

Sabrina Nasser de Carvalho

**DIREITO DE DEFESA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS
PLURISSUBJETIVOS**

TESE DE DOUTORADO

Orientador: Professor Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

Sabrina Nasser de Carvalho

**DIREITO DE DEFESA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS
PLURISSUBJETIVOS**

Tese de Doutorado, 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 Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob orientação do Professor Associado Doutor Ricardo de Barros Leonel.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Faculdade de Direito
São Paulo
2018**

C331 CARVALHO, Sabrina Nasser de.

Direito de Defesa nos Conflitos Fundiários Plurissubjetivos. Sabrina Nasser de Carvalho – São Paulo, 2018. 407 p.

Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Orientador: Prof. Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel

1. Processo Civil. 2. Processo Coletivo. 3. Conflitos fundiários. 4. Procedimento diferenciado. I. Título.

Sabrina Nasser de Carvalho

**DIREITO DE DEFESA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS
PLURISSUBJETIVOS**

Tese de Doutorado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob orientação do Professor Associado Doutor Ricardo de Barros Leonel.

Banca Examinadora:

Prof(a). Dr(a). _____
Prof(a). Dr(a). _____
Prof(a). Dr(a). _____
Prof(a). Dr(a). _____
Prof(a). Dr(a). _____

**São Paulo
2018**

Ao Rafa e ao Francisco, meus amores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Ricardo de Barros Leonel, pela profícua parceria, que se iniciou em 2010, quando ingressei no mestrado. Ao longo destes anos, a confiança em mim depositada e a liberdade que sempre me ofertou para expor a minha perspectiva sobre o objeto de pesquisa foram o impulso que eu precisava para que conseguisse traçar as metas e, principalmente, para que eu conseguisse alcançá-las.

À professora Susana Henriques da Costa, por também fazer parte de toda minha formação acadêmica, já que, além de minha professora, se fez presente em todas as bancas de qualificação e de defesa do mestrado e do doutorado. Seus ensinamentos, reflexões e críticas concorreram e muito para a minha adoração à pesquisa.

Ao professor Marcelo Bonício, pelas valiosas e sempre pertinentes críticas feitas no exame de qualificação.

A todos os integrantes do Núcleo de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública, das diversas composições das quais participei. Foi lá que compreendi, na prática, o que representa a violação à moradia e a importância dos movimentos sociais na luta para um país mais justo. Tempos saudosos, em que amadureci e me transformei enquanto defensora pública.

Aos meus amigos, sempre presentes, que fazem a minha vida ser mais leve e muito mais divertida. Faço um agradecimento especial ao Allan, minha dupla de trabalho, que nunca mediu esforços para me ajudar e para que eu conseguisse lidar com meus inúmeros papéis na vida.

Aos meus pais e sogros, porque foram peças essenciais neste trabalho, ainda que indiretamente. O amor incondicional de avó e de avô tranquilizou o meu coração quando tinha que me ausentar do lazer com o Francisco para me dedicar aos estudos. Vê-lo feliz, na amável companhia dos avós, me revigorava para rebater o cansaço e iniciar os estudos.

Ao Rafa, meu maior incentivador! Do seu lado, as grandes dificuldades se esvaem e tudo fica mais simples e agradável! Nunca canso de repetir: estar ao seu lado durante a elaboração deste trabalho foi fundamental para concretizá-lo!

RESUMO

Os conflitos fundiários, malgrado terem sempre acompanhado a história da humanidade, recebem atualmente ampla atenção de todos os Poderes, tamanho tem sido o impacto no meio rural ou urbano, inclusive resultando em ampla violência. As soluções passam pela atuação em diversas frentes, mas, inegavelmente, por políticas públicas que concorram para uma distribuição mais justa e equânime de terras e moradia. Quando os conflitos se tornam litígios e deságuam no Poder Judiciário, percebe-se uma dificuldade também deste Poder em tratar o embate com as particularidades e complexidades que o perfaz, a fim de que o provimento judicial seja mais justo e, conseqüentemente, para se alcançar outros escopos do processo, como a própria pacificação social. Com vistas a atingir este desiderato, deposita-se ampla expectativa no procedimento, de modo que este possa abarcar todos os elementos que integram e constituem o conflito, acompanhando, assim, as complexidades inerentes a esta modalidade de litígio. As dificuldades se acirram quando se analisa o litígio sob a perspectiva das situações jurídicas passivas, portanto, quando uma coletividade é demandada a desocupar determinada área. Como construir um modelo procedimental que respeite as garantias processuais de uma multidão que terá seu patrimônio jurídico diretamente atingido? Os Tribunais, atualmente, têm respondido tais demandas utilizando-se de mecanismos tradicionais, pelo viés estreito e limitado da processualística individual. O escopo deste trabalho é demonstrar o quão limitada tem sido esta visão e, posteriormente, fazer propostas para que o instrumento processual esteja à altura do objeto que lhe é subjacente.

PALAVRAS CHAVES: conflitos fundiários – litígios coletivos passivos – processo estrutural

Autora: Sabrina Nasser de Carvalho. Título: Direito de Defesa nos Conflitos Fundiários Plurissubjetivos. Páginas: 407. Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo, julho de 2018.

ABSTRACT

In spite of having always been present in the history of humanity, land conflicts are currently receiving wide attention from all powers so huge has been the impact it has had on rural or urban areas, even resulting in widespread violence. Solutions go through actions on different fronts; undeniably by public policies that contribute to a fairer and more equitable distribution of land and housing. When disputes become litigations and fall into the judiciary system, it is noticeable how difficult it is for the system to deal with the particularities that encompass them, especially concerning the expectations that they have for a fair decision and that the legal action reaches scopes of other nature, such as social pacification itself. In order to achieve this, there is a broad expectation in the procedure so that it can cover all the elements that make up and constitute the conflict, therefore following the complexities inherent in this type of litigation. Difficulties worsen when analyzing the litigation from the perspective of passive judicial situations, that is, when a community is required to vacate a certain area. How to construct a procedural model that respects the procedural guarantees for a community that will have its legal assets directly affected? The Courts have so far responded to such demands by using traditional mechanisms, by the narrow and limited bias of proceduralism. The scope of this work is to demonstrate how limited this vision has been and then to make proposals so that the procedural instrument is aligned at the same level as the object that underlies it.

