificada na mensagem de veto:

---

⁹² Na Câmara dos Deputados (casa de origem), tramitou como Projeto de Lei (PL) n. 4984, de 1985. Já no Senado Federal, tramitou como Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 20, de 1985.

⁹³ Além da ementa, foram vetados no Projeto os arts. 1º, IV; 4º; e 5º, II.

As razões de interesse público dizem respeito precipuamente a insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão “qualquer outro interesse difuso”.

A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do Projeto mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente.

É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social.

É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais.

Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislador, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa.

Estas as razões de interesse público que me levaram ao veto parcial e que ora tenho a honra de submeter à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional. (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1985).

A Mensagem de Veto deixa transparecer que os direitos difusos eram, naquele tempo da aprovação da lei, uma categoria de interesses ainda desconhecida. Pelo temor de se aceitar novas dimensões desconhecidas – com *amplíssima e imprecisa abrangência*, nas palavras do Presidente da República –, foram admitidos apenas os interesses coletivos explícitos que a lei carregava, a saber, aqueles relativos ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Expressão representativa desse medo em se inserir uma cláusula de abertura é o trecho da Mensagem de Veto em que se afirma que a amplitude da expressão vetada (*qualquer outro interesse difuso*), mostrava-se, naquele “momento de nossa experiência jurídica, inconveniente”.

A *inconveniência* foi superada e, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor reinseriu, na Lei da Ação Civil Pública, a cláusula de abertura – e o fez, aliás, de modo ampliativo: ao lado dos direitos difusos, consagrou também os coletivos, com a redação “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Superou-se, assim, o medo do passado, e com vantagens. A ementa da lei, contudo, ficou sem a cláusula de abertura, fato este que, evidentemente, em nada impede o reconhecimento de novos direitos; faz-se o registro porquanto o legislador deixou de enunciar, já logo de início, que a ação civil pública é um instrumento aberto, vocacionado para uma série bastante numerosa de direitos que não apenas aqueles carimbados na ementa.

Em razão disso, pode-se afirmar que o rol de temas (objetos) da ação civil pública constante no art. 1º da LACP é exemplificativo. Ali estão temas que em razão de sua importância – ou pela necessidade de serem afirmados – foram textualmente reforçados; isto não afasta a existência de outros direitos, que serão abrangidos sob a cláusula geral, como “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Cumprido, agora, tratar do significado da expressão *ação civil pública*.

Ação, de acordo com tradicionais lições de direito processual, é um *direito*; é o “direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 249). Ela não se confunde com o *processo*, que é o *instrumento* pelo qual se exerce o direito de ação; “a ação provoca a jurisdição, que se exerce através de um complexo de atos, que é o processo” (SANTOS, M., 1990, p. 143). Sergio Pinto Martins lembra que o direito de ação é assegurado pelo art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988 (2011, p. 201).

Teori Zavascki ensina que em geral a denominação das ações tem ligação com a pretensão material que nelas se veiculam. Assim, por exemplo, a ação de consignação em pagamento dedica-se à tutela do direito material de pagar em consignação e, com isso, obter-se a quitação; a ação de depósito destina-se a obter a entrega do bem depositado, *etc.* Em outros casos, o *nomen juris* liga-se com a providência instrumental pedida, como é o caso do interdito proibitório e do mandado de segurança, ambas ações nomeadas em função daquilo que se espera obter em juízo. Menos frequentemente, algumas ações são chamadas em razão da titularidade ou do modo de legitimação ativa – fato este que acontece no processo penal, mas pouco no processo civil; é o caso da ação popular, em cujo nome se destaca que a titularidade é de alguém do povo (ZAVASCKI, 2011, p. 54).

Na ação civil pública, as duas primeiras classificações não se aplicam: a partir da expressão *civil pública* não se chega nem ao direito material pretendido, nem à providência que se espera. Contudo, tal como acontece nas ações penais, a expressão ação civil pública indica a legitimação ativa – indicação esta que vem a partir do vocábulo *pública*:

Fazendo contraponto com as ações (civis) “privadas”, isto é, propostas por particulares, em defesa de seus próprios interesses privados, a ação civil pública tem como titular ativo o

Ministério Público ou outro ente eleito pelo legislador, a quem cabe tutelar não direito próprio seu (= particular), e sim direito pertencente a uma coletividade indeterminada de pessoas. (ZAVASCKI, 2011, p. 54).

Há, neste ponto, grandes imbricações entre os termos *civil* e *pública*. Dizer que a ação é *civil* implica que ela *não* seja penal. Rodolfo Mancuso ensina que num critério geral, as ações bifurcam-se em *ações civis* e *ações penais*. Sustenta o autor que, tradicionalmente, as ações são civis quando veiculam pretensão que não ultrapassa os interesses privados (mesmo nos casos em que a ação versa sobre direitos públicos⁹⁴); já a ação penal é aquela pela qual se veicula uma pretensão punitiva tipificada no Código Penal ou na legislação penal especial (MANCUSO, 2014, p. 18–19).

Com efeito, ação civil e ação penal não diferem quanto à sua natureza de *ação*, mas distanciam-se em relação ao conteúdo: na ação penal “é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 257). É ação que se liga ao *jus puniendi* do Estado e, portanto, trazem uma forte carga de repressão. Por outro lado, na ação civil o que se vê em jogo são direitos de outra ordem, mais afetos à esfera particular, quantificáveis (ainda que de forma ideal, como é o caso dos danos morais), e, por isso, com uma menor carga de repressão.

No processo penal, as ações podem ser públicas ou privadas. Segundo Julio Fabbrini Mirabete e Renato Nascimento Fabbrini, “a ação penal pública, na distinção com relação ao sujeito do exercício do direito à jurisdição, é a promovida pelo Ministério Público” (2011, p. 360); já a ação penal privada é aquela em que se “transfere ao particular o direito de acusar (*jus accusationis*) quando o interesse do ofendido se sobrepõe ao menos relevante interesse público, nos delitos cuja repressão interessam muito de perto apenas à vítima” (2001, p. 365).

Iguais conclusões são extraídas diretamente a partir do art. 100 do Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7.12.1940), reformado neste ponto pela Lei n. 7.209/84, especialmente em seus §§ 2º e 3º:

⁹⁴ Afirma o autor: “às vezes, é certo, o objeto das ações civis promana de ramos do direito público, envolvendo, não raro, bens e valores indisponíveis (v.g., os que constituem objeto da ação popular constitucional); mas, mesmo em tal hipótese, pode-se vislumbrar uma iniciativa ou um móvel individual, já que o autor popular exercita em juízo o *seu* direito constitucional (que, sendo *de todos*, é também dele) à prova e eficaz administração da coisa pública”. (MANCUSO, 2014, p. 18, grifo no original).

Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º – A *ação pública* é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º – A *ação de iniciativa privada* é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. (grifo nosso)

A diferença básica, então, é que na ação penal pública a titularidade é do Ministério Público, enquanto que na ação penal privada a titularidade é dada ao ofendido⁹⁵. Vê-se, com isso, a aproximação dos termos *pública* e *privada*, respectivamente, ao Ministério Público e ao particular. “Como se vê, o caráter ‘público’ ou ‘privado’ da ação penal está ligado à *qualidade da parte legitimada a promovê-la*, já que em ambos os casos se exerce uma pretensão punitiva” (MANCUSO, 2014, p. 20, grifo no original).

Mas o que se tem aqui é uma ação *civil* pública, vale dizer, uma ação que não milita com o *jus puniendi* do Estado nem, tampouco, liga-se à persecução criminal. Nesse sentido, Rodolfo Mancuso relembra lições contemporâneas à edição da LACP nas quais a ação civil pública era vista como “o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional” (MANCUSO, 2014, p. 20)⁹⁶.

Todavia, acompanhando o mesmo autor, é de se notar que ação civil pública não é instrumento exclusivo do Ministério Público, quer pela redação da LACP, que em seu art. 5º admite outros legitimados ativos (v.g., Defensoria Pública, União, Estados, *etc.*), quer pela própria Constituição da República que, em seu art. 129, § 1º, igualmente afirma que “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

⁹⁵ É bem verdade que ambas as ações (públicas e privadas) subdividem-se: as públicas podem ser incondicionadas (o Ministério Público age independentemente de provocação da vítima ou qualquer pessoa – é a regra) ou condicionadas a representação ou requisição (é necessária uma espécie de *autorização* da vítima para que o Ministério Público ajuíze a ação – é exceção); já as ações penais privadas subdividem-se em exclusivas (ações que somente podem ser ajuizadas pelo ofendido ou seu representante legal) ou subsidiárias (ações ajuizadas pela vítima em razão da inércia do Ministério Público; são, na realidade, hipóteses de ações públicas em que o *Parquet* não ofereceu a denúncia). Tal taxonomia é obtida a partir do art. 100 do Código Penal. Contudo, tendo em vista que não existe paralelo destas subdivisões no processo civil, merecem apenas o registro a título informativo.

⁹⁶ A obra que Rodolfo Mancuso faz referência é: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 22.

Por este fundamento, afirmar que a ação civil pública é o instrumento que se vale o Ministério Público para defender direitos na esfera civil é apenas uma parte do leque de funções dessa ação. A parcialidade desta conceituação também é notada por Teori Zavascki que sustenta ser melhor, se se for utilizar um conceito assim sintético, definir a ação civil pública como “a ação não penal que pode ser proposta pelo Ministério Público, definição que não operaria o efeito de excluir a legitimidade concorrente” (2011, p. 54).

Ademais, a doutrina é insistente em afirmar que toda ação é pública⁹⁷ vez que toda ação implica no direito de se provocar a função jurisdicional perante o Estado-juiz – fato este que a torna um direito nitidamente público.

Em razão desses obstáculos – e, mais ainda, da falta de precisão que a nomenclatura traduz –, Rodolfo Mancuso propõe, para fins de conceituação, o deslocamento do foco de atenção da legitimação ativa (com o vocábulo *público* atraindo para a equivocada ideia de que a atividade é exclusiva do Ministério Público) para o objeto desta ação, que é a proteção de interesses metaindividuais, deslocamento esse que permite uma definição mais completa: “será ação civil pública qualquer ação movida com base na Lei 7.347/85, para a defesa de interesses transindividuais, ainda que seu autor seja uma associação civil, um ente estatal, o próprio Ministério Público, ou qualquer outro colegitimado” (MANCUSO, 2014, p. 22). Ainda de acordo com o mesmo autor:

Essa ação não se diz “pública” por conta de o Ministério Público poder promovê-la, a par de outros colegitimados, mas sim porque seu *objeto* abrange um largo espectro de interesses e valores de inegável relevância social, permitindo o acesso à justiça de certos conflitos metaindividuais que, de outra forma, remanesceriam num certo “limbo jurídico”. (MANCUSO, 2014, p. 24)

Há que se atentar, contudo, que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) adotou a terminologia *ação coletiva* (v.g., em seu art. 87). Surge aqui outro obstáculo: tendo em vista as normas de reenvio estabelecidas entre a LACP e o CDC, que estabelecem o diálogo entre ambos os diplomas conforme visto no tópico do microsistema de tutela coletiva (item n. 2.4, p. 76), estas ações são *civis públicas* ou *coletivas*?

⁹⁷ Neste sentido, dentre outros, cf.: **a)** MANCUSO, 2014, p. 21; **b)** SIRVINSKAS, 2011, p. 646.

Não obstante o assunto seja crepitante e dê margem a várias interpretações^{98, 99}, a doutrina de Rodolfo Mancuso vem novamente em socorro: a ação civil pública prevista na Lei n. 7.347/85 é uma *espécie* de ação coletiva, assim como também são espécies o mandado de segurança e a ação popular. Neste sentido, ação coletiva é espécie e a ação civil pública é um dos seus gêneros. Contudo, tendo em vista a tendência que o CDC tem de tutelar relações coletivas por um prisma mais aberto que aquele originalmente previsto pela LACP (vale dizer, admitindo outras pessoas além do Ministério Público), abrem-se dois caminhos: num enfoque *doutrinário*, o correto seria chamar as ações movidas pelo *Parquet* de ações civis públicas e as movidas por associações de ações coletivas; já por um ângulo *puramente legal*, as ações ajuizadas com base na Lei 7.347/85 seriam ações civis públicas enquanto que as ajuizadas com fundamento no Título III do CDC seriam ações coletivas (MANCUSO, 2014, p. 22).

Vistas estas considerações de cunho terminológico, há, contudo, que se contemporizar: embora seja importante, do ponto de vista da ciência do Direito, esmiuçar o *nomen juris* da ação civil pública, o que importa, em verdade, é que ela seja identificada e diferenciada das demais ações. Dizer que uma ação é ação civil pública significa tratá-la de modo diferente das demais ações – especialmente em relação àquelas de cunho individualista, calcadas nos limites dos clássicos direitos individuais.

Qualquer que seja o nome que se atribua a um procedimento (= qualquer que seja o rótulo que se aponha a uma vasilha), é importante que se saiba que, sob aquela denominação (= sob aquele rótulo), existe um instrumento (= um conteúdo) especial, diferente do contido em outros procedimentos (=em outros recipientes). (ZAVASCKI, 2011, p. 55).

Em conclusão ao tema, não se pode dar excessiva importância a aspectos formais, inobstante seja importante a correta identificação dos institutos jurídicos, sob pena de se criar sistemas tão fechados que somente com certas *palavras especiais* eles são abertos. No campo prático, Teori Zavascki afirma que estas distinções são apenas de cunho didático e que não são observadas com rigor nem pelo legislador, nem pela jurisprudência

⁹⁸ Alguns autores sustentam a separação definitiva entre a ação civil pública e a ação coletiva, v.g., João Batista de Almeida (2011, p. 40).

⁹⁹ Embora não seja essencialmente divergente, Luís Paulo Sirvinskias imprime um caráter pacífico ao tema, dizendo peremptoriamente que resta firmado o entendimento de no campo das ações em defesa dos direitos metaindividuais, a ação civil pública é aquela promovida pelo Ministério Público, enquanto que a ação coletiva é aquela promovida pelos demais legitimados (SIRVINSKAS, 2011, p. 646–647). Observando-se as discussões doutrinárias, não se constata com facilidade tal certeza; ademais, colabora com a dúvida o já mencionado Projeto de Lei n. 5.139/09 que cria novas regras para a ação civil pública num contexto maior, de ações coletivas (cf. item n. 2.4, p. 76).

que, “de um modo geral, conferem a denominação ação civil pública para todas, ou quase todas, as ações relacionadas com o processo coletivo” (ZAVASCKI, 2011, p. 55).

Feitas tais considerações, é hora de investigar os objetos da ação civil pública que, como já visto, são direitos coletivos em sua acepção ampla (*lato sensu*).

3.2. Objeto

É possível entender os objetos da ação civil pública (e, em realidade, de qualquer ação) a partir de dois pontos de vista: o do objeto enquanto *bem jurídico* a ser tutelado e o do objeto enquanto *pedido* feito em juízo.

No primeiro caso (objeto enquanto bem jurídico), o estudo inclina-se em direção ao direito material; neste aspecto, a referência básica encontra-se no art. 1º da LACP, a partir do qual se expande a investigação para outros bens jurídicos disciplinados em leis esparsas – e mesmo sem previsão, tendo em vista a cláusula de abertura do art. 1º, IV da LACP. Já no segundo aspecto (objeto enquanto pedido), o tema adquire feições processuais: o que se vislumbra são as possibilidades de pedido a ser feito em juízo na ação civil pública; o tema desenvolve-se em torno dos arts. 3º e 4º da LACP, que admitem a mais ampla gama de possibilidades, como será visto.