KEY WORDS: land conflicts - passive collective litigation - structural procedure

Author: Sabrina Nasser de Carvalho. The right of defense in land conflicts. Pages: 407. Doctorate. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, july, 2018.

SINTESI

I conflitti territoriali, nonostante siano presenti da sempre nella storia dell'umanità, attualmente ricevono ampia attenzione da tutti i Poteri, data la dimensione del loro impatto nell'ambiente rurale e urbano, compresa la disseminazione della violenza. Le soluzioni comprendono azioni su diverse fronti ma, indubitabilmente includono politiche pubbliche che contribuiscano alla distribuzione equa e giusta di terreni e abitazioni. Quando i conflitti diventano controversie e sfociano nel sistema giudiziario, ci si accorge della difficoltà del sistema nel trattamento dello scontro con le sue particolarità inerenti, in specie riguardo l'aspettativa in riferimento a una decisione giusta e che il processo raggiunga scopi di altri ambiti, ovvero la pacificazione sociale. Al fine di conseguire questo obiettivo, si fa assegnamento sul procedimento affinché coinvolga tutti gli elementi che integrano e costituiscono il conflitto, nonché assecondando le complessità pertinenti a questa modalità di controversia. Le difficoltà si intensificano quando si analizza la controversia dal punto di vista delle situazioni giuridiche passive, cioè quando si richiede ad una collettività di liberare una determinata area. Come costruire una metodologia che rispetti le garanzie procedurali di una moltitudine che avrà il suo patrimonio legale direttamente colpito? Attualmente i Tribunali rispondono a tali istanze utilizzando meccanismi tradizionali con una visione ristretta e limitata della processualità individuale. Lo scopo di questo lavoro è dimostrare quanto sia limitato questo concetto e, ulteriormente, formulare proposte in modo che lo strumento procedurale sia proporzionato all'oggetto basilare.

PAROLE CHIAVE: conflitti territoriali – controversie collettive passive – processo strutturale

Autore: Sabrina Nasser de Carvalho. Il diritto alla difesa nei conflitti territoriali. Dottorato. Pagine: 407. Facoltà di Diritto. Università di São Paulo. São Paulo, luglio, 2018.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	9
RESUMO	11
ABSTRACT.....	13
SINTESE.....	15
INTRODUÇÃO E METODOLOGIA.....	21
CAPÍTULO 1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O RETRATO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS NO BRASIL.....	29
1.1. CONFLITOS FUNDIÁRIOS NO BRASIL: UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE OS ASPECTOS SOCIOLOGICOS.....	29
1.2. MÚLTIPLAS FACES DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS: BREVE EXAME DOS ASPECTOS JURÍDICOS	37
1.3. CONFLITOS FUNDIÁRIOS NA AGENDA INSTITUCIONAL DOS TRÊS PODERES	46
CAPÍTULO 2 ACESSO À JUSTIÇA: REFLEXÕES SOBRE O ACESSO À TERRA NA PERSPECTIVA DO DIREITO DE DEFESA	53
2.1. ACESSO À JUSTIÇA E SUA INTERFACE COM O ACESSO À TERRA.....	53
2.2. ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO DIREITO DE DEFESA.....	64
CAPÍTULO 3 OBSTÁCULOS SOCIOECONÔMICOS AO DIREITO DE DEFESA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS	71
3.1. OBSTÁCULOS SOCIOECONÔMICOS AO ACESSO À JUSTIÇA: LINHAS GERAIS	71
3.2. REFLEXOS DOS OBSTÁCULOS AO DIREITO DE DEFESA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS	81
CAPÍTULO 4 CONFLITOS FUNDIÁRIOS E TUTELA POSSESSÓRIA.....	95
4.1. PROCESSO, IDEOLOGIA E PROCEDIMENTOS ESPECIAIS	95

4.2.	DIREITO E PROCESSO: A PARTICIPAÇÃO DO INSTRUMENTO NA CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA INDIVIDUALIZADA	106
4.3.	PROCEDIMENTO ESPECIAL POSSESSÓRIO: ANÁLISE CRÍTICA	113
4.3.1.	<i>O Desafio Conceitual da Posse</i>	113
4.3.2.	<i>Perspectiva crítica sobre o Procedimento Especial Possessório</i>	121
4.3.2.1.	Procedimento Especial das Ações Possessórias: tradição procedimental e reminiscências históricas	122
4.3.2.2	Reflexões sobre as normas que regem o litígio coletivo de posse no Código de Processo Civil atual	135
4.3.2.3	A Ideologia Processual por trás dos Conflitos Possessórios Coletivos ...	152

CAPÍTULO 5 CONFLITOS PLURISSUBJETIVOS E OS OBSTÁCULOS PROCESSUAIS AO DIREITO DE DEFESA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS.165

5.1.	RÉUS DESCONHECIDOS E A DESNECESSIDADE LEGAL DE QUALIFICÁ-LOS (ART. 319, PARÁGRAFO 3O, CPC): APONTAMENTOS E CONSIDERAÇÕES	165
5.2.	CITAÇÃO NOS CONFLITOS PLURISSUBJETIVOS E AS DIFICULDADES PRÁTICAS PARA ATINGIMENTO DE SEUS ESCOPOS	173
5.2.1	<i>Citação e seu significado para o direito de defesa</i>	173
5.2.2	<i>Citação de múltiplos réus nos conflitos fundiários</i>	179
5.2.2.1.	Primeiro Ato: a tentativa de citação pessoal	179
5.2.2.2.	Segundo Ato: Citação por Edital	183
5.2.3.	<i>Princípio da Publicidade e a sua incidência sobre o ato de citação</i>	188
5.2.4	<i>O Papel do Curador Especial</i>	191
5.3.	A COLETIVIDADE EM SITUAÇÃO JURÍDICA PASSIVA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS: REFLEXÃO SOBRE MECANISMOS EFICIENTES PARA A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	194
5.3.1.	<i>Estrutura plurissubjetiva do conflito e a insuficiência dos institutos tradicionais</i>	194
5.3.2	<i>Seleção de Casos Plurisubjetivos no Polo Passivo: fenômenos sociológicos desafiando a ciência processual</i>	205
5.3.2.1	Análise Processual dos “Rolezinhos” e das Ocupações nas Escolas no Estado de São Paulo.....	215

5.3.2.2 Ações Plurissubjetivas e Direito de Defesa nos Conflitos Fundiários: propostas para um desenho procedimental mais garantista	219
---	-----

**CAPÍTULO 6 VIGAS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO PROCESSUAL
PARA UMA DEFESA COLETIVA.....235**

6.1. <i>DEFENDANT CLASS ACTIONS</i> : AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NORTE-AMERICANAS E AS LIÇÕES DE DIREITO COMPARADO	235
6.1.1. <i>Aspectos introdutórios de Direito Comparado</i>	235
6.1.2. <i>Defendant Class Actions nos EUA: fundamentos teóricos e práticos para a compreensão do modelo paradigma</i>	238
6.2. ESTÁGIO ATUAL DO DEBATE SOBRE AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO BRASIL	257
6.3. <i>DEFENDANT CLASS ACTIONS</i> E AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO BRASIL: IDENTIFICAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A CONSTRUÇÃO DE ALTERNATIVAS	268
6.4. LINHAS CONCLUSIVAS SOBRE OS INSTITUTOS QUE PERFAZEM AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS	278

**CAPÍTULO 7 INSTITUTOS REPRESENTATIVOS NOS CONFLITOS
FUNDIÁRIOS PLURISUBJETIVOS PASSIVOS285**

7.1. INSTITUTOS REPRESENTATIVOS NO SISTEMA PROCESSUAL	285
7.2. NOVO CPC E A PREVISÃO DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS LITÍGIOS COLETIVOS DE POSSE: A CONTROVÉRSIA DOCTRINÁRIA SOBRE A SUA NATUREZA JURÍDICA	291
7.2.1 <i>Reflexões sobre as figuras processuais interventivas propostas</i>	303
7.2.2 <i>Atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público nos Litígios Coletivos de Posse: o direcionamento institucional</i>	315
7.3. ASSOCIAÇÕES E MOVIMENTOS SOCIAIS POR MORADIA: SEU PAPEL REPRESENTATIVO E ORGANIZACIONAL DAS COMUNIDADES NO PROCESSO	317
7.4. LEGITIMAÇÃO DE AGIR E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA À LUZ DOS LITÍGIOS COLETIVOS DE POSSE.....	322

CAPÍTULO 8 LITÍGIOS FUNDIÁRIOS E COLETIVIDADE NO POLO PASSIVO: PROPOSTA DE UM MODELO PARA O SEU CORRETO DIMENSIONAMENTO	341
CONCLUSÃO	375
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	379

INTRODUÇÃO E METODOLOGIA

Os conflitos por terras acompanham a história do homem, independente da época, do território, do meio cultural, dos valores ou do contexto político. Por certo que a natureza, a intensidade, a dimensão e, principalmente, as razões que desencadeiam tais conflitos moldam-se de acordo com os interesses subjacentes ao meio social em que ocorrem, transmutando-se ao longo do tempo.

Na história do Brasil não foi diferente. A “descoberta” de nosso país pelo ocidente resultou numa grande invasão de terras alheias, com a exploração dos povos nativos em busca de expansão territorial para a conquista de novas riquezas. A divisão das terras em sesmarias marcou o início da apropriação particular do território brasileiro e tornou-se a gênese da desigualdade na distribuição fundiária, com reflexos permanentes no contexto atual.

Não é por outra razão que, no campo, a concentração fundiária forja-se como um dos obstáculos ao progresso da agricultura de base familiar e concorre para o êxodo da população mais vulnerável ao meio urbano. A configuração do retrato atual da política agrária brasileira faz emergir novos conflitos, que contrapõem, de um lado, os grandes proprietários e, de outro, aqueles que enxergam na ocupação de terras alheias uma forma de reivindicação política por espaços que entendem também lhe ser de direito.

A ubiquidade dos conflitos por terra faz destes conflitos ocorrência frequente no meio urbano. Os assentamentos irregulares que tomam conta das grandes cidades denotam que o déficit habitacional é, sem dúvida, um dos gargalos sociais mais críticos que o Estado enfrenta. A industrialização promoveu a migração em massa da população do campo para a cidade, que foi em busca de novas oportunidades e de novos meios de sobrevivência. O resultado foi um processo de urbanização das cidades brasileiras sem planejamento e sem uma política habitacional efetiva aos novos trabalhadores, que viram nas ocupações dos espaços vazios a única forma de satisfazer a sua necessidade habitacional. Em consequência, as urbes brasileiras apresentam atualmente uma realidade de irregularidade espraiada, bastante distante das normativas urbanísticas e ambientais, e que avançam de forma desenfreada ante a escassez e a insuficiência das políticas públicas adotadas na área.

Se nas periferias dominam os loteamentos irregulares e as ocupações espontâneas, nos centros da cidade prevalecem as ocupações de imóveis vazios e ociosos, abandonados, muitas vezes, em razão da transferência do eixo econômico para outras regiões da cidade,

atualmente mais valorizadas. Tais ocupações, quando realizadas de forma organizada por movimentos sociais, acabam por também expressar o descontentamento político deste segmento com o *status quo* urbanístico que impera nos centros urbanos, impulsionando ainda mais os conflitos de posse nas cidades brasileiras.

A situação é extremamente grave e, não raras vezes, os conflitos fundiários deságuam para a violência e até mesmo a morte dos envolvidos, tamanha é a tensão que os permeiam. Ademais, as contendas atinentes à posse e à propriedade estão inseridas em um contexto de forte oposição ideológica, o que contribuiu para um substancial acirramento do embate.