Desse modo, divide-se o tema do objeto, para fins de melhor compreensão, em duas partes distintas mas interligadas pela nota comum de consistirem o tema principal no fundamento, na razão de existência, da ação civil pública. Aliás, a subdivisão apoia-se em duas perguntas básicas: o que tutelar pela ação civil pública (bens jurídicos) e como se tutelar por meio da ação civil pública (pedido).

3.2.1. Bens jurídicos

Os principais temas a partir dos quais é possível o manejo da ação civil pública estão arrolados no art. 1º da LACP, que hoje tem a seguinte redação:

Art. 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 – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V – por infração da ordem econômica;
- VI – à ordem urbanística;
- VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;
- VIII – ao patrimônio público e social.

Duas notas prévias devem ser apostas: a primeira é que se diz que os objetos *básicos* estão disciplinados no referido artigo pois o inciso IV funciona como cláusula de abertura, que permite a admissão de outros direitos difusos e coletivos não previstos textualmente na lei; em consequência disso, pode-se afirmar que o rol é exemplificativo (*numerus apertus*) e, portanto, não taxativo (*numerus clausus*).

A segunda observação fica por conta da atual configuração do referido artigo; é de se frisar que a configuração de *hoje* não é a configuração original da lei. Com efeito, o *caput* recebeu o acréscimo dos danos morais pela Lei n. 8.884, de 11.6.1994, alteração reiterada pela Lei n. 12.529, de 30.11.2011 que o reescreveu, porém com o mesmo texto¹⁰⁰.

Os três primeiros incisos são os únicos que se mantiveram intactos no tempo, muito embora o atual inciso III tenha sido objeto de renumerações no passado – mas sem alteração no seu conteúdo. É de se anotar que a LACP no formato original de promulgação ia somente até aqui.

A cláusula de abertura prevista no inciso IV, conforme se expôs em tópico anterior (cf. item n. 3.1, p. 94), foi inicialmente vetada quando da edição da lei, reaparecendo por ocasião do Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Relembre-se, também, que o texto vetado falava em *outros interesses difusos*, ao passo que o CDC trouxe a ideia de *outros interesses difusos e coletivos*.

O inciso V é, também, fruto de evolução. Inicialmente incluído pela Lei n. 8.884/94, previa como objeto da ação civil pública os danos causados por *infração da ordem econômica*. Por força da infeliz Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001 – e

¹⁰⁰ Na realidade, o objetivo da Lei 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, era o de inserir o inciso V no art. 1º da LACP (*infração à ordem econômica*); porém, em virtude do texto previsto no *caput* ter sido introduzido por lei que naquele momento se revogava (a Lei 12.529 revogou a Lei 8.884/94), viu-se a necessidade de se reescrever o texto para que não houvessem prejuízos no campo da ação civil pública.

sua infelicidade foi a de ter incluído o parágrafo único ao art. 1º da LACP, alvo de severas e fundadas críticas conforme se verá adiante –, o inciso V passou a ter como objeto a *infração da ordem econômica e da economia popular*. A Lei n. 12.529/11 retomou a expressão utilizada em 1994, como se vê na transcrição do artigo em comentário acima.

Por sua vez, o inciso VI (danos causados *à ordem urbanística*) foi incluído pela Lei n. 10.257, de 10.7.2001, sendo logo em seguida renumerado, sem alteração do texto, pela mesma Medida Provisória n. 2.180-35/01.

Já o inciso VII (danos causados *à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos*) foi incluído pela Lei n. 12.966, de 24.4.2014, que teve por finalidade específica, tal como apresenta sua ementa, a alteração da LACP “para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos”.

Por fim, a mais recente alteração de objeto foi a inclusão do inciso VIII (danos causados *ao patrimônio público e social*), realizada por intermédio da Lei n. 13.004, de 24.6.2014. Esta lei veio a lume com o fito específico de incluir no texto da LACP, dentre as finalidades da ação civil pública, a proteção ao patrimônio público e social. De acordo com a Justificação do Projeto de Lei que deu origem à norma em tela (PLS 121, de 2011, de autoria do Senador Walter Pinheiro), o acréscimo do inciso VII ao referido art. 1º da LACP “implica, certamente, ampliação desse privilegiado instrumento de proteção dos interesses sociais, com possibilidade de ressarcimento dos cofres públicos pelos prejuízos causados”. Em outra passagem, sustenta-se na Justificação que a alteração visa adequar o texto da LACP à Constituição da República de 1988 que, no multicitado art. 129, III, estabelece ser função do Ministério Público a proteção do patrimônio público e social; “assim, esta proposição não altera a competência constitucional do Ministério Público, mas, ao contrário, a esclarece para dar curso à previsão constitucional mencionada” (PINHEIRO, 2011). É de se ressaltar que o Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993), em seu art. 6º, VI, alínea “b”, igualmente fala em *proteção do patrimônio público e social*.

Aproveitando a menção, é de se registrar que os dois diplomas legais centrais da organização do Ministério Público – a Lei Complementar n. 75/93 (Ministério Público da União) e a Lei n. 8.625/93 (Ministério Público dos Estados) – incluem entre as

atribuições ministeriais o ajuizamento de ação civil pública e, no particular, repetem as linhas gerais da LACP.

Na Lei Complementar n. 75/93, chamada de Estatuto do Ministério Público da União, o tema encontra-se nos seguintes dispositivos: art. 5º, III, alínea “e”; art. 6º, VII e XII; e art. 83, III:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

[...]

III – a defesa dos seguintes bens e interesses:

- a) o patrimônio nacional;
- b) o patrimônio público e social;
- c) o patrimônio cultural brasileiro;
- d) o meio ambiente;
- e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

[...]

VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

- a) a proteção dos direitos constitucionais;
- b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;
- d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

[...]

XII – propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos;

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

[...]

III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

Já na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12.2.1993), que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, a matéria foi tratada no art. 25, IV:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

- a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

Ao lado destes objetos, existem diversos outros positivados em leis esparsas – são as *várias* ações civis públicas que têm na LACP o modelo da *ação padrão*, conforme já se apresentou no presente trabalho (cf. item n. 2.3.2, especialmente p. 71). Embora já tenham sido enunciadas, é de bom alvitre relembrar que os seguintes textos legislativos ampliam o rol de possibilidades da ação civil pública:

- *comunidades indígenas*: Constituição da República de 1988, art. 232;
- *pessoas portadoras de deficiência*: Lei n. 7.853, de 24.10.1989;
- *mercado de capitais*: Lei n. 7.913, de 7.12.1989;
- *infância e juventude*: Lei n. 8.069, de 13.7.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- *meio ambiente do trabalho e direitos trabalhistas coletivos*: Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993 (Estatuto do Ministério Público da União);
- *recursos hídricos*: Lei n. 9.433, de 8.1.1997;
- *ordem urbanística*: Lei n. 10.257, de 10.7.2001 (Estatuto da Cidade);
- *idosos*: Lei n. 10.741, de 1.10.2003 (Estatuto do Idoso);
- *torcedores*: Lei n. 10.671, de 15.5.2003 (Estatuto do Torcedor);
- *patrimônio genético*: Lei n. 11.105, de 24.3.2005 (Lei de Biossegurança);
- *violência doméstica*: Lei n. 11.340, de 7.8.2006 (Lei Maria da Penha);
- *minorias sociais*: Lei n. 12.288, de 30.7.2010 (Estatuto da Igualdade Racial); com destaque para a *honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos* (incluídos pela Lei n. 12.966, de 24.4.2014).

Verifica-se que tais leis trouxeram novos temas para a ação civil pública, explicitando situações que, depois das respectivas leis, não precisam mais passar pelo crivo de verificação da cláusula de abertura do inciso IV do art. 1º da LACP (“qualquer outro interesse difuso ou coletivo”). Neste sentido, por exemplo, uma questão ligada à tutela de

interesses dos torcedores – obviamente num viés coletivo – vai buscar fundamento diretamente na lei específica (Estatuto do Torcedor), sendo desnecessário qualquer esforço para sua caracterização como um direito coletivo. Há um inegável ganho.

Contudo, estas leis *somente* enunciam novas possibilidades – e isso já é um grande avanço. Verdadeira ampliação na sistemática da ação civil pública foi feita pelo Código de Defesa do Consumidor: até 1990, a ação civil pública somente podia versar sobre direitos difusos e coletivos; a partir do Código, passou-se, também, a admitir a tutela dos direitos individuais homogêneos por esta via.

Isto porque o CDC, ao disciplinar os direitos individuais homogêneos (art. 81, § único, III), assumiu que eles podem ser tutelados por *ação coletiva*, inclusive por iniciativa do Ministério Público (art. 82, I). Ademais, quando trata das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos (Capítulo II do Título III, arts. 91 e seguintes), reitera a lei consumerista que é cabível ação coletiva nestes casos. Em arremate, a norma de reenvio do art. 117 (que cria o art. 21 na LACP) fulmina qualquer dúvida: é cabível o manejo de ação civil pública para os casos de direitos individuais homogêneos vez que, por sua redação, são aplicáveis os dispositivos do Título III do CDC às ações previstas na LACP que objetivem a “defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e *individuais*” - a expressão *direitos individuais* remete imediatamente aos direitos individuais homogêneos e, portanto, afasta qualquer dificuldade de entendimento.

Esta inovação fez com que se ampliasse *qualitativamente* o espectro de possibilidades da ação civil pública – ao passo que as demais leis citadas, que agregaram temas, ampliam de modo *quantitativo* os usos da ação em comento.

A questão do uso da ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos foi definitivamente cristalizada em 1993, quando a Lei n. 8.625 declarou textualmente que é admissível a utilização desta ação para questões que envolvam direitos individuais indisponíveis e homogêneos (art. 25, IV, alínea “a”, *fine*). Poucos meses depois, a Lei Complementar n. 75 fez o mesmo reconhecimento, colocando de modo indelével os direitos individuais homogêneos dentre as finalidades da ação civil pública (art. 6º, VII, alínea “d”).

Desse modo, a leitura que hoje deve ser feita é aquela que enxerga a ação civil pública como instrumento para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Como já se disse no início deste tópico, todas essas explicações são, em verdade, exemplos de objetos passíveis de tutela pela ação civil pública; em razão da cláusula de abertura (art. 1º, IV, LACP), basta que se identifique um direito coletivo *lato sensu* para que se abra a via coletiva. É, de todo modo, importante o reconhecimento legal, mas em nenhuma hipótese se pode pensar na exclusão de um direito com tais características pelo fato dele não estar consagrado num texto positivado. Em razão do arejamento na construção do microssistema de tutela coletiva, mais vale a abertura das hipóteses, de modo a facilitar o acesso à justiça, que a literalidade de textos legais estáticos – fato que se prova pela sempre presente cláusula de abertura.

Tamanha é a importância dessa *natureza inclusiva*, que admite novos e imprevistos direitos coletivos, que Enoque Ribeiro dos Santos identifica aqui a existência de um princípio – o *princípio da não taxatividade da ação coletiva* –, segundo o qual “as ações coletivas poderão contemplar quaisquer tipos de interesses e direito difusos, coletivos e individuais homogêneos, em sentido amplo. Eventuais limitações [...] deverão ser taxadas de inconstitucionais, pois ferem disposições expressas do texto constitucional” (SANTOS, E., 2012, p. 60)¹⁰¹.

3.2.2. Pedido

No campo processual, a questão dos *objetos* da ação civil pública pode ser vista por um outro aspecto.

Como se sabe, as ações são individualizadas por três elementos: partes, pedido e causa de pedir (cf. item n. 2.2.b, especialmente p. 49). Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, nas ações civis o pedido representa a exteriorização do objeto (2014, p. 33). Desse modo, pensar no *objeto* de uma ação significa identificar o *pedido* que será feito. Não é demais lembrar que o pedido é a medida (o provimento, a providência) que o autor requer e espera que o órgão jurisdicional lhe forneça. Ademais, também já foi dito

¹⁰¹ Este princípio também é enunciado por outros autores, v.g., DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, 128–130.

que o pedido divide-se em *imediato* e *mediato*: o primeiro designa o provimento jurisdicional esperado – e, assim, encontra-se no plano processual; o segundo diz respeito ao bem da vida pretendido – encontrando-se, por isso, no plano do direito material (YARSHELL, 2006, p. 102).

Deste modo, o que se falou até aqui sobre o objeto da ação civil pública diz respeito, à luz desta classificação, ao *pedido mediato*, vale dizer, ao bem da vida que se pretende tutelar (v.g., o meio ambiente, o patrimônio público e social, a honra e a dignidade de grupos raciais, *etc.*). É possível, por outro lado, pensar no objeto da ação civil pública como *pedido imediato*, ou seja, na providência que se espera do Poder Judiciário.

É nesse sentido que o art. 3º da LACP emprega a expressão *objeto*:

Art. 3º A ação civil poderá ter por *objeto* a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. (grifo nosso)

Levando-se em consideração que a nomenclatura *ação civil pública* não remete ao tipo de provimento veiculado na própria ação, esse artigo é de extrema importância; sem uma disposição dessa espécie, seria impossível descobrir o que se pode esperar dessa ação. Conforme observa Teori Zavascki, pela leitura isolada do art. 1º da LACP tem-se a impressão que o referido instrumento presta-se somente a fins *reparatórios*, “ou seja, seria destinada unicamente a obter condenação de ressarcimento de danos já causados” (2011, p. 56). Isto porque o *caput* do art. 1º é explícito em dizer que se regem pelas disposições daquela lei “as ações de responsabilidade por *danos* morais e patrimoniais” em relação às situações que enumera.

Desse modo, o art. 3º da LACP cumpre o fundamental papel de aclarar que a ação civil pública presta-se a condenações de dar (quantia em dinheiro como reparação), fazer ou não fazer. Em complementação a esses pedidos, o art. 4º da LACP¹⁰² vai além, prevendo a possibilidade de *ação cautelar* que objetive *evitar o dano*:

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹⁰² A redação atual do artigo foi dada pela Lei n. 13.004/14.

Zavascki anota que não se trata de ação cautelar propriamente dita mas, antes de *tutela preventiva*, vez que nas cautelares a medida tem feições de provisoriedade, “formada à base de juízos de verossimilhança, para conferir garantia à utilidade do processo, sujeita a modificação ou revogação”; no caso da ação civil pública, a tutela, embora preventiva, é definitiva em relação ao próprio direito material pois é “tutela formada à base de cognição exauriente, apta a formar coisa julgada material” (2011, p. 56). Aqui na ação civil pública o que se busca é evitar o dano e, uma vez evitado, não se está diante de medida processual provisória pois o risco de dano (ou, pelo menos, *aquela* risco de dano) esvaiu-se.

Diferente desse caráter definitivo é o disposto no art. 12 da LACP, que faculta ao juiz conceder *mandado liminar*, com ou sem justificação prévia. Este sim é caso de providência emergencial, concedida à luz de critérios superficiais de urgência – e, portanto, com natureza diversa daquela tutela preventiva do art. 4º do mesmo diploma legal. O caráter provisório desse mandado liminar pode ser verificado, também, nos parágrafos do referido art. 12:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

É de se notar que a provisoriedade da medida faz com que a eventual multa inibitória fixada na liminar somente se torna exigível após o trânsito em julgado, de forma que serve, no momento dos fatos, como medida coercitiva indireta; mas, se reconhecida posteriormente, terá seu prazo *a quo* fixado a partir do descumprimento da referida medida, na forma do citado art. 12, § 2º, sob pena de se tornar medida inócua – ou até mesmo de se constatar ser mais vantajoso o descumprimento pelo posterior pagamento de valores ínfimos, fixados a partir do trânsito em julgado.

Em razão dessa plurivalência, pode-se afirmar que a ação civil pública é um instrumento com múltiplas aptidões e voltando à tutela dos direitos coletivos em seus mais variados aspectos.