É neste cenário de agravamento do déficit habitacional e das condições de moradia, em que possuidores se confrontam com proprietários de áreas particulares ou com o próprio Poder Público, que o Poder Judiciário é chamado a intervir, aplicando as normas jurídicas às hipóteses fáticas que conformam referidos conflitos.

Diante das múltiplas faces dos conflitos fundiários no Brasil, exsurge-se a expectativa de que a atividade jurisdicional faça com eficiência a sua função de distribuir justiça, colimando, enfim, os escopos jurídico, social e político do processo. Mas o caminho para tanto não se mostra tão retilíneo, vez que a estrutura sociológica do conflito fundiário reproduzida no litígio judicial é extremamente complexa, especialmente ao considerar o exercício jurisdicional da população vulnerável que, regra geral, ocupa o polo passivo da lide e enfrenta sérios obstáculos para acessar o Poder Judiciário e para gozar das garantias fundamentais do devido processo legal.

Estes obstáculos vão exigir do Direito Processual respostas satisfatórias para que o direito substancial seja corretamente aplicado e para que os escopos social e político sejam efetivamente atingidos, já que a tensão e a contraposição ideológica que caracterizam esses conflitos também serão transpostas para a seara jurisdicional.

Nesse sentido, propõe-se investigar os desafios colocados por esta natureza de litígio ao Direito Processual, de modo a verificar como esta ciência pode contribuir para responder com eficiência e efetividade a necessidade que emerge do seio social.

Para tanto, inicialmente, é necessário identificar os obstáculos ao acesso à justiça enfrentados pelos jurisdicionados que figuram como réus em ações possessórias e reivindicatórias.

Apesar da abordagem do acesso à justiça sob seu prisma constitucional, conforme ditado pelos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito, o estudo será devidamente delimitado sob a perspectiva do direito de defesa e pela análise das garantias

processuais daqueles que são demandados em uma ação que tem como lide subjacente um conflito fundiário.

Os conflitos fundiários caracterizam-se pela disputa de posse ou de propriedade de um imóvel urbano ou rural, envolvendo pessoas de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis.

Eis, então, a primeira barreira ao exercício do direito de defesa deste grupo social e, em última análise, para o acesso à justiça dos réus: trata-se de indivíduos de baixa renda, portanto, de poucos recursos para acessar os bens sociais. Há, inegavelmente, uma relação direta de causa e efeito entre a pobreza e o exercício jurisdicional pelo cidadão que figura como réu nas ações que versam sobre os conflitos fundiários, o que se pretende aprofundar no presente estudo.

Esse obstáculo econômico já foi objeto de estudo empírico por Garth e Cappelletti na década de 1970, quando então os autores inseriram-no como representativo da primeira onda renovatória de acesso à justiça. Portanto, não se trata de assunto novo para a doutrina, tampouco para o Poder Público, responsável por efetivar as políticas públicas que visam a infirmar e elidir os entraves socioeconômicos para a satisfação do acesso ao sistema de justiça aos mais pobres. De todo modo, mesmo depois de quase quarenta anos do Projeto de Florence, os países, inclusive os ditos desenvolvidos, ainda enfrentam extrema dificuldade para superar esta primeira onda renovatória, seja pelo razoável impacto que ainda causa, seja pela dificuldade de implementação de soluções definitivas, razão pela qual o assunto merece ser revisitado.

As fragilidades socioeconômicas ganham ainda mais cores quando contrastadas com as características da parte contrária, geralmente litigantes habituais e de alto poderio econômico e político: os proprietários particulares ou o Estado. Estes, regra geral, se utilizam das ações possessórias para a remoção desta coletividade ocupante, portanto, tendem a figurar como sujeitos que provocam o Poder Judiciário em busca de sua pretensão. Por esta razão, este trabalho irá abordar aspectos atinentes à tutela possessória, que vão desde institutos milenares até as alterações recentes, por ocasião do Código de Processo Civil de 2015. O escopo é analisar como estes institutos lidam com litígios que envolvem valores tão plurais e de largo interesse social, como os conflitos fundiários.

Mas não é só. A complexidade da espécie dos litígios em debate transcende a ordem socioeconômica para alcançar também o elemento subjetivo da lide: como outrora mencionado, trata-se de conflito multitudinário, ao menos de um dos lados do litígio,

considerando que a ação é proposta contra o grupo social hipossuficiente que exerce a posse na área *sub judice*.

Surgem, assim, os obstáculos inerentes aos conflitos multitudinários, sendo que o primeiro deles revela-se na dificuldade de se integrar à lide todos aqueles que terão seu patrimônio jurídico atingido. Se analisarmos as áreas que constituem assentamentos irregulares na cidade de São Paulo, por exemplo, podemos verificar que algumas delas são constituídas de centenas ou até milhares de possuidores, com alta transição de moradores, seja em razão de novas ocupações, seja em razão do comércio informal de casas, barracos e terrenos nestas áreas. Considerando que a lide irá atingir o patrimônio jurídico de todos os ocupantes, vez que o processo vai decidir se tais indivíduos irão ser removidos da área que ocupam e onde exercem o seu direito à moradia, todos eles devem (ou deveriam) figurar como litisconsortes necessários e ser integrados à lide, sob pena de nulidade ou ineficácia da decisão, a depender do pedido formulado. Ao menos, esta é a regra sob a perspectiva da processualística individual.

Diante desse panorama, indaga-se: qual instrumento processual se mostra eficaz para resguardar as garantias processuais constitucionais dos ocupantes e, ao mesmo tempo, respeitar a duração razoável do processo e a observância da garantia da inafastabilidade da jurisdição que também o autor é titular? Como delinear um procedimento que consiga dimensionar as complexidades inerentes a esta espécie de litígio, que, inclusive, resvala em questões de interesse público?

A legislação processual vigente apresenta uma solução para o caso, regulamentada no artigo 554, parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil, inserta na parte geral das ações possessórias: no caso de conflito possessório em que figure um grande número de pessoas com polo passivo, deve ser realizada a tentativa de citação pessoal dos possuidores por uma única vez na área, seguindo-se da citação por edital dos demais que não forem encontrados.

Trata-se de dispositivo que foi alvo de discussão e tensão entre grupos ideológicos distintos na Câmara dos Deputados no momento da aprovação do Código de Processo Civil de 2.015 (Lei 13.105/15), opondo a bancada ruralista de um lado, e, de outro, a bancada popular, que encampava os pleitos dos movimentos sociais de moradia. Ao final, chegou-se a um denominador comum: a imbricação entre a citação pessoal, mas apenas uma única vez, seguida da citação ficta, por edital.

Com a presente pesquisa, pretende-se analisar a solução prevista pela recente legislação processual, notadamente se essa se revela suficiente e eficiente para o respeito

do acesso à justiça dos requeridos, ou seja, para o exercício pleno de todas as garantias constitucionais e fundamentais inerentes ao direito de defesa. Em consequência, pretende-se verificar a constitucionalidade da autorização da citação apenas a parte dos possuidores, bem como da citação ficta à luz das garantias do devido processo legal constitucional, buscando, em contrapartida, meios de compensação do afastamento de garantias, a princípio, individuais.

O Novo Código de Processo Civil previu, ainda, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública nas ações possessórias em que houver um grande número de pessoas no polo passivo, também nos termos do artigo 554, parágrafo 1º do Código de Processo Civil. Segundo o mencionado dispositivo, a intimação da Defensoria Pública deve ocorrer apenas nos casos de hipossuficientes do ponto de vista econômico.

A inclusão destas intervenções no texto legal também foi fruto de pressão popular feita pelos movimentos sociais de moradia na Câmara dos Deputados quando da discussão do Projeto de Lei do NCPC. Entendiam os movimentos sociais que a participação destas instituições iria infirmar ou até eliminar o que eles reputavam como arbitrariedades cometidas nos processos de reintegração de posse das áreas ocupadas por um grupo de pessoas. Mas o dispositivo é bastante genérico e nada menciona sobre a qualidade que tais instituições intervêm no processo, gerando dúvidas quanto aos seus poderes processuais, quanto às matérias que podem opor em juízo e ainda sobre a suposta parcialidade de suas manifestações em favor do polo passivo multitudinário. Diante de todas estas indagações, faz-se essencialmente importante perquirir acerca da natureza jurídica da intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública para que se possam alcançar respostas acertadas às indagações supracitadas.

Em suma, almeja-se, por meio deste trabalho, revelar em que medida o Direito Processual pode ser compreendido e interpretado para proporcionar maior acesso à justiça àqueles que figuram no polo passivo da lide multitudinária que versa sobre conflitos fundiários. E, ademais, como o instrumento pode se moldar para acompanhar as idiossincrasias desta modalidade de conflito, mantendo-se sempre justaposto à realidade apresentada pelo direito material. De forma mais clara, busca-se responder à seguinte questão: qual o modelo processual justo (acesso à ordem jurídica justa) para a solução de conflitos fundiários, especificadamente quando a coletividade está no polo passivo?

Desta forma, a pesquisa contemplará a análise acerca da importância do papel do Processo Civil para a construção dos fatos e do substrato jurídico essencial ao processo hermenêutico, resgatando a importância da ciência processual para concorrer com a

formação da norma jurídica individualizada, afastando-se, deste modo, da concepção da visão clássica de acessoriedade e adjetividade das normas processuais quando comparadas com o direito material. Portanto, pretende-se garantir uma abordagem que envolva a inter-relação entre direito e processo, partindo-se da doutrina contemporânea que não compreende o processo como um instrumento neutro ou indiferente à realidade social, mas, ao contrário, que constitui um importante fator de desenvolvimento para a aplicação do direito substancial.

Para uma abordagem sistematizada sobre o objeto desta pesquisa, faz-se necessário traçar os passos, delimitar os procedimentos e apresentar a metodologia que será utilizada para atingir o objetivo proposto.

Inicialmente, os esforços serão concentrados na busca da identificação das barreiras ao acesso à justiça nesta modalidade de conflitos. Neste momento inicial, propõe-se a existência de duas naturezas distintas de obstáculos: sociológica e processual. Os primeiros referem-se aos aspectos econômicos, sociais, culturais e psicológicos relacionados aos cidadãos que vivem nestes assentamentos irregulares, os quais interferem diretamente na garantia em pauta, infirmo a sua efetividade. Os demais se inserem no espectro de natureza instrumental, ou seja, relacionam-se à estrutura processual dos conflitos, que, em razão de sua conformação subjetiva, acabam por esbarrar nas limitações inerentes às normas processuais. Questiona-se, como dito, as limitações do procedimento especial possessório como meio primordial para lidar com as complexidades inerentes ao conflito. Neste mesmo sentido, abordam-se as insuficiências dos meios clássicos, como a citação por edital e o litisconsórcio, para garantir o contraditório de uma multidão que deve figurar no polo passivo, o que se mostra, cada vez mais, característica dos novos litígios que apontam no Poder Judiciário.

Delimitadas as barreiras, buscar-se-á discutir em que medida elas resvalam na garantia do acesso à justiça na perspectiva do direito de defesa, para que seja possível, então, fazer propostas para que o método se sensibilize frente às necessidades e anseios sociais.

No caso dos obstáculos socioeconômicos, em razão de haver vasta literatura e pesquisas sobre o assunto, a discussão encontrará respaldo em dados secundários, ou seja, aqueles já colhidos em razão de pesquisas empíricas anteriormente realizadas. Com base nestes dados, serão discutidos os impactos sentidos no acesso à justiça dos réus nos conflitos fundiários. Mesmo não se tratando de uma abordagem original, entendemos ser imprescindível inserir no debate tais obstáculos, considerando que a discussão acerca do

acesso à justiça não pode prescindir de tal perspectiva. Em primeiro lugar, porque tais obstáculos seguem como os principais limitadores desta importante garantia constitucional para as partes no litígio. E, ainda, porque nem sempre se mostram transparentes, identificáveis à primeira vista, já que não se revestem de atos formais e concretos, como ocorre com os obstáculos processuais. Assim, tais barreiras podem estar conjugadas com obstáculos de outras naturezas, e, em muitos casos, imbricam-se de tal forma que não se faz possível identificar aquele que realmente foi o responsável por limitar o acesso à justiça ao demandado. De todo modo, é importante que tais obstáculos sejam revisitados e novamente discutidos para ressaltar que não passam despercebidos aos olhos desta pesquisa.