Bem se vê, destarte, à luz desses dispositivos, que a ação civil pública é instrumento com múltipla aptidão, o que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (indenizações em dinheiro) ou pessoa (de cumprir obrigações de fazer ou de não fazer), o que comporta todo o leque de provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, executivos, mandamentais e meramente declaratórios. (ZAVASCKI, 2011, p. 57).

a) Cumulação de pedidos

Não obstante no passado a jurisprudência tenha sido repelente à possibilidade de se cumular pedidos em sede de ação civil pública¹⁰³, na atualidade o que se observa é que a ampla gama de possibilidades dessa ação amplia-se ainda mais tendo em vista que os pedidos podem – e praticamente *devem* – ser cumulados entre si.

A questão toda se forma em torno do vocábulo “*ou*” empregado pelo art. 3º da LACP, segundo o qual a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro *ou* o cumprimento de obrigação de fazer *ou* não fazer. Para alguns, o conectivo *ou* apresenta a ideia de alternatividade e, por exemplo, ou se pede a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer – nunca ambos.

Teori Zavascki esclarece que mesmo a partir da simples interpretação gramatical é possível se chegar à conclusão que o art. 3º em comento traz o sentido de adição – e não de alternatividade. Lembra o autor, contudo, que o método literal, quando isolado, não se revela parâmetro seguro, devendo ser cotejado com outros métodos. Neste sentido, a partir de uma leitura teleológica, parte-se da afirmação que o processo não é um fim em si mesmo mas, antes, serve à tutela de um direito material. É instrumento que deve servir à este propósito. Prossegue o autor que no caso da ação civil pública o objetivo é a defesa de direitos difusos e coletivos; deve o processo, portanto, ser *instrumento com aptidão suficiente* para fazer valer tais direitos *da melhor forma e na maior extensão possível*, sob pena de não ser nem *adequado* nem *útil*. É em razão dessa adequação e do

¹⁰³ Teori Zavascki aponta uma série de julgados nesse sentido, todos do Superior Tribunal de Justiça, v.g., REsp 277.162 (Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2002), AgREsp 180.620 (Rel. Min. Francisco Falcão, 2001); REsp 205.153 (Rel. Min. Francisco Falcão, 2000), REsp 94.298 (Rel. Min. Garcia Vieira, 1999). (ZAVASCKI, 2011, p. 58, nota n. 10).

risco de tornar a ação civil pública inútil que o art. 3º deve ser lido como hipóteses que se somam – e não que se excluem (ZAVASCKI, 2011, p. 58–60).

Corroborando com essa necessidade de adequação que ação civil pública precisa ter o art. 83 do CDC:

Art. 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. (grifo nosso)

Seria absurdamente inadequado, por exemplo, que num caso concreto em que duas ou mais medidas de natureza distinta se façam necessárias, se exija o ajuizamento de ações coletivas separadas. “Isso, além de atentar contra o princípio da instrumentalidade e da economia processual, acarretaria a possibilidade de sentenças contraditórias e incompatíveis para a mesma situação de fato e de direito” (ZAVASCKI, 2011, p. 60).

Para exemplificar, pode-se imaginar uma questão relativa ao meio ambiente: uma certa empresa, poluidora, despeja líquidos com metais pesados num determinado rio que corta, logo abaixo, um vilarejo. Nesse caso, a ação civil pública pode – e deve – pleitear os três tipos de condenação previstos no art. 3º da LACP: a obrigação de *não-fazer* o despejo do poluente no rio; a obrigação de *fazer* a instalação de filtros e sistemas para a purificação e correta destinação dos poluentes; e a obrigação de indenizar as eventuais pessoas que se contaminaram, no vilarejo, em razão da poluição das águas. Negar a possibilidade de cumulação pela leitura alternativa das hipóteses de pedido importaria, aqui, no ajuizamento de três ações distintas – situação que se mostra atentatória à tudo aquilo que o processo coletivo visa melhorar.

A jurisprudência mais recente parece ter corrigido o rumo da interpretação e encontram-se diversos julgados aceitando a cumulação de pedidos em ação civil pública. Neste sentido é o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp 1.180.078, cujo relator foi o Ministro Herman Benjamin; na oportunidade, assentou-se o seguinte¹⁰⁴:

A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.
[...]

¹⁰⁴ Cf., no Anexo, Julgado n. 9, p. 156.

A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos.

É de se anotar que a LACP admite hipótese de cumulação expressa: o *caput* do art. 1º afirma que cabe ação civil pública tanto em relação a danos morais quanto a patrimoniais. Ora, são danos de natureza diversa e, portanto, o pedido que se faz aos danos patrimoniais é distinto do pedido tendente ao dano moral. Teori Zavascki faz esta observação, e completa que os danos morais não podem ser considerados transindividuais e, portanto, esta é uma hipótese de cumulação – fato este que dá maior tranquilidade para se afastar o equivocado caráter excludente que alguns autores observam no citado art. 3º (ZAVASCKI, 2011, p. 60).

É de se pensar, também, na hipótese de cumulação de pedidos em relação a direitos de sistemática distinta, v.g., entre direitos difusos e individuais homogêneos. Aventa-se tal hipótese pois, conforme já dito, é possível que um certo fato dê origem a pretensões com múltiplas naturezas (cf. item n. 2.2.e, p. 57).

Insistindo-se no exemplo do meio ambiente, com a empresa poluidora referida logo acima: além dos pedidos realizados se diferenciarem no seu formato (fazer, não-fazer e indenizar), eles também se diferenciam em sua essência. Quando se pede em juízo que a empresa paralise a poluição e dê adequado destino para as substâncias poluentes, o que está em jogo é o bem jurídico *meio ambiente*, difuso por excelência. Contudo, José, Maria, Pedro e Ana, bem como todos seus familiares, tiveram que gastar significativos valores em tratamento médico pelo fato de terem ingerido quantidades excessivas de metal pesado, apesar da existência de tratamento público da água e de medidas profiláticas pessoais que eles adotavam, como o uso de filtros domésticos. Nesse caso, o dano é eminentemente individual, que se torna coletivo de modo acidental vez que atinge várias pessoas a um só tempo e com base num mesmo fenômeno. José gastou mais que Maria e menos que Pedro, mas todos gastaram pelo ato ilícito da empresa e a tutela coletiva propõe-se a solucionar isso com um critério unificado. Nada obsta, portanto, que se agreguem forças e se discuta, de uma só vez, a mesma questão e seus vários reflexos, ainda que as consequências sejam de múltiplas ordens. Por certo, no caso da indenização às pessoas do vilarejo o conteúdo da sentença será diferente daquele que veicula os temas de

meio ambiente; mas o processo coletivo deve ser integral e abraçar também estas possibilidades, sob pena de não ser *adequado*, nem *útil*.

Em vista dessa necessidade – e até mesmo porque o processo coletivo deve funcionar em função dos direitos coletivos, e não o contrário –, Teori Zavascki afirma que não existe nenhum empecilho legal que impeça a cumulação nestes casos. Esclarece o autor que em razão da inexistência de norma específica de cumulação dentro do microsistema de tutela coletiva, o art. 292 do Código de Processo Civil deve ser invocado; desse modo, desde que (a) sejam compatíveis entre si os pedidos, (b) o juízo competente seja o mesmo para conhecer todos eles e (c) o procedimento seja adequado a todos os pedidos, é possível que sejam cumulados (ZAVASCKI, 2011, p. 60).

Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I – que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II – que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.

Neste cenário, talvez a única situação forte o bastante para afastar a cumulação seria a questão da competência vez que podem estar envolvidas pessoas que atraem a competência para outras jurisdições (v.g., a competência da Justiça Federal no caso de dano ao meio ambiente em área da União – art. 109, I combinado com o art. 20 da Constituição da República).

Afirma-se que existe, nesse compasso, a incidência do princípio da *máxima amplitude da tutela coletiva*¹⁰⁵, vez que o que se deve buscar é a *adequada e efetiva tutela* – expressão consagrada pelo art. 83 do CDC. Desse modo, se for adequada e efetiva a cumulação, vale dizer, se os pedidos precisam ser somados para se conseguir a almejada reparação, então ela deve ser admitida.

b) Decorrências jurídicas do pedido

¹⁰⁵ Neste sentido, cf.: **a)** DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 128–129; **b)** SANTOS, E., 2012, p. 61–62; **c)** LIRA, 2012. É de se anotar que a doutrina dá ao *princípio da máxima amplitude* também a denominação de *princípio da atipicidade do processo coletivo*.

Ainda em relação ao pedido, Rodolfo Mancuso afirma que o provimento jurisdicional é tipicamente *condenatório*, especialmente se a leitura do art. 3º da LACP se der em conjugação com o art. 475-N, I, do CPC, segundo o qual considera-se título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Ademais, esclarece o citado autor que a compreensão do conceito de *título condenatório* no âmbito da ação civil pública é melhor obtida tendo como parâmetro do art. 11 da LACP (2014, p. 34–35).

Art. 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.

Este artigo, inalterado desde seu lançamento em 1985, carrega o traço do pioneirismo. Embora a *execução específica* e as *astreintes* (multa inibitória) hoje estejam sedimentadas na prática processual, na época de edição da LACP eram inéditas. Com efeito, foi somente no final de 1994, com a publicação da Lei n. 8.952, que o Código de Processo Civil conheceu o instituto da tutela específica da obrigação (art. 461, *caput*, CPC), bem como a respectiva multa inibitória (art. 461, §§ 4º e 5º, CPC).

A *tutela específica* corresponde ao provimento jurisdicional em que se dá ao credor *tudo aquilo e exatamente aquilo* que ele obteria se o devedor tivesse cumprido a obrigação devida, “isto é, tudo aquilo e exatamente aquilo que o credor obteria se não fosse necessário provocar a atividade jurisdicional para imposição da ordem” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 379). No caso da ação civil pública, observa-se que a execução específica é de central importância pois o que se busca é a reparação integral (ou, pelo menos, a *mais integral* possível) do bem coletivo *sub judice*. Por este aspecto, “o cumprimento do julgado, para ser eficaz, só pode realizar-se através da execução específica, de maneira que se consiga repor o bem ou interesse lesado no seu *statu quo ante*” (MANCUSO, 2014, p. 35).

Não obstante a LACP disponha sobre a *execução específica* – e isso tenha sido inédito em 1985 –, o tema evoluiu. Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor trouxe maior detalhamento ao tema das tutelas específicas, em seu art. 84:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 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 após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial

Em outro passo, o Código de Processo Civil sofreu uma série de reformas a partir de 1994, estendendo para todo o processo civil o instituto da tutela específica. E o fez com maior amplitude; é que o art. 461 do CPC¹⁰⁶ estabelece, na atualidade, mecanismo mais completo que é a possibilidade de determinação, pelo juiz, de providências que importem no *resultado prático equivalente*:

Art. 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. (grifo nosso)

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, o resultado prático equivalente vai além das tradicionais medidas coercitivas diretas que o juiz emprega para a obtenção do resultado final; “o legislador autoriza aí que se chegue a um resultado *equivalente* ao do adimplemento, ainda que não totalmente coincidente. Não se trata, porém, de equivalente *pecuniário*, mas, sim, de equivalente em *fazer ou não-fazer*” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 380, grifo no original).

Por ser melhor à proteção dos interesses coletivos *lato sensu*, tal disposição do CPC – assim como outras em sentido semelhante – são aplicadas no âmbito do microssistema de tutela coletiva e, portanto, à ação civil pública. “Tenha-se presente que a execução [...] desse tipo de comando judicial – tendente à prestação específica do objeto – faz-se nos moldes do disposto nos arts. 461 e 461-A do CPC, segundo o disposto no art.

¹⁰⁶ Artigo com redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994.

475-I, *caput*, acrescido pela Lei 11.232/2005” (MANCUSO, 2014, p. 35)¹⁰⁷. O referido art. 84 do CDC igualmente vem em auxílio (ZAVASCKI, 2011, p. 57).

Caso a tutela específica não seja possível – v.g., pelo fato do bem coletivo ter sido irremediavelmente atingido, por exemplo, causando intensa degradação ao meio ambiente que, pela gravidade, se torna irreparável –, somente será possível a condenação pecuniária (obrigação de dar quantia). Os valores arrecadados por esta via são vertidos para um fundo específico, tal como enuncia o art. 13 da LACP:

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.

A existência desses fundos liga-se à própria natureza dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, que são direitos indivisíveis em sua substância. “Tais bens e interesses (flora, fauna, recursos hídricos, e outros valores metaindividuais), sendo difusos, não permitem que o produto da condenação seja afetado um certo prejudicado, como se dá nas lides individuais” (MANCUSO, 2014, p. 35–36).

É de se anotar que os direitos individuais homogêneos não se relacionam de forma tão direta com a ideia dos fundos. Isto porque esses direitos são essencialmente individuais e acidentalmente coletivos; são, por isso, direitos divisíveis. A redação do art. 13 da LACP – bem como de diversos outros, inclusive o art. 11 – é original de 1985, não tendo sofrido alterações. Conforme visto, o CDC ampliou, em 1990, a ação civil pública para tratar também dos direitos individuais homogêneos. Desse modo, a LACP tinha em mira a criação de fundos para direitos difusos e coletivos em sentido restrito. O CDC, por conta disto, inaugurou um novo formato de execução: no caso de ação coletiva que tenha por objeto um direito individual homogêneo, a sentença de procedência “será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (art. 95, CDC); a liquidação e execução desta sentença será feita pelas vítimas ou seus sucessores legais (art. 97, CDC).

Os valores da condenação pecuniária, portanto, são recebidos pelos titulares dos direitos individuais homogêneos – pois, reafirmando-se, tais direitos homogêneos são divisíveis, sabe-se quem são seus titulares e a extensão do objeto que a cada um

¹⁰⁷ Em igual sentido são as lições de Teori Zavascki (2011, p. 57).

competete. Somente no caso de não aparecer ninguém – ou aparecerem poucas pessoas interessadas, em número incompatível com a gravidade do dano – é que a condenação reverterá a um fundo coletivo, tal como dispõe o art. 100, *caput* e § único, CDC.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Frise-se que todos estes dispositivos encontram-se na seção do Código do Consumidor destinada às ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos (Capítulo II do Título III – arts. 91 a 100, CDC) – e, portanto, não são aplicáveis de maneira automática às ações que tenham por questão de fundo direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*.

De todo modo, as condenações pecuniárias devem aparecer apenas quando a tutela específica mostrar-se impossível ou insuficiente (caso este em que se pode imaginar uma sentença de mérito em que haja condenação tanto à obrigação específica quanto ao pagamento de quantia em dinheiro, vez que somente a primeira cominação é insuficiente em razão da extensão do dano). Fala-se, por isso, no *princípio da primazia da tutela específica*, de modo que “a regra é que o magistrado deve ter como meta a busca da tutela específica” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 381).

3.3. Competência

Antes de iniciar o estudo da competência nas ações civis públicas, é de se salientar que a correta identificação do juízo competente é no processo coletivo de suma importância – e talvez em maior medida que a dos processos em geral – tendo em vista que os bens tutelados são de coletividades em que pessoas são atreladas por circunstâncias jurídicas ou de fato, mas sem qualquer ligação pessoal. Em outras palavras, estão em análise temas que irão afetar uma quantidade significativa de pessoas que, além de tudo, podem estar não ter nenhuma ligação física com os fatos e com o juízo sentenciante. Esta advertência é feita por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., que alertam, por este aspecto, que principalmente a competência territorial é tema de grande cuidado (DIDIER JÚNIOR;

ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 141). Feita tal observação, passa-se ao exame normativo da matéria.

Acerca da competência para a propositura da ação civil pública, estabelece o art. 2º da LACP:

Art. 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.