Adentra-se, posteriormente, nos obstáculos processuais. Em um primeiro momento, faz-se necessário trazer à baila as questões teóricas para pontuar os requisitos formais sobre os quais subjazem os institutos processuais e definir seus conceitos. Portanto, pelo filtro das normas que regulamentam tais institutos e da doutrina, o aprofundamento se dará com fulcro na dogmática jurídica, de modo a compreender as bases, inclusive históricas, em que se assenta o pressuposto normativo e axiológico daquela regra ou princípio posto. Ter-se-á, assim, o paradigma atualmente vigente, sobre o qual se pretende lançar um olhar crítico, que será feito por meio de outras perspectivas, não eminentemente dogmáticas. Em suma, esta fase será dedicada ao estabelecimento de uma plataforma teórica sobre a qual a pesquisa se sustenta.

Justamente na linha de uma abordagem mais crítica, a escolha da metodologia deve compreender instrumentos hábeis à análise da contingência fática que molda tais conflitos. A proposta é determinar com maior precisão possível os pressupostos de fato que condicionam a adoção do dogma em questão, a fim de perquirir se há uma relação dialógica e estreita entre a dogmática e a realidade. Por esta razão, mesmo na discussão dos obstáculos processuais, serão utilizados dados e pesquisas empíricas realizadas em outros trabalhos, acerca da judicialização destes conflitos, com o objetivo de analisar como os tribunais têm interpretado as normas processuais que servem de veículo ao direito substancial. Da mesma forma, com vistas a uma abordagem crítica, utiliza-se de uma literatura multidisciplinar, de modo que o fenômeno processual seja examinado por diversas perspectivas, sempre buscando um foco mais próximo da realidade, para que seja possível, então, possibilitar propostas efetivamente conexas com as necessidades sociais.

CAPÍTULO 1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O RETRATO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS NO BRASIL

1.1. Conflitos fundiários no Brasil: uma breve abordagem sobre os aspectos sociológicos

Os conflitos fundiários se forjam na história e, à medida que perpassam a linha do tempo, vão ganhando novas configurações, novas causas subjacentes, novos atores. Muda-se o cenário, mas as contendas por terras em nosso país mantêm-se nos dias de hoje como aflições sociais, agora moldadas de acordo com os interesses pertinentes a uma sociedade moderna.

Conflitos são inerentes às relações sociais e, quando solucionados, impulsionam o desenvolvimento e a evolução de uma determinada sociedade. O mesmo ocorre com os conflitos fundiários, que, de certo modo, são fenômenos intrínsecos ao contexto social. De todo modo, faz-se imprescindível que sejam apresentadas soluções efetivas e razoáveis para que tais conflitos não se tornem empecilhos ao desenvolvimento de dada nação.

Trata-se, portanto, de questão desafiadora às instituições responsáveis por solucioná-las, principalmente diante da complexidade que os conflitos fundiários atingiram nos dias atuais, pois estão preconizados sob uma dimensão multifatorial de aspectos históricos, políticos, econômicos, sociais e jurídicos, que não necessariamente apontam para uma única e mesma direção.

Questão incontroversa e notoriamente reconhecida nos dias atuais é ser o Brasil marcado por uma distribuição desigual de seu território: há terras demais para poucos e, por outro lado, muitos nada têm ou têm de forma insuficiente¹. De outro vértice, bastante controversa é a forma de solucionar esta desigualdade, o que acaba por dividir opiniões, facetar ideologias que são perfiladas por grupos políticos dos mais diversos, fazer emergir reivindicações que vão desde o extremo conservadorismo até uma reforma ampla da estrutura fundiária do país.

¹ Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística referentes ao Censo Agropecuário de 2006 demonstram que os índices de concentração de terra nas mãos de poucos aumentaram relativamente ao Censo de 1996. O indicador da desigualdade no campo, o índice *Gini, da terra*, subiu 1,9% em relação ao período anterior, atingindo 0,82 pontos. Quanto mais próximo este índice está de 1, maior é a concentração de terras (Fonte: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/>. Acesso em 09\08\2016). Os dados referem-se ao Censo Agropecuário de 2006, o último realizado. Índice de Gini refere-se à medida do grau de concentração de uma distribuição, cujo valor varia de zero (perfeita igualdade) até um a desigualdade máxima.

Fato é que o problema social existe e que as políticas públicas atuais não conseguem dirimir os anseios da população mais vulnerável por terras produtivas, demanda de primeira ordem no meio rural, e moradias dignas e inseridas nas cidades “oficiais”, certamente um dos problemas sociais mais graves do meio urbano². Diante da omissão do Poder Público, as ocupações informais, no campo e na cidade, vão se constituindo, se espraiando e tornando-se, por fim, uma realidade a ser enfrentada.

O mote destas ocupações pode ter como pano de fundo uma forma de se manifestar e de se expressar politicamente, com vistas a demonstrar a insatisfação com as políticas de governo e de estado relacionadas ao acesso da população carente à terra ou à moradia. Acrescido a este cenário, há ainda uma resistência coletiva em aceitar os efeitos da mercantilização da propriedade, que resulta na nociva especulação imobiliária, e que tem, como pano de fundo, milhares de imóveis vazios e desocupados, contrastado com uma multidão de vulneráveis que sofre com a ausência ou as péssimas condições de habitabilidade. Nestes casos, a atuação é sempre coletiva e, na maioria das vezes, orquestrada pela sociedade civil organizada, como os movimentos sociais.

No campo, a ocupação é a principal estratégia de luta pela terra. De acordo com os relatórios elaborados pelo DATALUTA (Banco de Dados da Luta pela Terra)³, no ano de 2014 foram realizadas 235 ocupações, envolvendo 30.888 famílias, mobilizadas por 23 diferentes movimentos socioterritoriais⁴, com destaque para o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra), o que denota reconhecida mobilização social no meio rural e a escolha pela ocupação como uma das formas principais de expressão de suas ideologias e exigências políticas. De acordo com os movimentos sociais, as terras escolhidas para a ocupação devem ter indicativo de descumprimento da função social da propriedade⁵, princípio insculpido no artigo 186 da Constituição Federal e premissa para a desapropriação por interesse social descrita no artigo 184 do texto constitucional.