A *competência* somente existe em razão da impossibilidade técnica e fática de um único órgão julgar todas as formas de demandas, de todos os lugares; existe, assim, uma forma de fracionamento da função jurisdicional (esta sim, una e atribuída em abstrato do Poder Judiciário), de modo que todos os juízes são investidos nessa função (jurisdicional), mas não podem julgar todos os conflitos pois exercem apenas tal função dentro de sua competência. Neste aspecto, é possível enxergar a competência como a “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 230). O modelo brasileiro é, portanto, unitário (o Poder Judiciário é único, não existe contencioso senão judicial) porém *multi-parcelado* (MANCUSO, 2014, p. 76). Muito didática é ilustração feita por Mancuso, ao afirmar que *todo juiz é juiz* – pois está investido na função jurisdicional –, mas *nem todo juiz é competente* – pois a ele somente cabe o julgamento de certas causas, e não de todas (2014, p. 76).

Tratar da competência significa, pois, buscar *onde* a ação será proposta – e, assim, descobrir por *qual* juiz ela será julgada.

Para se chegar ao juízo em que a ação deve ser proposta, há que se conceber que a competência passa por, pelo menos, duas grandes perguntas: (a) perante qual órgão judiciário deve ser proposta a ação; (b) onde é o lugar físico em que se deve propor a ação. É bem verdade que o *iter* para se conhecer a competência é mais extenso e passa por outras perguntas¹⁰⁸; mas para os fins que aqui são necessários – lembrando-se

¹⁰⁸ Nesse sentido, Antonio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que devem ser feitas as seguintes perguntas, nessa ordem, para se chegar à competência para o julgamento de uma determinada causa: (1) qual é a Justiça competente (competência de Jurisdição); (2) é competente o órgão superior ou inferior (competência originária); (3) qual a comarca ou seção judiciária competente (competência de foro); (4) qual é a vara competente (competência de juízo); (5) qual é o juiz competente (competência interna). Falam, por isso, que a distribuição da competência é feita tanto em sentido vertical (hierárquica – qual a Justiça e o órgão competentes) quanto horizontal

que o tema de investigação é a possibilidade do uso da ação civil pública no Direito Previdenciário –, esses dois pontos de vista exaurem as questões nas quais este tipo de ação coletiva é diferente das ações em geral.

Em relação ao órgão jurisdicional competente, a LACP – e o microssistema de tutela coletiva como um todo – nada manifesta, motivo pelo qual entende-se que são aplicáveis as regras processuais gerais sobre o tema. Neste aspecto, a matriz da divisão funcional está presente na Constituição da República de 1988: estabelece o art. 92 que são órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal (inc. I), o Conselho Nacional de Justiça (inc. I-A), o Superior Tribunal de Justiça (inc. II), os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais (inc. III); os Tribunais e Juízes do Trabalho (inc. IV); os Tribunais e Juízes Eleitorais (inc. V); os Tribunais e Juízes Militares; (inc. VI) e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (inc. VII).

O Supremo Tribunal Federal (STF), embora tenha competências originárias (art. 102, I), é corte constitucional e, como tal, tem destacada função recursal, dando a última palavra em série de recursos (art. 102, II e III). O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, tem a função de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o tribunal que tem por missão fundamental a homogenização das normas infraconstitucionais e, por conta disto, ao lado das competências originárias estabelecidas no art. 105, I, sua função é eminentemente recursal (art. 105, II e III). Este tribunal é, ao lado do Supremo Tribunal Federal, aquilo que a doutrina chama de *órgão de superposição*: são tribunais que não se funcionam, em regra, como tribunais de duplo grau mas, sim, “julgam recursos interpostos em causas que já tenham exaurido todos os graus das Justiças comuns e especiais. Em outras palavras, eles se *sobrepõem* a elas” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 178, grifo no original).

Os Tribunais Regionais Federais (TRF) e Juízes Federais estão disciplinados nos arts. 106 a 110 da Constituição. Estes tribunais e juízes são, em verdade, órgãos da Justiça Federal (art. 106): estes funcionam perante a Justiça Federal de primeiro grau, enquanto que aqueles servem, em regra, como Tribunal de segundo grau – portanto, órgão

---

(demais etapas). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 232–233).

recursal. Diz-se em regra pois os Tribunais Regionais Federais – como, aliás, todos os Tribunais – possuem competências originárias (art. 108, I), o que não lhes retira o caráter principal de servirem como órgãos recursais (art. 108, II). O dispositivo central da competência da Justiça Federal é o art. 109, que dispõe sobre as causas que são de sua competência:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II – as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela EC 45/04)

VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII – os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII – os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “*exequatur*”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI – a disputa sobre direitos indígenas.

Embora apareçam diversas hipóteses, boa parte dos processos ajuizados na Justiça Federal têm por fundamento de competência o art. 109, I, a partir do qual se extrai a regra geral é a de que será competente a Justiça Federal quando a causa envolver *interesse da União*, suas autarquias e empresas públicas, exceto as causas de falência, as trabalhistas e as eleitorais.

Há que se ressaltar que as sociedades de economia mista – figura que aparece ao lado das autarquias, fundações públicas e empresas públicas como partes integrantes da administração pública indireta –, mesmo que sejam federais, não atraem a competência para a Justiça Federal e, desse modo, eventual interesse dessas pessoas

jurídicas deve ser discutido na Justiça Estadual. Neste sentido é a Súmula n. 556 do Supremo Tribunal Federal: “É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”.

Assim, as ações cíveis, inclusive as ações civis públicas contra ou a favor da União (abrangendo toda a administração direta), e aquelas em que a União figure como assistente ou oponente devem ser ajuizadas perante a Justiça Federal, por força do inc. I do art. 109. O mesmo seja disto em relação às autarquias, fundações de direito público e empresas públicas federais (três das quatro modalidades de entidades da administração federal indireta). (ALMEIDA, 2011, p. 106).

A seu turno, os Tribunais e Juízes do Trabalho estão previstos entre os arts. 111 a 117 da carta constitucional. À luz do que estabelece o art. 111, são órgãos da Justiça do Trabalho: o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e os Juízes do Trabalho. Assim como na Justiça Federal, os Juízes do Trabalho exercem a jurisdição em primeiro grau; os Tribunais Regionais do Trabalho têm função recursal. Já o Tribunal Superior do Trabalho, com sede em Brasília, tem como função principal harmonizar os entendimentos em matéria trabalhista, julgando recursos contra acórdãos dos Tribunais Regionais. Para fins de compreensão – e só para isso, vez que a Constituição da República não trata assim a matéria¹⁰⁹ –, pode-se enxergar o TST como um tribunal de superposição na área trabalhista. Os temas que se sujeitam à competência da Justiça do Trabalho estão dispostos no art. 114 da Constituição.

Prosseguindo a análise constitucional dos órgãos judiciários, os Tribunais e Juízes Eleitorais são tratados pelos arts. 118 a 121. Compõe a Justiça Eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), os Tribunais Regionais Eleitorais (TRE), os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais (art. 118). O TSE é o órgão máximo da justiça eleitoral, com sede em Brasília. Os Tribunais Regionais Eleitorais espalham-se pelo país, um em cada Estado e no Distrito Federal (art. 120). Já os Juízes Eleitorais exercem a função jurisdicional de primeiro grau; as Juntas Eleitorais, embora constantes no texto constitucional, não exercem função jurisdicional mas, sim, administrativa, tendente à organização das eleições. É de se anotar que a Justiça Eleitoral é *híbrida*: não existe um corpo de magistrados próprios mas, ao contrário, todas as funções jurisdicionais são exercidas por magistrados escolhidos, de

¹⁰⁹ A Constituição da República coloca o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) destacado das demais *Justiças*. De outro lado, coloca um Tribunal Superior para a Justiça do Trabalho (TST), um para a Justiça Eleitoral (TSE) e um para a Justiça Militar (STM). A Justiça Federal e a Justiça Estadual comum têm no STJ a corte de harmonização. Não parece, por isso, existir problema algum em nomear todos estes Tribunais, incluindo o STJ, como Tribunais Superiores – mas, frise-se, essa não taxonomia literal que a Constituição sugere.

modo transitório (pelo período de 2 anos, permitida uma recondução por igual tempo – art. 121, § 2º), oriundos de outros órgãos judiciários, do Ministério Público e da advocacia. Neste sentido, por exemplo, compõem o Tribunal Superior Eleitoral magistrados oriundos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e da advocacia (art. 119). Igual natureza híbrida têm os Tribunais Regionais Eleitorais (art. 120); os Juízes Eleitorais de primeiro grau, por seu turno, são escolhidos dentre os juízes estaduais do respectivo Estado.

Entre os arts. 122 e 124 encontram-se os Tribunais e Juízes Militares. É justiça composta por membros civis e militares (art. 123). Tem como função constitucional processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124). É de se apontar que esta Justiça Militar tem por objeto as Forças Armadas; os crimes militares cometidos pelas forças estaduais (Polícias Militares) não estão nesse contexto¹¹⁰.

Finalmente, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios são tratados pelos arts. 125 e 126 da Constituição. É de se anotar que a competência da chamada Justiça Estadual é residual, vale dizer, cabem a ela todas as causas que não são da competência das demais *Justiças* – o que é, aliás, grande parte dos processos, aí incluídas, no campo cível, as ações entre particulares (salvo as trabalhistas) e entre particulares e os Estados ou Municípios. A organização da Justiça Estadual é feita no âmbito dos Estados – é matéria afeta às Constituições Estaduais – mas divide-se, assim como nos demais casos, em duas instâncias: a primeira é exercida por juízes singulares (Juízes de Direito), e a segunda exercida pelos Tribunais, órgãos colegiados compostos por Desembargadores.

Observe-se que a Justiça Federal, a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar compõem aquilo que se chama *Poder Judiciário da União*; as Justiças Estaduais – uma para cada Estado – são, em contraponto, chamadas de *Poder Judiciário dos Estados* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 194).

¹¹⁰ Em complemento, podem os Estados criar Tribunais de Justiça Militar para tal finalidade; o art. 125, § 3º da Constituição da República de 1988 estabelece que lei estadual poderá criar Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. Existem tais Tribunais em apenas três Estados brasileiros: Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo. Nos demais Estados, esses crimes são julgados pela Justiça Estadual comum.

Num outro critério, existem ao lado das *justiças especializadas* (do trabalho, eleitoral e militar) a chamada *justiça comum* (Federal e dos Estados); assim, existe a Justiça Comum dos Estados (arts. 125 e 126 da Constituição) e a Justiça Comum Federal (arts. 106 a 110) – esta última diversa das especializadas Justiça Federal Trabalhista, Justiça Federal Militar e Justiça Federal Eleitoral (embora não sejam esses nomes que a Constituição utiliza, como visto).

Voltando para a tutela coletiva, há que se estabelecer em *quais* desses órgãos podem ser propostas ações civis públicas.

Num primeiro momento, deve-se apontar que não existe dispositivo que insira as ações civis públicas nas competências originárias de nenhum tribunal, o que já exclui, por certo, as competências tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça. É de se lembrar, contudo, que a competência originária não se confunde com a derivada: a originária é a competência “atribuída ao órgão jurisdicional diretamente, para conhecer a causa em primeiro lugar” enquanto a competência derivada é a “atribuída ao órgão jurisdicional destinado a rever a decisão já proferida” (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 107). Nada obsta que uma ação civil pública seja apreciada por um Tribunal – este é, aliás, o lugar para onde ela deve ir caso haja recurso. O que não se pode pensar é no ajuizamento direto de uma ação civil pública em um Tribunal, tal como ocorre com certas ações objetivas, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade que é ajuizada em primeiro e único grau perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, excluindo-se todos os Tribunais, ficam os juízes singulares das várias *Justiças*.

É melhor que se iniciem pelas *Justiças especializadas*. À Justiça Militar, como visto, cabe exclusivamente o julgamento de crimes militares; pelo fato da ação civil pública versar, como o próprio nome sugere, sobre bens e interesses civis (não-penais), não há como se pensar aqui em sua propositura.

Igual destino – do não cabimento da ação civil pública – tem a Justiça Eleitoral: a Lei 12.034, de 29.9.2009, alterou a chamada Lei das Eleições (Lei n. 9.504, de 30.9.1997), adicionando o art. 105-A para dispor que “em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”. A vedação, portanto, é explícita.

No âmbito trabalhista, a tutela coletiva tem se desenvolvido a largos passos, especialmente no que pertine à proteção do meio ambiente do trabalho empreendida pelo Ministério Público do Trabalho por meio da ação civil pública. Isto se dá em razão da autorização legal que o art. 83, III da Lei Complementar n. 75/93 dá ao *Parquet* laboral para “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”. Desse modo, é competente o Juiz do Trabalho para julgar, originariamente, a ação civil pública. É, de toda sorte, caso excepcional vez que limitado à um órgão judiciário especializado; pode-se afirmar que nesses casos se está diante de uma *ação civil pública especializada*.

Em relação às Justiças comuns – Federal e Estadual –, observa-se que nelas a ação civil pública encontra seu maior âmbito de atuação. Em verdade, correrá a ação civil pública perante a Justiça Federal caso preencha algum dos requisitos previstos nos incisos do já citado art. 109 da Constituição da República (especialmente o inciso I); caso não preencha, será competente a Justiça Estadual – que, como dito, é residual.

Embora tenha sido motivo de perplexidade no passado, a competência da Justiça Federal para as ações civis públicas foi consagrada no art. 83 do CDC. Atente-se para o fato de que a menção, pelo texto constitucional (art. 225, § 4º), da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira como sendo *patrimônios nacionais* não atrai, *de per si*, a competência para o âmbito federal; continua imprescindível a existência de interesse da União para que eventual dano nesses locais faça com que a competência seja da Justiça Federal (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 145).

Portanto, em conclusão à primeira parte desse estudo de competência (sobre os órgãos jurisdicionais), é possível afirmar o seguinte: são competentes os juízes de primeira instância da Justiça Estadual, da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho; não são competentes para conhecer a ação civil pública os Tribunais (de qualquer das *Justiças*, comuns ou especializadas, bem como Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal) nem os juízes singulares eleitorais e militares.

Resta, agora, verificar o segundo ponto da competência: o *lugar* do ajuizamento – e, para isso, há que se entender o que é *foro*. Segundo Fredie Didier Jr., “foro é o local onde o juiz exerce suas funções; é a unidade territorial sobre a qual se exerce o poder jurisdicional” (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 107).

Em termos espaciais, a Justiça Estadual organiza-se em comarcas; o território dos Estados é inteiro dividido em comarcas, que abrangem um ou mais municípios. “*Comarca* é tradicionalmente, na Justiça dos Estados, o *foro* em que tem competência o juiz de primeiro grau, isto é, seu território: em cada comarca haverá um ou mais juízos, ou seja, um ou mais ofícios judiciários, ou varas” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 188, grifo no original).

Já a Justiça Federal organiza-se em Seções Judiciárias, uma em cada Estado e no Distrito Federal (art. 110 da Constituição da República). Estas, por sua vez, podem ser descentralizadas em Subseções Judiciárias (art. 15, § único da Lei n. 5.010, de 30.5.1966 – Lei Orgânica da Justiça Federal), abrangendo um ou mais municípios (v.g., a Subseção Judiciária de São Bernardo do Campo, com sede no município de mesmo nome, no Estado de São Paulo, abrange também Diadema, município vizinho). Ainda, as Seções Judiciárias são reunidas em Regiões, sendo cinco ao todo no Brasil; a Seção Judiciária de São Paulo insere-se, junto com a de Mato Grosso do Sul, na 3ª Região, tendo, por isso, como órgão de segunda instância o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com sede na Capital do Estado de São Paulo.