² Sobre a crítica acerca dos recentes programas habitacionais do Governo Federal não solucionarem este grave problema social, principalmente dos mais pobres, em especial o Programa Minha Casa Minha Vida, a obra: MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. *Crítica do Direito à Moradia e das Políticas Habitacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

³ As pesquisas desenvolvidas pela Rede DATALUTA referem-se ao convênio de cooperação entre o LAGEA (Laboratório de Geografia Agrária da Universidade Federal de Uberlândia) e o Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agrária (NERA) da Universidade Estadual Paulista, da Faculdade de Ciências e Tecnologia - Campus da UNESP de Presidente Prudente. Atualmente o DATALUTA é a mais ampla referência de dados da questão agrária brasileira, pois reúne dados de diversas fontes.

⁴ Banco de Dados Dataluta pela Terra. *Relatório Dataluta*, 2014/2015. Disponível em http://www2.fct.unesp.br/nera/projetos/dataluta_brasil_2014.pdf. Acesso em 08/08/16.

⁵ “De modo geral, as propriedades ocupadas são aquelas que apresentam indicativos de descumprimento da função social da terra, definida no artigo 186 da Constituição Federal. Como o Estado não apresenta iniciativa para cumprir a determinação constitucional, os movimentos socioterritoriais agem para que isso aconteça”

Os índices de desenvolvimento humano demonstram que o campo é o local que apresenta as piores condições de vida da população⁶. Sendo a terra condição *sine qua non* para a produtividade e, conseqüentemente, para a renda, muitos camponeses não têm acesso a este instrumento básico de trabalho, o que concorre para acirrar a conflituosidade ou mesmo provocar a migração da população do campo para as cidades em busca de meios de sobrevivência, corroborando, neste último caso, para aumentar o déficit habitacional no meio urbano⁷.

Como consequência a todas estas disfuncionalidades no campo, a violência emerge como uma resposta de ambos os lados da contenda. Segundo dados colhidos pela Comissão Pastoral da Terra, foram contabilizados 771 ocorrências de conflitos no campo no ano de 2015. Também nos termos do relatório, o número de assassinatos em 2015 foi o maior dos últimos 12 anos, contabilizando 49 mortes⁸. Em razão da extrema violência, o CNJ⁹ chegou a suspender o registro de títulos de propriedade no estado do Pará, bem como promoveu o cancelamento de determinado registros que apresentavam irregularidades, como resposta à grilagem de terras, uma das principais causas de morte no campo. Este panorama está preconizado sobre diversas causas, mas certamente os procedimentos judiciais e extrajudiciais de remoções compulsórias destas ocupações são fonte permanente de violência e tensão no meio rural¹⁰.

(GIRARDI, Eduardo Paulo. *Atlas da Questão Agrária Brasileira*, que faz parte da Tese de Doutorado intitulada "Proposição teórico-metodológica de uma Cartografia Geográfica Crítica e sua aplicação no desenvolvimento", desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Geografia e no Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agrária (NERA), da Unesp de Presidente Prudente e contou com o financiamento da Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Disponível em <http://www2.fct.unesp.br/nera/atlas/index.htm>. Acesso em 08/08/16. De acordo com o MST, a ocupação é a principal forma de luta do movimento e visa a denunciar as terras griladas ou improdutivas. Disponível em: <http://www.mst.org.br/quem-somos/>. Acesso em 08/08/16.

⁶ A pobreza e a pobreza extrema são maiores nas áreas rurais das regiões Norte e Nordeste, segundo o estudo "Perfil da Pobreza: Norte e Nordeste rurais", elaborado em parceria com o Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo, Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (FIDA). O referido estudo traça estratégias de atuação para o período de 2016-2021 (Disponível em http://www.ipc-undp.org/pub/port/PRB50PT_Perfil_da_pobreza_Norte_e_Nordeste_rurais.pdf).

⁷ "A errônea política fundiária que expulsa do campo o trabalhador rural contribui para a inchação das cidades, para o aumento do desemprego, para a formação das favelas, com invasão dos lotes urbanos e suburbanos, gerando intranquilidade social, suscitando litígios, causando desespero, fome, aumento de criminalidade e morte" (KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo, 1989, pp. 167-184).

⁸ Disponível em <http://www.cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/download/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14019-conflitos-no-campo-brasil-2015>. Acesso em 09/08/2016.

⁹ Pedido de Providência 0001943-67.2009.2.0.0000. Disponível em <http://www.pge.pa.gov.br/files/u13/ARTIGO%2010%20%20PEDIDO%20DE%20PROVIDENCIA%20KK.pdf>. Acesso em 09/08/16.

¹⁰ A violência advinda do cumprimento das ordens de mandado de desocupação é a premissa sobre a qual subjaz o Manual de Diretrizes Nacionais para a Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse Coletiva, elaborado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário e Departamento da

O impasse também se mantém na política urbana. A constituição da cidade informal e, conseqüentemente, os conflitos advindos desta irregularidade na forma de ocupação não são fenômenos recentes, sendo que a primeira crise habitacional na cidade de São Paulo desencadeou-se em 1886, quando então ocorreu denso incremento demográfico sem a correspondente oferta habitacional e sem a estrutura urbana necessária para receber estes novos moradores¹¹.

Mas foi em 1940, com a intensificação da industrialização no Brasil, que se verificou o maciço êxodo da população rural para os centros urbanos. A constituição de uma população proletária, que vivia em condições subnormais e recebiam subsalários, aliada ao déficit habitacional já existente anteriormente, representaram o motor de engrenagem para desencadear ocupações irregulares às margens periféricas das cidades e nos demais vazios urbanos, com a utilização recorrente de métodos autoconstrutivos de suas casas¹².