Vistos tais conceitos, é hora de voltar ao art. 2º da LACP, pelo qual as ações civis públicas “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

A doutrina dá a esse tipo de competência o nome de *territorial funcional*¹¹¹, porquanto mescla a típica competência territorial, prevista nos arts. 94 e seguintes do CPC, com a competência funcional, versada no art. 93 do mesmo diploma legal. A competência territorial, como o próprio nome indica, é aquela que se estabelece num dado lugar; “a competência territorial é a regra que determina em que território a causa deve ser processada” (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 116). Por outro lado, a compe-

---

¹¹¹ Neste sentido, cf.: **a)** MANCUSO, 2014, p. 77; **b)** DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 116–117; **c)** SANTOS, E., 2012, p. 124–125; **d)** ALMEIDA, 2012, p. 74.

tência funcional “ou critério funcional de determinação da competência – relaciona-se com a distribuição das funções que devem ser exercidas em um mesmo processo” (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 117); estabelece o art. 93 do CPC que a competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada neste Código, enquanto que a dos Tribunais é firmada pela Constituição da República e pelas leis de organização judiciária. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. observam, por outro lado, que a doutrina mais atual tem entendido esta competência como hipótese de *competência territorial absoluta* (2013, p. 142).

Não obstante seja travado intenso debate sobre a natureza jurídica desta competência prevista na LACP, afirma-se que ela é absoluta e, portanto, segundo Rodolfo Mancuso, “não se prorroga, não depende de exceção para ser conhecida, pode ser declarada de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é fator de nulidade absoluta, ensejadora de ação rescisória” (2014, p. 78). Ainda segundo o mesmo autor, o caráter absoluto dessa competência aparece – além da investigação de sua própria natureza – na exposição de motivos do Projeto de Lei que deu origem à LACP: “deu-se à competência natureza absoluta, já que funcional, a fim de não permitir a eleição de foro ou a sua derrogação pela não apresentação de exceção declinatória. Esse critério convém ao interesse público existente naquelas causas” (2014, p. 78).

Observa-se que o critério estabelecido pelo art. 2º da LACP aproxima-se da regra geral para o estabelecimento da competência no caso de ação de reparação de danos, prevista no art. 100, V, alínea “a”, do CPC, em que é competente o foro do lugar do ato ou fato para a ação de reparação do dano – também chamado de *forum commissi delicti*¹¹². A escolha justifica-se pelo fato de que existem idealmente melhores condições do juiz próximo ao evento ter contato não só com as partes mas, também, com os envolvidos e os fatos guerreados na ação civil pública.

Percebe-se que a intenção do legislador [...] foi assentar o interesse público presente na condução das demandas coletivas pelo órgão judicial mais próximo dos fatos, ou seja, aquele magistrado que, além de potencialmente ter contato direto com as partes, poderia, por si mesmo, melhor avaliar as consequências do dano difuso, coletivo ou individual homogêneo, viabilizando-se assim, teoricamente, uma maior qualidade e legitimidade da sentença judicial. (ALMEIDA, 2012, p. 74).

Outras normas de índole coletiva adotaram o mesmo critério territorial, v.g., o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 209, Lei n. 8.069/90) e do Idoso (art. 80,

¹¹² Neste sentido, cf. DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 124.

Lei n. 10.741/03). É de destaque, contudo, a disposição sobre a competência presente no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor – que, como já visto, funciona como fonte de normas gerais de processo coletivo:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
 I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
 II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Surge aqui a necessidade de certas reflexões.

A Lei n. 7.347/85 estabelece que se o dano se espalhar por várias localidades – vale dizer, para fins processuais, se estenda por mais de uma comarca ou subseção judiciária –, será competente qualquer delas, ficando prevento o juízo que receber a primeira ação civil pública, nos termos do art. 2º da LACP:

Art. 2. [...]
 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.

O que o Código de Defesa do Consumidor fez, no art. 93, foi regulamentar melhor a questão: se o dano for de âmbito nacional ou regional, é competente o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. Isso não faz com que se abandonem os danos locais (inciso I), que continuam sendo a regra. O problema surge pelo fato de não existir clareza sobre as definições de dano nacional, dano regional nem, tampouco, se a competência é concorrente ou exclusiva do Distrito Federal.

No caso de *danos nacionais*, embora exista posicionamento contrário – que enxergue aí hipótese de competência exclusiva do Distrito Federal –, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência n. 26.842, que “em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal”. Em seu voto no referido Conflito de Competência, o Ministro César Asfor Rocha destacou que danos nacionais são aqueles que *atingem todo território nacional* e, em razão disso, a ação civil pública poderá ser proposta em qualquer Estado-Membro ou no Distrito Federal, de acordo com a opção de conveniência que se coloca ao autor da demanda. Isto porque, no seu

entender, o Distrito Federal foi incluído no inciso II do art. 93 do CDC em razão da “mera equiparação que lhe é feita a um ente federativo assemelhado a um Estado-Membro”. De outro lado – continua o Ministro –, a concentração de demandas na Capital da República em nada prestigia a efetividade processual, primeiro porque dificulta o acesso à justiça, e depois, porque assoberba o judiciário distrital com causas que, do ponto de vista fático, não lhe são próximas, familiares – daí porque a escolha, pelo legislador, da regra que fixa a competência no lugar do dano: “o local do dano, por sediar os elementos materiais do fato que se constitui na causa de pedir, é sem dúvida o mais apropriado para a colheita das provas que irão instruir o processo e fundamentar o provimento jurisdicional”¹¹³.

De todo modo, é de se pensar que no dano de âmbito nacional não tem sentido prático – nem lógico – ajuizar a ação civil pública na capital de um Estado cujo número de pessoas atingidas é pequeno se comparado aos demais Estados. Fala-se, por isso, que deve ser aplicado o *princípio da competência adequada*: “a regra de que qualquer capital é competente para as ações que envolvem danos ou ilícitos nacionais é apenas um ponto de partida. É preciso controlar a competência adequada, e isso somente pode ser feito *in concreto*”. É de rigor, por conta disso, que se busque o *local especialmente prejudicado* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 146–147).

Em relação aos *danos regionais*, igualmente não existe um conceito que os defina. Podem ser compreendidos como os danos que envolvem uma das cinco regiões do país ou, de outro modo, um dano que atinja um número expressivo de localidades (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 147). César Asfor Rocha, no julgado do Conflito de Competência mencionado acima (CC 26.842), afirma que os danos de âmbito regional são aqueles que se espriam em mais de um Estado-Membro, ou em um ou mais Estado-Membro e também no Distrito Federal. Não obstante inexistir definição única, a conclusão que se chega é a mesma dos danos nacionais: não existe um único lugar a se propor a ação civil pública mas, ao contrário, qualquer dos Estados envolvidos estão aptos a receber aquela ação civil pública.

Em qualquer das situações, contudo, deve-se buscar não a extinção pura e simples do processo por incompetência do juízo mas, antes, a reunião das causas no juízo prevento, com o que se concretizará a efetividade da jurisdição de modo mais ajustado,

---

¹¹³ Confira, no Anexo, Julgado n. 10, p. 157.

objetivando-se sempre a decisão de mérito (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 147). Diferentemente do que ocorre nos processos intersubjetivos (individuais), as ações coletivas clamam um julgamento mais *holístico*, global. Desse modo, pode ser que o processo ajuizado por uma associação representativa perante juízo que, à luz fria da lei, seja incompetente, traga elementos novos que naquela primeira ação civil pública – essa sim, no foro competente – não se atentou, ou não se sabia. É o tipo de questão em que não se podem desprezar elementos, vez que o que interessa é o todo, é a coletividade.

Outra questão que se coloca, também apresentada por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., é que os danos nacionais e regionais são, também, locais; se eles podem ocorrer em todo o território nacional, podem ocorrer numa distante e pequena localidade do interior do país. Em vista disso, tem-se observado que ações civis públicas com objetos de dimensão nacional são ajuizadas em pequenas comarcas, propostas especialmente pelo Ministério Público desses lugares para a proteção dos interesses locais. Sustentam os autores que esse proceder não é o mais correto, pela falta de coordenação da atividade; “a prevalecer essa ideia, a tutela coletiva fragmentar-se-ia num sem-número de ações, além da ação a ser proposta na capital do Estado. [...] Quando o dano for nacional, não é possível a fragmentação em diversas ações coletivas por danos locais” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 146). Embora os autores não digam dessa forma, observa-se que deve existir, nas ações de cunho nacional ou regional, uma espécie de *absorção* em razão da extensão do dano: os danos locais, e sua respectiva tutela, são absorvidos pelos danos regionais ou nacionais.

Deve ser lembrado, também, que as ações civis públicas podem ser ajuizadas preventivamente, de modo a evitar a ocorrência de um dano coletivo (art. 4º, LACP). O critério de competência deve permanecer o mesmo, devendo o art. 2º da LACP ser lido como local onde *possa ocorrer* o dano. Nesse aspecto, o Estatuto da Criança e do Adolescente inovou, disciplinando textualmente, em seu art. 209, que é competente o local onde “ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão”. Sobre o tema, pode-se afirmar que “assim, prevê-se a competência para ações preventivas, que não pressupõem o dano, como as ações inibitórias. Essa regra deve ser aplicada a todo o microssistema da tutela jurisdicional coletiva” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 143).

Cabe, ainda, um último ponto de análise – que, inclusive, será de extrema importância adiante, tendo em vista que as ações previdenciárias são, em regra, de competência da Justiça Federal. Estabelecem os parágrafos 3º e 4º do art. 109 da Constituição da República:

Art. 109.

[...]

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Trata-se da chamada *competência por delegação*: nas localidades que não existir Justiça Federal, as ações previdenciárias (por disposição constitucional) e outras de competência federal (por força de lei) podem ser ajuizadas perante a Justiça Estadual, com recurso para o Tribunal Regional Federal que tem jurisdição sobre a respectiva área. É de se observar que todo o território brasileiro está dividido em seções e subseções judiciárias; mas nem todos os municípios possuem sede da Justiça Federal – aliás, em poucos municípios isso se verifica. Reitere-se o exemplo da Subseção Judiciária de São Bernardo do Campo, no Estado de São Paulo: ela tem jurisdição sobre o próprio município de São Bernardo e, também, Diadema. Em Diadema, portanto, não existe sede da Justiça Federal; o segurado que tenha domicílio nesse município pode demandar contra a Previdência Social perante uma das varas da comarca de Diadema (Justiça Estadual) ou se dirigir à São Bernardo do Campo, e lá ajuizar sua demanda¹¹⁴. Não se trata de competência absoluta mas, antes, de mecanismo que objetiva facilitar o acesso à justiça em um país de dimensões continentais – e baixa *interiorização da Justiça Federal* – como o Brasil. É, portanto, uma faculdade a ser exercida pelo autor. No sentido de representar uma *escolha* é a Súmula n. 24 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Súmula 24. É *facultado* aos segurados ou beneficiários da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal. (grifo nosso)

¹¹⁴ Pode-se imaginar também que a demanda contra a autarquia previdenciária responsável pela Previdência Social (o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS) seja ajuizada no Distrito Federal, independentemente do domicílio do autor, a teor do disposto no art. 109, § 2º da Constituição da República. Admite-se, igualmente, que a demanda seja proposta na capital do Estado de domicílio do autor, tendo em vista que ela é a sede da Seção Judiciária daquele Estado.

Exemplo de ação que tramita na Justiça Estadual nesses moldes por força de lei são as ações de usucapião especial rural que recaem sobre terras devolutas federais, a teor do disposto no art. 4º, § 1º da Lei n. 6.969, de 10.12.1981¹¹⁵.

Contudo, a competência por delegação *não* se aplica às ações civis públicas. Ainda que no passado o tema tenha sido tratado de modo diverso, inclusive com a edição de Súmula pelo STJ¹¹⁶ (posteriormente cancelada), hoje é pacífico que as ações civis públicas que tenham por objeto interesse da União serão julgadas perante a Justiça Federal. O revés da questão deu-se por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n. 228.955¹¹⁷, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão. Extraí-se do referido julgado:

Considerando que o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu.

O art. 93 do CDC corrobora com esse entendimento, ao *ressalvar* a competência da Justiça Federal – “o que é mais um indicativo de que, realmente, não houve essa delegação de competência” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 145).

Desse modo, conclui-se que se a ação civil pública preencher qualquer das hipóteses previstas no art. 109 da Constituição da República – que, frise-se, é o artigo que dispõe sobre a competência da Justiça Federal –, ela deve ser proposta obrigatoriamente perante a Justiça Federal, não se podendo falar na incidência do art. 109, § 3º. Inexistindo sede da Justiça Federal no local do dano (art. 2º, LACP), o autor deve dirigir-se à sede da seção ou subseção judiciária que tenha jurisdição sobre a localidade.

¹¹⁵ Observe-se que o tradicional exemplo de competência da Justiça Estadual por delegação nas *ações de execução fiscal federal* sofreu alteração: sua previsão legal (art. 15, I, da Lei Orgânica da Justiça Federal – Lei n. 5.010/66) foi recentemente revogada pelo art. 114, IX da Lei n. 13.043, de 13.11.2014.

¹¹⁶ Trata-se da Súmula 183, do STJ, que tinha a seguinte redação: “Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da justiça federal, processar e julgar ação civil publica, ainda que a União figure no processo”. Esta Súmula foi cancelada por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração no Conflito de Competência n. 27.676-BA (j. 8.11.2000, DJ 27.11.2000).

¹¹⁷ Confira, no Anexo, Julgado n. 11, p. 159.

3.4. Legitimação

Como visto (cf. item n. 2.1, p. 37), a tutela coletiva surge com a constatação da necessidade de se considerarem certos bens e interesses por um aspecto coletivo; isto representa, em verdade, a passagem de um modelo individualista, centrado nas relações interpessoais, para um sistema mais complexo, em que determinados assuntos afetam a todos, coletivamente. Existem, por conta dessa transposição, certos desafios teóricos vez que fórmulas do modelo tradicional (dogmas) precisam ser quebradas para abrir espaço para as novas soluções. Viu-se, assim, que um dos grandes saltos necessários foi a ruptura com a técnica de que *cada um tutela seu próprio direito*, admitindo-se, agora, que representantes ajam em nome de grupos.

Em razão dessas modificações, o tema da legitimação nas ações coletivas é, do ponto de vista teórico, bastante complexo. Aliás, no campo processual, não é exagero afirmar que os temas da *legitimação* e da *coisa julgada* no processo coletivo representem, talvez, os maiores desafios técnicos para se transpor; em vista das necessárias mudanças, foram propostas medidas que frontalmente atacaram os sólidos e praticamente inquebráveis dogmas existentes então sobre o assunto.

Assim, por um critério de utilidade prática, a legitimidade na ação civil pública será investigada à luz do que hoje se estabelece em termos legislativos – em detrimento, é certo, de toda a evolução sofrida pelo tema, o que, não obstante seja fascinante, foge ao tema proposto.

Ensina Fredie Didier Jr. que, de modo geral, a legitimação para agir em juízo é o vínculo necessário que se estabelece entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica de fundo que autoriza a existência da ação. Isto porque a todos é garantido o direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade da jurisdição), mas nem todos estão autorizadas a demandar sobre qualquer assunto; deve existir essa ligação (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 176). Afirma o mesmo autor, ainda, que essa legitimação também pode ser chamada de *legitimidade ad causam*, *ad causam petendi* ou *ad agendum* – todas elas expressões que objetivam dizer que aquela pessoa tem a capacidade de conduzir o processo. “Parte legítima é aquele que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora”. Por fim, diz o proces-

sualista que existem três principais aspectos em relação à legitimação *ad causam*: a) são situações jurídicas reguladas por lei; b) é uma qualidade jurídica que se referem às duas partes do processo (autor e réu); c) somente é verificada diante do objeto litigioso, em concreto, ou seja, depende das regras de direito material (2008, p. 176–177).

Nas lições tradicionais de processo civil – vale dizer, no processo civil individualista –, o tema é tratado, em sua dimensão mais geral, no art. 6º do Código de Processo Civil: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Desse modo, “é titular de ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 260).

Essa é a regra clássica e, portanto, chamada de *legitimação ordinária*.

Contudo, em vista da evolução no assunto, surgiu a chamada *legitimação extraordinária*: situação excepcional que alguém conduz o processo em nome de outrem (normalmente uma pessoa que representa várias). São hipóteses em que o “legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso” (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 177). A excepcionalidade é confirmada pelo fato de que a legitimação extraordinária deve ser permitida por lei, não existindo faculdade para que as partes elejam um representante sem a devida permissão legal.

Este é, inegavelmente, o caso das ações civis públicas. É de se anotar que se está diante de campo com extremos debates; não há consenso sobre a natureza jurídica da legitimação conferida aos titulares da ação civil pública. Fala tanto em *legitimação extraordinária*, quanto em *legitimação autônoma para a condução do processo* – e até mesmo em *legitimação ordinária* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 203), vez que o Ministério Público, ao agir em nome da sociedade, o faz com base em um direito que lhe é constitucionalmente atribuído. Importa, aqui, apenas a menção de que tal legitimação é diversa da legitimação ordinária e, de mais a mais, rompe com esse sistema tradicional. Luís Paulo Sirvinskas diz que é caso de *substituição processual* (2011, p. 649).

Pelo fato da legitimação dizer respeito aos dois polos da ação (autor e réu), o tema será subdividido em legitimação ativa e passiva, com a ressalva de que – já adiantando o tópico – não se admite a legitimidade passiva coletiva nas ações civis públicas (e, aliás, em nenhuma ação coletiva na atualidade).

Em relação à legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, dispõe o art. 5º da LACP, que hoje tem a seguinte redação¹¹⁸:

Art. 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 patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Dentro do microssistema de tutela coletiva é de fundamental menção o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que hoje assim se apresenta¹¹⁹:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Pela simples leitura, observa-se que o tema hoje está mais desenvolvido diretamente na LACP, motivo pelo qual, nesse particular, o CDC perde um pouco de sua força como norma de harmonização. Assim, de acordo com o art. 5º da LACP, estão legitimados para a propositura da ação civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública,

¹¹⁸ Este art. 5º foi intensamente modificado pela Lei n. 11.448, de 15.1.1997, colocando basicamente em incisos as pessoas que estavam disciplinadas no *caput*, e, ampliando o tema, deu legitimidade à Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. Afora essa modificação, as Leis n. 12.966 e 13.004, ambas de 2014, ampliaram os temas previstos na alínea “b” do inciso V.

¹¹⁹ A redação original do *caput* foi alterada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995.

a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como suas autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, e as associações civis, sendo que, neste último caso, deve existir o preenchimento de certos requisitos.

Em vista do que dispõe o art. 5º da LACP, pode-se afirmar, acompanhando a doutrina de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., que se adotou uma sistemática *plúrima e mista*: “plúrima por serem vários os entes legitimados, mista por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado” (2013, p. 210).

Em relação ao *Ministério Público*, sua legitimação é, em verdade, fruto da função institucional que a Constituição da República lhe confere, em seu art. 129, III. Conforme anota Teori Zavascki, não há limitação para a atuação do Ministério Público nas ações civis públicas, desde que se tratem de *direitos difusos e coletivos*; não cabe, portanto, ao Ministério Público, o patrocínio de causas que envolvam interesses de entidades públicas (o art. 129, IX da Constituição de 1988 veda, expressamente, “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”), bem como direitos individuais, salvo os indisponíveis, na forma do art. 127, *caput*, do texto constitucional (ZAVASCKI, 2011, p. 62).

Além disso, a importância da função institucional de defesa dos direitos difusos e coletivos é tão destacada que, à luz do que estabelece o § 1º do art. 5º da LACP, se o Ministério Público funcionar como parte na ação, servirá nela como fiscal da lei obrigatório.

Há, porém, uma questão que merece destaque sobre a atuação do Ministério Público. A Constituição da República é explícita ao tratar da competência da Justiça Federal; contudo, a atuação do *Parquet* em tais causas é motivo de questionamentos. Segundo lição de João Batista de Almeida, existem autores e julgados que sustentam que o Ministério Público Federal somente poderia ser autor de ações perante a Justiça Federal nos casos em que houvesse interesse da União e demais pessoas de direito público a ela ligadas; de acordo com o autor, tal posicionamento não deve prevalecer. Dois são seus principais argumentos (ALMEIDA, 2011, 109–110):

a) em razão do *princípio da simetria*, perante o Poder Judiciário da União deve funcionar o Ministério Público da União, combinando-se aos arts. 101 a 110 da Constituição com o art. 128;

b) os membros do Ministério Público Federal (órgão do Ministério Público da União) atuam, em regra, perante os Juízes Federais em virtude de determinação do art. 70 da Lei Complementar n. 75/93, que tem a seguinte redação: “os Procuradores da República serão designados para officiar junto aos Juízes Federais e junto aos Tribunais Regionais Eleitorais, onde não tiver sede a Procuradoria Regional da República”.

Corroboram com este entendimento diversos julgados, apresentados pelo mesmo autor, *v.g.*, os Conflitos de Competência n. 4.927 e 40.534, bem como o Recurso em Mandado de Segurança n. 4.146, todos do Superior Tribunal de Justiça; no Supremo Tribunal, é de relevo o julgamento do RE 228.955¹²⁰ (ALMEIDA, 2011, 110–113).

Desse modo, e para os fins que aqui interessam (relativos ao Direito Previdenciário), é o Ministério Público Federal – e não o Estadual – o legitimado, em tese, para ajuizar a ação civil pública que envolva interesse da União¹²¹.

Já em relação à *Defensoria Pública* e às demais *pessoas jurídicas de direito público* (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as respectivas autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista), a atuação não é tão ampla; ao contrário, limita-se em função do 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”. Já em relação à Defensoria Pública e às pessoas jurídicas de direito público, “a atuação em defesa dos direitos transindividuais constitui atividade acessória e eventual” (ZAVASCKI, 2011, p. 62). Desse modo, tais pessoas somente podem propor ação civil pública nos casos em que houver algum tipo de interesse “próprio”: em relação à Defensoria Pública, a limitação

¹²⁰ Confira, no Anexo, Julgado n. 11, p. 159.

¹²¹ É de registro que Fredie Didier Jr. entende de modo diverso; para esse autor, “o Ministério Público, qualquer que seja ele, poderá exercer as suas funções em qualquer Justiça”. Aponta, inclusive, diversos fundamentos para tanto (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 148–149). Contudo, tendo em vista o tema proposto, por força da limitação de competência por delegação (art. 109, § 3º da Constituição da República) nas ações civis públicas, bem como que é interesse da União a discussão de benefícios previdenciários, porquanto instrumentalizados por autarquia sua (INSS), não parece prático que o Ministério Público Estadual ajuíze ações desta ordem perante a Justiça Federal. O tema, contudo, merece maiores e melhores considerações para se chegar a uma resposta definitiva.

tem a ver com os interesses dos *necessitados* (art. 134 da Constituição da República); em relação às pessoas jurídicas de direito público, para que a ação civil pública seja proposta deve existir a possibilidade de algum tipo de vantagem para seus próprios interesses com a eventual sentença de mérito. Marcelo Almeida, por outro lado, aponta que a lei não faz qualquer restrição às ações civis públicas ajuizadas pela Defensoria Pública, motivo pelo qual “qualquer tentativa do intérprete de exigir algum requisito, não previsto pelo legislador [...], qualquer que seja o bem jurídico lesionado, deve ser reprimida por representar um retrocesso, e violar o princípio do acesso à justiça substancial” (ALMEIDA, 2012, p. 73).

Limitação também é sofrida pelas *associações civis*. De acordo com o art. 5º, V, da LACP, para que uma associação seja parte legítima a propor uma ação civil pública ela deve, concomitantemente, preencher o requisito temporal (estar constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil) e o requisito de pertinência temática (deve incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Segundo Teori Zavascki, esta limitação tem por missão escolher entidades que possuem certa *estabilidade* (porque constituídas há um certo tempo considerável), bem como que tenham fins institucionais compatíveis com a tutela pretendida (ZAVASCKI, 2011, p. 63).

A lei, contudo, mitiga o requisito da estabilidade, estabelecendo, no § 4º do art. 5º em análise, que “o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. Tal parágrafo foi inserido pelo Código de Defesa do Consumidor que, aliás, tem disposição em igual sentido em seu art. 82, § único.

Marcelo Pereira de Almeida destaca que, diferentemente das *class actions* norte-americanas, no Brasil o ordenamento jurídico define a legitimação pelo legislador. Nas *class actions*, a legitimidade é do indivíduo e será aferida pelo juiz em cada caso concreto; aqui, “o autor é um representante institucional, previsto em abstrato pelo legislador”. Tem-se, portanto, um modelo *ope lege* (ALMEIDA, 2012, p. 71–72).

Em relação à legitimidade passiva, não há muito o que tratar. Não obstante existam alguns – poucos exemplos – de ações coletivas passivas, a legitimidade coletiva passiva não é admitida nas ações civis públicas, vale dizer, não se pode identificar um representante adequado para responder em juízo quando o dano foi causado por uma coletividade. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. dão como exemplo de ações coletivas passivas os litígios trabalhistas em que figuram, em ambos os polos processuais, sindicatos: de um lado um sindicato de trabalhadores; de outro – e principalmente este –, o sindicato patronal (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 439–440). É, de todo modo, terreno ainda pouco explorado e que, para os fins aqui almejados, de pouca contribuição tendo em vista que no Direito Previdenciário coloca-se, de um lado, uma coletividade (a de beneficiários, a de segurados, a de aposentados, *etc.*) e, de outro, o órgão da administração responsável pelo Regime Geral de Previdência Social, que é o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Não se vê, portanto, na relação previdenciária básica (que tem como *credores* um grupo – os segurados e seus dependentes – e como devedor uma única pessoa – o INSS) a utilidade, nem teórica, da legitimação coletiva passiva.

CONCLUSÃO

Em vista do que foi tratado, podemos concluir o presente trabalho de pesquisa com as seguintes afirmações:

1) O Direito Previdenciário é um direito fundamental, consagrado na Constituição da República de 1988 nos arts. 7º e 194 mas, principalmente, nos arts. 201 e 202 do texto constitucional.

2) Um *direito fundamental* é aquele que possui a nota da fundamentalidade, vale dizer, são situações jurídicas que prestigiam a dignidade humana e todas as relações daí decorrentes (cf. item n. 1.1, p. 12).

Tais direitos não surgem ao mesmo tempo mas, ao contrário, são fruto de evolução histórica; são, por isso, chamados de *direitos históricos*. Em razão dessa característica evolutiva, costumam ser agrupados em gerações (ou dimensões), de acordo com o momento histórico em que surgiram. A *primeira geração* corresponde às liberdades individuais – direitos de resistência que os particulares opõem contra o Estado; representam, por isso, um *não-fazer* estatal. São exemplos o direito à liberdade e à privacidade. Num momento seguinte, surgem os direitos de *segunda geração*, também chamados de *direitos sociais* porquanto pretendem a igualdade material. Foram criados de modo a minimizar as diferenças sociais e reduzir as desigualdades; constituem, por isso, um *fazer* do Estado, no sentido de que ele deve promover ações destinadas ao bem-estar social. São exemplos os direitos trabalhistas. Num último aspecto, surgem os direitos de *terceira geração*, também identificados como direitos de solidariedade ou *difusos*; nestas hipóteses, o que se pretende assegurar são aqueles bens e interesses que não obstante digam respeito a cada pessoa, não são de ninguém concretamente. Exemplo dessa dimensão é o direito ao meio ambiente equilibrado.

Tal classificação, contudo, é meramente didática, vez que os direitos de uma geração dialogam com direitos das demais gerações. Além do mais, certos casos são de difícil localização. Por fim, à essas três gerações básicas a doutrina tem acrescentado outras – o que demonstra a constante evolução.

3) O Direito Previdenciário insere-se tipicamente no contexto dos *direitos sociais*, portanto, direitos de segunda geração (cf. item n. 1.2, p. 20). Isto porque ele é um dos mais – se não for o mais – atuantes mecanismos de redução das desigualdades sociais previstos no texto constitucional.

Em 1988, a Constituição da República definiu o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito (art. 1º); em razão das características que foram impressas ao modelo de Estado, afirma-se que se construiu um Estado Social Democrático de Direito. Corroboram com essa adjetivação os objetivos da República, especialmente aqueles previstos no art. 3º, I e III da Lei Maior, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I) e a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades (inc. III).

Na promoção desses objetivos, o constituinte consagrou, no art. 6º, uma série de direitos sociais – dentre os quais, a Previdência Social. E mais: assentou que a ordem social tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Observa-se, portanto, que a centralidade das questões sociais repousa na questão do trabalho. Este, por sua vez, deve ser visto em sua dupla dimensão: a do trabalho e a da Previdência Social. É que ao lado do trabalho propriamente dito (da atividade produtiva), existem uma série de situações (as chamadas *contingências*) que impedem o regular desenvolvimento de uma atividade (situação de inatividade) e, assim, comprometem a existência não só do próprio trabalhador como, mais do que isso, de seu grupo familiar – existência que, aliás, à luz dos direitos fundamentais, não deve ser a mera sobrevivência mas, sim, uma existência digna. A Previdência Social, assim, pode ser vista como um mecanismo que funciona ao revés do trabalho: aparece nas situações em que este não é possível em razão de certas circunstâncias.

4) A Previdência Social insere-se num contexto maior, chamado de *Seguridade Social* que, por sua vez abrange também a Saúde e a Assistência Social. Pode ser tanto pública (oficial, compulsória) quanto privada (facultativa, organizada pelos próprios participantes); a Previdência pública, pode ser geral (Regime Geral de Previdência Social, que se destina, em regra, aos trabalhadores da iniciativa privada em geral) como restrita a certos grupos (Regimes Próprios, que abrangem certos servidores públicos).

Quando se pensa em Previdência Social, quase sempre se está pensando no Regime Geral. É neste Regime que se assenta o presente trabalho.

5) Justifica-se a natureza de direito fundamental em relação ao Direito Previdenciário porquanto ele preenche uma série de características comuns aos demais direitos fundamentais.

O Direito Previdenciário é *histórico*, ou seja, fruto de larga evolução, cristalizado em conquistas de ordem social. Tem feições de *universalidade*, bastando que se preencham certas condições objetivas prévias (contingências) para se ter acesso às prestações previdenciárias. O sistema não escolhe pessoas senão pelo critério do decréscimo no sustento delas, o que, invariavelmente, lhes irá retirar importante parcela de dignidade. O Direito Previdenciário é também *inalienável*, vale dizer, não são posições passíveis de negociação; são, em razão disso, *indisponíveis* e podem ser exercidos a qualquer tempo (*imprescritíveis*). É, ademais, um direito *constitucionalizado*, ou seja, as normas básicas – e mesmo algumas bem específicas – estão consagradas no texto constitucional, que é o lugar próprio dos direitos fundamentais. Ademais, é mecanismo que *vincula os Poderes Públicos*, devendo o Estado se organizar de forma que a Previdência se concretize de forma efetiva.

Em razão de todas essas características, é possível afirmar que o Direito Previdenciário possui a chamada *jusfundamentalidade material*, ou seja, é, em relação ao conteúdo (muito mais do que apenas em sua forma) um verdadeiro direito fundamental. Em razão disso, devem ser tratados com as cautelas de estilo próprias dos direitos fundamentais; mais ainda: eventual afronta constitui, em larga medida, ataque à dignidade humana e o reconhecimento de que o Estado tem falhado na sua missão de promoção do bem-estar social.

6) Em outro aspecto, tratou-se dos *direitos coletivos* (cf. item n. 2, p. 36).

Foi dito que os interesses coletivos surgiram, numa perspectiva evolutiva, no momento em que os tradicionais interesses individuais não conseguiram mais dar atendimento aos apelos de grupos (cf. item n. 2.1, p. 37). Surgem os *fenômenos de massa* e, com eles, os problemas em massa. O Direito, com sua típica função de solução de conflitos, não consegue resolver tais problemas com as tradicionais fórmulas, voltadas

essencialmente à tutela de interesses de índole individual. São necessárias, portanto, mudanças para que se adéquem os mecanismos jurídicos a essa nova realidade. No tempo histórico, tais preocupações de índole coletiva no campo jurídico coincidem com os direitos fundamentais de terceira geração, que identificam no caráter difuso um tema de promoção de direitos concernentes a todas as pessoas, mas insuscetíveis de apropriação por qualquer uma delas individualmente.

7) Embora o tema comporte múltiplas acepções (cf. item n. 2.2, p. 42), os direitos coletivos em sentido amplo são aqueles em que não se conseguem precisar – pelo menos num primeiro momento – quem são os titulares; é titular o grupo como um todo. São direitos que se distinguem diametralmente dos direitos individuais clássicos em razão da titularidade – estes sim titularizados por pessoas já desde o início determinadas.

8) Conceito bastante presente no tema é da *transindividualidade*: os direitos coletivos transcendem as posições individuais, sempre com vistas à um grupo. São, por isso, chamados de *direitos transindividuais* ou *metaindividuais*.

9) No campo dos direitos transindividuais, surgem três categorias de direitos: os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

Os *direitos difusos* são aqueles de natureza transindividual em que há a indeterminação absoluta dos titulares. O elemento que une as pessoas do grupo é uma circunstância de fato, um acontecimento. São direitos indivisíveis na medida em que se atacados ou tutelados, o ataque ou a solução aproveita a todos; não é possível qualquer tipo de fracionamento. Já os *direitos coletivos stricto sensu* são, igualmente, transindividuais, mas calcados numa relação jurídica base. Por sua vez, os *direitos individuais homogêneos* são essencialmente individuais, mas acidentalmente (casuisticamente) coletivos, vale dizer, podem ser tutelas de modo individual pois os titulares são definidos e o objeto é divisível (aliás, nestes casos o objeto coletivo é a soma dos objetos individuais); a tutela se faz coletiva pela existência de uma origem comum que coloca todos os titulares em contato com a parte contrário de modo homogêneo.

10) Viu-se, ademais, que o Direito Previdenciário é um direito que pode ser tutelado pelo viés coletivo, especialmente pelo prisma dos direitos individuais homogêneos, com o que se tem a possibilidade do ajuizamento de ação civil pública no tema.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Livros e monografias

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Processo coletivo: teoria geral, cognição e execução*. São Paulo: LTr, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CALDEIRA, Adriano. *Processo coletivo: uma análise sistemática acerca da litispendência*. São Paulo: LTr, 2012.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORPUS iuris civilis. Editado por Paul Krueger, Theodor Mommsen, Rudolf Schoell e Wilhelm Kroll. Berlin: Weidmann, 1888. Disponível em: <<https://archive.org/details/corpusjuriscivil01krueuoft>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil - volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil - volume 2: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – volume 4: Processo Coletivo*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

- DIMOULIS, Dimitri; TAVARES, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *direitos humanos Fundamentais*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.
- _____. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. 2. ed. Curitiba: LTr, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014a.
- _____. *Direito do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014b.
- _____. *Instituições de Direito Público e Privado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de Direito Penal - vol. 1: Parte Geral*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - tomo I: O Estado e os sistemas constitucionais*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NEVES, Gustavo Bregalda. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions - ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Jus Podivm, 2013.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microssistema de tutela coletiva: parceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O princípio da seletividade das prestações de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2003.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil - volume 1*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade Social como direito fundamental material*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988 – vol. 7*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – volume 1: Lei de Introdução e Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Método, 2009.
- _____. *Direito Civil – volume 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948–1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – volume 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Artigos e separatas

AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 510–554.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Material Coletivo: revisitando os paradigmas clássicos. *Carta Forense*, 2 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-material-coletivo--revisitando-os-paradigmas-classicos/5659>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

ALVES, Lucélia Sena. Legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública: interpretação a partir dos paradigmas constitucionais. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, v. 31, n. 61, p. 61–84, 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15256>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1–48.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, v. 82, p. 92–151, abr./jun. 1996.

_____. Tutela coletiva em Juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC. *Revista do Advogado*, ano XXXI, n. 114, p. 18–30, dez. 2011.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direcção. O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social – Faculdade de Direito da USP*, vol. 2, n. 4, p. 73–95, jul./dez. 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Art. 22, § 1º, Lei n. 12.016/2009. Mandado de segurança coletivo. Direito de auto-exclusão da abrangência da jurisdição coletiva. Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microsistema da tutela coletiva. In: _____. *Editorial*, n. 73, 9 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-73/>>. Acesso em: 3 dez. 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Democracia e direitos sociais. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (Org.). *Estudos de Direito Constitucional: homenagem à professora Maria Garcia*. São Paulo: IOB, 2008. p. 352–355.
- GARCIA, José Ailton. Ação popular: sistema legal e legitimação ativa. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva - 2. série*. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 397–422.
- GARCIA, Maria. A interpretação constitucional e os requisitos da ação popular. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 8, n. 30, p. 86–94, jan./mar. 2000.
- GIDI, Antonio. Prefácio. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - volume 4: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 19–20.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9, p. 95–99, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/244/406>>. Acesso em: 19 nov. 2014.
- HOUSE OF REPRESENTATIVES - The Committee on the Judiciary. Historical Notes. In: _____. *Federal Rules of Civil Procedure*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1. Dec. 2013. p. VII–XIII. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/uscourts/rules/civil-procedure.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

- LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Rule 23. Class Actions. In: _____. *Federal Rules of Civil Procedure (as amended to December 1, 2014)*. Ithaca: Cornell University Law School, 2014. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23>. Acesso em: 23 nov. 2014.
- LIRA, Daniel Ferreira de. Breves notas sobre os princípios informativos do processo coletivo brasileiro. *Conteúdo Jurídico*, ano IV, n. 194, maio 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37091>>. Acesso em: 26 nov. 2014.
- _____; NUNES, Livia Barbosa. O processo coletivo brasileiro e as normas de reenvio. *Conteúdo Jurídico*, ano IV, n. 202, jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37959>>. Acesso em: 26 nov. 2014.
- MALLET, Estêvão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. In: MALLET, Estêvão; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coord.). *Tutela processual coletiva trabalhista – temas*. São Paulo: LTr, 2010. p. 9–37.
- MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte; PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Oscar Vilhena. Introdução à parte I – Sistema global de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Código de Direito Internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008. p. 3–13.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Fenômenos de interesse para o Direito Privado e para o Direito Constitucional. In: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Andrea Accorsi (Org.). *Estudos de Direito Constitucional: homenagem à professora Maria Garcia*. São Paulo: IOB, 2008. p. 515–530.
- NIKITENKO, Viviani Gianine; ALVES, Jaime Leônidas Miranda; SANTOS, Mayara Fernanda Perim. O Direito frente à sociedade globalizada. *Jus Navigandi*, ano 18, n. 3575, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24195>>. Acesso em: 5 nov. 2014.
- PRESIDÊNCIA da República. *Mensagem de veto n. 359, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/mensagem_veto/anterior_98/mvep359-85.htm>. Acesso em: 30 nov. 2014.

- PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Prefácio. In: ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 13–25.
- PINHEIRO, Walter. *Justificação. Projeto de Lei do Senado n. 121, de 2011*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99596>. Acesso em: 1 dez. 2014.
- PIOVESAN, Flávia. direitos humanos. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de Direitos Difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 551–566.
- RAGAZZI, José Luiz; HONESKO, Raquel Schlommer; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Processo Coletivo. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de Direitos Difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 659–723.
- RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9, p. 51–58, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/248/410>>. Acesso em: 19 nov. 2014.
- RIBEIRO, Igor Coelho Antunes. Teoria das ondas renovatórias: uma concepção tridimensional de acesso à justiça. *Revista Crítica do Direito*, v. 3, n. 55, dez. 2012/jan. 2013. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-3-volume-55/igor>>. Acesso em: 19 nov. 2014.
- SANTANA, Agatha Gonçalves. Ensaio sobre as ações pseudocoletivas e pseudo-individuais e a defesa de um sistema de direito processual coletivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva – 2. série*. Jus Podivm: Salvador, 2012. p. 17–33.
- SUGA, Sônia Regina Orlandini. A nova atribuição do Ministério Público diante da lei que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, v. 1, n. 2, p. 85–95, jan./jun. 1992.

ANEXO – JULGADOS

Julgado n. 1 – Direito Previdenciário como um direito fundamental. Imprescritibilidade do direito de fundo nos benefícios previdenciários (I).^(a)

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO NEGADO PELO INSS. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O direito à concessão de benefício do regime geral de previdência pode ser exercido a qualquer tempo, não havendo que se falar em prescrição do fundo de direito quando negado na via administrativa.

2. Agravo regimental improvido.

STJ, 1ª Turma. AgRg no AREsp 337.832/CE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 23.10.2014, DJe 03.11.2014. Grifo nosso.

Julgado n. 2 – Direito Previdenciário como um direito fundamental. Imprescritibilidade do direito de fundo nos benefícios previdenciários (II).^(a)

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO.

Em matéria de previdência social, a prescrição só alcança as prestações, não o direito, que pode ser perseguido a qualquer tempo.

Agravo regimental desprovido.

Voto – Min. Sérgio Kukina:

[...] Não há prescrição do fundo de direito na hipótese em que se pleiteia benefício previdenciário originário. Isso porque não se localiza na Lei 8.213/1991 qualquer dispositivo que contemple prazo prescricional ou decadencial, precedido ou não de indeferimento administrativo, relativamente à obtenção de benefício originário. Em vista da especialidade e da inequívoca vocação social da Lei de Benefícios da Previdência Social é de se afastar a aplicação subsidiária do prazo quinquenal contemplado no artigo 1º do Decreto 20.910/1932 ou da Súmula 85 do STJ. Assim, é imprescritível o direito à originária concessão de benefício previdenciário.

Voto – Min. Benedito Gonçalves:

[...] Não há prescrição do fundo de direito na hipótese em que se busca obter benefício previdenciário. Isso porque o artigo 103 da Lei 8.213/1991 declara que a prescrição do fundo de direito atinge a revisão do ato que concedeu o benefício, ou seja, pressupõe benefício que está ou, pelo menos, esteve em manutenção, já tendo sido concedido e pago ou restabelecido. Não diz respeito à extinção do direito a reclamar a proteção securitária, porque, sendo esse direito fundamental, não se sujeita à caducidade. A garantia à cobertura pelo sistema previdenciário traduz inequívoca proteção à manutenção da vida digna. Conforme precedente do STF, julgado sob o rito da repercussão geral, o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário.

STJ, 1ª Turma. AgRg no AREsp 364.526/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 16.6.2014, DJe 28.8.2014. Grifo nosso.

---

^(a) Mencionado na nota de rodapé n. 22, p. 31.

Julgado n. 3 – Direito Previdenciário como um direito fundamental. Imprescritibilidade do direito de fundo nos benefícios previdenciários (III).^(b)

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. PROCEDÊNCIA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO FIXADO NA DATA DO ÓBITO, OBSERVADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

I. No que pertine à alegação de prescrição, no âmbito previdenciário, face o caráter alimentar das prestações devidas aos segurados, resta ileso o fundo do direito pleiteado, salientando-se, todavia, que a fruição dos efeitos financeiros ou patrimoniais daí decorrentes restringir-se-á ao quinquênio que precede a propositura da ação.

[...]

VI. Todavia, deve-se observar a prescrição quinquenal no cálculo das prestações vencidas, a contar do ajuizamento da ação, nos termos do artigo 219, § 5º do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.280, de 16-02-2006.

VII. Agravo a que se nega provimento.

TRF 3ª Região, 10ª Turma. APELREEX 0020334-31.2008.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 11.3.2014, e-DJF3 19.3.2014. Grifo nosso.

Julgado n. 4 – Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Direitos individuais homogêneos como variante dos direitos difusos e coletivos.^(c)

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.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).

3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

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.

^(b) Mencionado na nota de rodapé n. 22, p. 31.

^(c) Mencionado no item n. 2.1, p. 39 e nas notas de rodapé: **a)** n. 40, p. 45; **b)** n. 41, p. 48; **c)** n. 90, p. 88.

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.

Voto – Min. Maurício Corrêa (relator):

[...] 12. Hoje, as fronteiras dos dois interesses estão definitivamente delimitadas, sendo difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica. Portanto, a *indeterminidade* seria a característica fundamental dos interesses difusos, e a *determinidade* aqueles interesses que envolvem os coletivos.

13. [...] Definindo o conceito dessa forma, seriam difusos, por exemplo, as vítimas do uso de um determinado remédio, que vendido a uma clientela indeterminada, fosse nocivo à saúde; e *coletivos* aqueles que, constituídos em grupos ou categorias, fossem objeto de certo ato que violasse direitos desses grupos ou categorias, razão pela qual Péricles Frade conceitou-os como aqueles que “têm como característica principal a ligação com o fenômeno associativo, dirigindo-se aos fins institucionais dos grupos”. (Conceito de Interesses Difusos, RT, 2ª ed., pág. 39).

[...] 16. No entanto, ao editar-se o Código de Defesa do Consumidor, pelo seu artigo 81, inciso III, uma outra subespécie de direitos coletivos fora instituída, dessa feita, com a denominação dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum.

17. Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um *nomem iuris atípico* da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos.

[...] 23. Procurado o Ministério Público de São Vicente, por alguns pais que tinham dificuldade em arcar com os ônus do aumento, optou o representante do *Parquet* pela propositura da ação civil pública.

[...] 25. Se o universo dos alunos e de seus pais é indeterminado, mas determinável, porque basta a coleta dos dados perante a instituição recorrida para se levantar a nominata respectiva, nem por isso se retira o caráter de interesses coletivos, que pelo referido Código são definidos como *transindividuais de natureza indivizível* (sic), *de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base*. É exatamente o que ocorre nesses autos, em que há *um objeto comum que os une, consubstanciado no aumento que a todos atingiu; há um grupo, objeto dos mesmos interesses e interligados pela mesma causa e uma parte contrária [...] que atrai a legitimidade da postulação pela relação jurídica-base*.

[...] 27. Evidencia-se, *quantum satis*, que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos porquanto *nascidos de uma mesma origem*, ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, *com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola*; por conseguinte *homogêneos*, porque na verdade *todos da mesma natureza*; e como homogêneos são uma *subespécie de interesses coletivos*, como antes abordei, *legítima é a capacidade postulatória do recorrente*.

Voto – Min. Marco Aurélio:

[...] A tendência, nos dias atuais, a meu ver considerada até mesmo uma sadia política judiciária, é de homenagear-se as ações coletivas, é de procurar-se conferir ênfase à Carta de 1988, no que deu a esse tema tratamento todo próprio.

Voto – Min. Carlos Velloso:

[...] presente a regra do art. 81, § único, incisos r, 11 e III da Lei 8.078/90, interesses difusos, que são os denominados transindividuais, de natureza indivisível e cujos titulares são pessoas indeterminadas, mas que estão ligadas por circunstâncias de fato, e interesses coletivos, que são interesses denominados transindividuais, também indivisíveis e pertencentes a um grupo de pessoas ligadas por uma relação jurídica base, não se confundem com a somatória de interesses individuais homogêneos, cujos titulares são identificáveis. Cada um deles, individualmente ou em litisconsórcio ativo, pode defender tais interesses, defender, portanto, os seus direitos. Esses são os direitos individuais homogêneos que não se identificam, repito, com os interesses difusos ou coletivos. Por isso, melhor será denominar estes últimos de direitos individuais homogêneos.

[...] Aqui, o objeto da ação são mensalidades escolares, mensalidades que os alunos das escolas pagam pelo ensino que lhes é ministrado. A somatória desses direitos constitui, sem dúvida, direitos individuais homogêneos. É perfeitamente possível identificar cada um dos titulares de tais interesses ou direitos; e cada um dos titulares desses direitos pode, individualmente, defendê-los, em Juízo, como podem, também, fazê-lo em litisconsórcio ativo.

Voto – Min. Celso de Mello:

[...] Os interesses metaindividuais, *ou* de caráter transindividual, constituem valores cuja titularidade *transcende* a esfera meramente subjetiva, vale dizer, a dimensão puramente individual das pessoas e das instituições. São direitos *que pertencem a todos*, considerados em perspectiva global. Deles, *ninguém*, isoladamente, é o titular exclusivo. *Não se concentram* num titular único, simplesmente porque concernem a todos, e a cada um de nós, enquanto membros integrantes da coletividade.

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

STF, Pleno. RE 163.231/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.2.1997, votação unânime. DJ 29.6.2001, p. 55. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>>. Acesso em 29.11.2014. Grifo no original.

Julgado n. 5 – Microssistema de tutela coletiva (I).^(d)

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, *a fortiori*, difuso.
2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.
3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes.

^(d) Mencionado na nota de rodapé n. 83, p. 83.

4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia *erga omnes* da decisão aproveitar aos demais municípios, poupando-lhes de noveis demandas.

5. As consequências da ação civil pública quanto aos [sic] provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças

6. *A fortiori*, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, auto-executável ou mandamental.

7. Axiologicamente, é a *causa petendi* que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.

8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que “*A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.*”

(...)

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.

Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)” (Alexandre de Moraes in “Direito Constitucional”, 9. ed., p. 333–334)

10. Recurso especial desprovido.

Voto – Min. Luiz Fux (relator):

[...] Deveras, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve alargamento do campo de atuação do *Parquet* que, em seu art. 129, III, prevê, com uma das funções institucionais do Ministério Público a legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos.

Em consequência o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, os quais não se enquadram nas categorias público e privado uma vez que tal dicotomia é insuficiente para caracterizar os denominados difuso, os coletivos e os individuais homogêneos.

Impende ressaltar que a probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, *a fortiori*, difuso, motivo pelo qual resta o Ministério Público legitimado a ajuizar ação com objetivo de tutelar referido interesse.

STJ, 1ª Turma. REsp 510.150/MA, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJ 29.3.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200300078957>>. Acesso em: 27 nov. 2014. Grifo nosso.

Julgado n. 6 – Microssistema de tutela coletiva (II).^(e)

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MICROSSISTEMA DE TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS (EM SENTIDO LATO). ILEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS ARTS. 9º DA LEI N. 4.717/65 e 5º, § 3º, DA LEI N. 7.347/85. POSSÍBI-

^(e) Mencionado na nota de rodapé n. 84, p. 84.

LIDADE. ABERTURA PARA INGRESSO DE OUTRO LEGITIMADOS PARA OCUPAR O PÓLO ATIVO DA DEMANDA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. MEDIDA DE ULTIMA RATIO. OBSERVAÇÃO COMPULSÓRIA DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

[...]

4. O motivo de rever o entendimento sufragado pela sentença reside unicamente no fato de que, por se tratar de demanda que envolve direitos coletivos em sentido lato, há atração do microssistema específico, formado basicamente - mas não exclusivamente - pelas Leis n. 4.717/65 (LAP), 7.347/85 (LACP) e 8.038/90 (CDC).

5. De acordo com a leitura sistemática e teleológica das Leis de Ação Popular e Ação Civil Pública, fica evidente que o reconhecimento da ilegitimidade ativa para o feito jamais poderia conduzir à pura e simples extinção do processo sem resolução de mérito.

6. Isto porque, segundo os arts. 9º da Lei n. 4.717/65 e 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, compete ao magistrado condutor do feito, em caso de desistência infundada, abrir oportunidade para que outros interessados assumam o pólo ativo da demanda.

7. Embora as referidas normas digam respeito aos casos em que parte originalmente legítima opta por não continuar com o processo, sua lógica é perfeitamente compatível com os casos em que faleça legitimidade *a priori* ao autor. Dois os motivos que levam a esta assertiva.

8. Em primeiro lugar, colacione-se um motivo dogmático evidente, que diz respeito ao valor essencialmente social que impregna demandas como a presente, a fazer com que o Poder Judiciário deva se esmerar em, sempre que possível, ser condescendente na análise de aspectos relativos ao conhecimento das ações, deixando de lado o apego ao formalismo.

9. Normas específicas do microssistema em comento e indicativas do que a doutrina contemporânea convencionou chamar de princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo é o próprio art. 5º, § 4º, da Lei n. 7.347/85, que é especialização do princípio da instrumentalidade das formas (art. 154 do CPC). Excertos de doutrina especializada.

10. Em segundo lugar, parece necessário lembrar um motivo pragmático. É que, diante da multifacetada gama de legitimados ativos para os feitos coletivos, a extinção sem exame de mérito normalmente implicará apenas na necessidade de ajuizamento de nova demanda, com mesmas causas de pedir e pedidos, o que significa apenas postergar o juízo meritório - a teor da formação de coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*.

11. Poder-se-ia objetar que uma sucessão como a que se propõe causaria certo tumulto processual em razão de a parte originária forçar o deslocamento do feito para o âmbito da Justiça Federal.

12. Contudo, justamente em razão do amplo universo de legitimados [sic] ativos ad causam, seria possível a manutenção do processamento e julgamento da causa nos moldes do art. 109 da Constituição da República vigente - poderiam assumir o pólo ativo o Ministério Público Federal ou a União, por exemplo.

13. Por óbvio, caso aparecessem apenas legitimados sem foro próprio, a competência recairia na Justiça Estadual, afinal as regras e princípios já enunciados não têm o condão de modificar norma peremptória de competência absoluta. Porém, no caso concreto, é impossível saber o destino da presente demanda pois o interesse de outros legitimados não foi aferido - o juízo sentenciante, em momento algum, abriu a oportunidade para que viessem a assumir o feito.

14. De mais a mais, veja-se o tortuoso percurso que seria forçado reconhecendo a ilegitimidade nos moldes pleiteados na pretensão recursal: atualmente, até mesmo a autarquia recorrida já teria legitimidade ativa ad causam, pela superveniência da Lei n. 11.448/07, o que equivaleria a dizer que estar-se-ia extinguindo um feito agora para permitir que demanda idêntica, com partes, causas de pedir e pedidos literalmente idênticos, fosse ajuizada.

15. Recurso especial não provido.

STJ, 2ª Turma. REsp 1.177.453/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, j. 24.8.2010, DJe 30.9.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201000147730>>. Acesso em: 27 nov. 2014. Grifo nosso.

Julgado n. 7 - Microsistema de tutela coletiva (III).^(f)

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECORRENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. POUPANÇA. COBRANÇA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS BRESSER E VERÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL.

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65.

[...]

STJ, 2ª Seção. REsp 1.070.896/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.4.2010, DJe 4.8.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200801158256>>. Acesso em: 27 nov. 2014. Grifo nosso.

Julgado n. 8 – Direito Previdenciário como direito individual homogêneo.^(g)

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO CIVIL. LEGITIMIDADE. AÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE.

A Lei 8.078/90, ao alterar o art. 21 da Lei 7.347/85, ampliou o alcance da ação civil pública e das ações coletivas para abranger a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que presente o interesse social relevante na demanda.

In casu, os interesses são homogêneos, tendo em vista o debate de uma ampla classe de segurados da Previdência Social, onde se tem um universo indeterminado de titulares desses direitos.

De acordo com a inteligência do artigo 21 do Código de Defesa do Consumidor, a Associação é legítima para propor ações que versem sobre direitos comunitários dos associados.

Recurso desprovido.

STJ, 5ª Turma. REsp 702.607/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 9.8.2005, DJe 12.9.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201304021000>>. Acesso em: 29 nov. 2014. Grifo nosso.

Julgado n. 9 – Cumulação de pedidos na ação civil pública.^(h)

Ementa: AMBIENTAL. DESMATAMENTO. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de área de mata nativa. A instância ordinária considerou provado o dano ambiental e condenou o degradador a repará-lo; porém, julgou improcedente o pedido indenizatório.

2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

^(f) Mencionado na nota de rodapé n. 85, p. 84.

^(g) Mencionado na nota de rodapé n. 91, p. 92.

^(h) Mencionado na nota de rodapé n. 104, p. 111.

3. A restauração *in natura* nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

4. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração).

5. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos.

6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e para fixar eventual *quantum debeat*.

STJ, 2ª Turma. REsp 1.180.078/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 2.12.2010, DJe 28.2.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201000209126>>. Acesso em 2. dez. 2014. Grifo nosso.

Julgado n. 10 – Competência. Danos de âmbito nacional.⁽ⁱ⁾

Ementa: COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE CONSUMIDORES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL.

Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal.

Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES.

Voto – Min. Waldemar Zveiter (relator):

[..] A Eg. 2ª Seção, quando do julgamento do CC nº 17.532/DF, da Relatoria do Sr. Min. Ary Pargendler, manifestou entendimento no sentido de que, segundo o art. 93, II, da Constituição Federal e, ressalvada a competência da Justiça Federal, sendo o dano de âmbito regional ou nacional, a competência territorial será a de qualquer Capital. De igual modo decidiu-se no CC n. 17.533/DF de que foi Relator o Sr. Min. Menezes Direito.

No caso em tela, depreende-se do aresto transcrito que o dano potencial é de “âmbito nacional”. O Distrito Federal no permissivo constitucional acima está como sinônimo de foro da Capital do Estado, portanto, a competência é da Vara Especializada da Defesa do Consumidor de Vitória - capital do Espírito Santo, o 2º suscitado, consoante, ainda, as razões do parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República.

Voto – Min. César Asfor Rocha:

[...] 05. Na hipótese dos autos, não paira discussão alguma sobre o dano ser de âmbito nacional a reclamar a defesa coletiva de consumidores, o que assim atrai a incidência do disposto no inciso II do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. É sobre a exegese correta que deve ser conferida o mencionado dispositivo que aqui se controverte.

06. Entendo que o inciso I do art. 93 do CDC ao dispor que quando o dano for de âmbito local será competente para a causa o foro do lugar do dano, está se reportando ao dano de repercussão adstrita a um só Estado, não importando se circunscrito a uma só ou a várias Comarcas.

⁽ⁱ⁾ Mencionado na nota de rodapé n. 114, p. 130.

07. Já quando o inciso II do referido artigo se refere aos danos de âmbito regional, dirige-se àqueles danos que se espalham em mais de um Estado-Membro, ou em um ou mais Estado-Membro e também no Distrito Federal, pois a inclusão aí do Distrito Federal decorre da mera equiparação que lhe é feita a um ente federativo assemelhado a um Estado-Membro.

Assim, por exemplo, um dano que afeta o Estado de Goiás e o Distrito Federal, é tão regional quanto o dano que atinge os Estados do Acre e de Roraima.

08. Por seu turno, quando tal dispositivo fala em danos de âmbito nacional, está se referindo aos danos que atingem todo território nacional.

09. Destarte, sendo o dano de âmbito nacional, a ação poderá ser proposta em qualquer Estado-Membro ou no Distrito Federal, no que mais conveniente for ao autor.

10. Contudo, sendo o dano de âmbito regional, incluindo dois ou mais Estados, a ação poderá ser proposta em qualquer um deles.

Se o dano de âmbito regional incluir um ou mais Estado-Membro e também o Distrito Federal, a ação poderá ser proposta em qualquer um desses Estados ou no Distrito Federal.

11. Assim, *data venia*, chego a conclusão oposta à daqueles que defendem a concentração dos processos na capital do Distrito Federal, quando o dano for nacional.

Como sabido, cada vez mais as leis processuais se movimentam no sentido de facilitar o acesso à justiça àqueles que têm os seus direitos afrontados. [...]

Ora, é inegável a dificuldade que irá se antepor ao autor da ação se se exigir que saia do Estado de seu domicílio para vir postular a tutela do seu direito no Distrito Federal.

Aliás, foi exatamente para se evitar essa dificuldade que se reconheceu a nulidade da cláusula eletiva de foro em contrato de adesão, assegurando-se ao réu, consumidor, a ampla defesa com a competência absoluta do foro do seu domicílio.

A intenção da lei é de proteger e defender o consumidor, esteja no pólo ativo ou passivo da ação, e não aquele que lhe afronta direito, a quem, inclusive, a própria lei cuidou de onerar, em algumas hipóteses, com a inversão do ônus da prova.

Ademais, o senso prático diz que o réu não terá sua defesa prejudicada ao ser acionado fora do Distrito Federal. Pode até ocorrer o contrário, a depender do local onde esteja o seu centro administrativo.

12. A realidade também nos fornece um outro elemento relevante.

É que se o réu foi capaz de comercializar seu produto em vários Estados, arcando com os custos inerentes (de marketing, propaganda, equipe de vendas, representação, distribuição, cobrança, etc), não se pode dizer que não usufrua de poderio que lhe ofereça condições de exercitar plenamente a sua defesa em qualquer lugar do país onde tenha chegado o seu serviço ou produto causador da lesão.

13. A par disso, deve-se prestigiar a regra geral de que, em se tratando de reparação de dano, competente será o foro do local do ato ou do fato (artigo 100, V, a, Código de Processo Civil).

Tal competência se dá ainda que a ré seja pessoa jurídica com sede em outro lugar (Quarta Turma, Resp 89.642/SP), ou que o dano decorra de ato ilícito podendo ainda, nesse caso, o autor optar pelo foro do seu domicílio (parágrafo único, artigo 100, CPC).

A competência territorial tem fundadas razões de ser e não é indiferente à efetividade do processo.

Vale dizer, a opção do legislador não se deu e não se dá ao acaso. O local do dano, por sediar os elementos materiais do fato que se constitui na causa de pedir, é sem dúvida o mais apropriado para a colheita das provas que irão instruir o processo e fundamentar o provimento jurisdicional.

Registre-se que a distinção do foro do Distrito Federal privilegia, sem o necessário amparo legal, *data venia*, não só os autores domiciliados no Distrito Federal como a sua magistratura, afetando, em contrapartida, o exercício do direito daqueles domiciliados em outros Estados deste imenso país.

O caso, é certo, põe em relevo e em contraste dois valores, ambos, também é certo, merecedores de mútuo e igual respeito.

De um lado, o direito subjetivo público dos legitimados, que se encontram situados por todo o Brasil, de propor no local do dano (no seu domicílio) ação coletiva em defesa de consumidores. E de outro, o interesse também público na preservação da incolumidade do processo e na uniformidade das decisões judiciais sobre um mesmo assunto.

STJ, 2ª Seção. CC 26.842/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 10.10.2001, DJ 5.8.2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=199900693264>>. Acesso em 4. dez. 2014. Grifo nosso.

Julgado n. 11 – Competência por delegação da Justiça Estadual nas ações civis públicas. Art. 109, § 3º da Constituição da República. Atribuição do Ministério Público Federal.^(j)

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I E § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 2º DA LEI Nº 7.347/85.

O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius* jurisdição) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido artigo 109. No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que, ao revés, se limitou, no art. 2º da Lei nº 7.347/85, a estabelecer que as ações nele previstas “serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Considerando que o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu. Recurso conhecido e provido.

STF, Pleno. RE 228.955, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10.02.2000, DJ 24.3.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=228955&classe=RE>>. Acesso em 4. dez. 2014. Grifo nosso.

^(j) Mencionado nas notas de rodapé: **a)** n. 117, p. 131; **b)** n. 120, p. 136.