É também neste contexto que entra em cena o oportunismo dos proprietários, que procederam ao parcelamento irregular de suas terras, alienando parte das glebas à população vulnerável, que não via alternativa a não ser adquirir estas frações de terra, mais baratas e até então as únicas acessíveis a esta camada da população, para satisfazer suas necessidades. A ausência de infraestrutura básica - obrigação legal do loteador, nos termos do procedimento discriminado na Lei 6.766/79 (Lei Lehman) - como saneamento, iluminação pública e abertura de vias, entre outros - lançou estes cidadãos às condições precárias e subnormais de moradia.

Com o crescimento desordenado das cidades, o parcelamento irregular do solo e a ausência de planejamento do Estado, favelas e loteamentos irregulares¹³ e clandestinos¹⁴

Ouidoria Agrária, que tem como escopo de resguardar os direitos humanos das pessoas que estão sendo removidas. Disponível em

http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user_arquivos_64/Manual_Dir_Nac.pdf.

¹¹ BONDUKI, Nabil. *Origens da Habitação Social no Brasil*: Arquitetura, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria. São Paulo: Estação Liberdade, 2011, p. 18.

¹² “O surgimento de favelas em São Paulo e seu crescimento em outras cidades, durante a crise de habitação dos anos 40, é fundamental para se compreender as profundas alterações no modo de provisão de moradias que ocorreu no período nacional-desenvolvimentista, quando se consolidava uma sociedade de base urbano-industrial. No entanto, como resposta à crise de habitação, a construção pelos próprios trabalhadores de casas individuais em loteamentos periféricos foi a alternativa que se revelou mais fecunda e que, nas condições da cidade de São Paulo, poderia expandir-se quase sem limites” (BONDUKI, Nabil. *Origens da Habitação Social no Brasil*. Op. Cit., p. 254).

¹³ Loteamento irregular é aquele que possui algum tipo de registro no Município, ente federativo responsável por sua aprovação. Assim, caracteriza-se loteamento irregular quando o responsável apenas deu entrada na documentação, mas não chegou a aprovar o projeto ou, tendo sido o projeto aprovado, o loteador deixou de atender a outras etapas do procedimento previsto na Lei 6.766/79.

¹⁴ Já o loteamento clandestino é assim denominado, pois não foi realizado nenhum tipo de projeto ou qualquer pedido perante o Município para a sua implementação.

espraiaram-se e tornaram-se um dos principais efeitos colaterais da transformação do Brasil de um país rural a um país urbano-industrial.

Vale esclarecer que tais práticas ainda persistem nos dias atuais, forçando ainda mais as fronteiras geográficas para o avanço das áreas urbanas sobre as áreas rurais, resultando em loteamentos descontínuos e desarticulados da malha urbana. Esta expansão desordenada revela que as causas fomentadoras do caos urbano ainda se mantêm híbridadas, potenciais e sem solução eficaz e definitiva apresentada pelo Estado.

Sobre as consequências ocasionadas por esta forma de ocupação desordenada e irregular, podemos destacar a seguinte análise:

Numa perspectiva macro, pode-se identificar a desestrutura da malha urbana, com formas disfuncionais e subnormais de articulação dos espaços públicos com os privados, gerando todas as formas de obstáculos para os sistemas de infraestruturas. O desdobramento desse processo é a ineficiência e o encarecimento do transporte, da drenagem, no fornecimento de água e luz, no atendimento dos serviços de abastecimento e coleta, além de produzir espaços públicos inadequados aos usos a que se destinam¹⁵.

Pode-se enumerar uma série de fatores responsáveis por levar a população hipossuficiente à formação dos assentamentos irregulares¹⁶, como as favelas, os loteamentos irregulares ou clandestinos das extremas periferias. Entre eles, estão o mercado de terras altamente especulativo, a ausência de fiscalização do Poder Público para impedir o parcelamento irregular do solo em áreas inadequadas e políticas públicas insuficientes e ineficientes, que não conseguem proporcionar moradia digna, regular e acessível à população mais pobre¹⁷.

A despeito das inúmeras irregularidades e ilegalidades urbanísticas constatadas nesses assentamentos, não se pode desconsiderar que, muitos deles, em razão do largo lapso temporal da ocupação, sem qualquer intervenção do Poder Público, ou em razão de uma célere organização coletiva de seus possuidores, mostram-se devidamente consolidados,

¹⁵ BENTE, Richard Hugh. *Regularização Fundiária de Interesse Social no Estado de São Paulo: uma análise dos programas Pró-Lar e Cidade Legal nos Municípios do Vale do Paraíba*. Tese de doutorado apresentada à Escola de Engenharia de São Carlos para a obtenção de título de doutor em Arquitetura e Urbanismo. Universidade de São Paulo, 2010, p. 24.

¹⁶ Assentamentos irregulares são aglomerados subnormais, conhecidos como favelas, invasões, baixadas, comunidades, vilas de palafita, todos caracterizados pela precariedade nos aspectos relacionados à moradia e à ordem urbanística.

¹⁷ “A autoinstalação de núcleos habitacionais com primeiros e precários assentamentos informais, sejam favelas ou algumas humildes casas e a voracidade econômica de proprietários de terras urbanas são a primeira causa, juridicamente considerada, de clandestinidade de assentamentos” (FUKASSAWA, Fernando. *Regularização Fundiária Urbana*. Op. Cit., p. 23).

revelando-se uma realidade com contornos de difícil reversão. Não raras as vezes, o próprio Poder Público franqueia parte da infraestrutura urbana, com a prestação de serviços públicos básicos, a exemplo da abertura de pavimentos, iluminação pública ou fornecimento de água potável. Em assim agindo, ameniza-se a precariedade do assentamento, proporcionando um pouco mais de dignidade aos moradores, mas, por outro lado, concorre-se ainda mais para a consolidação da comunidade que está no local, alongando as raízes que as prendem na área.

E, mesmo quando as remoções e os desfazimentos destes loteamentos ocorrem, não se pode dizer que se trata de soluções definitivas, mas sim meros paliativos, pois os antigos possuidores buscarão outro local disponível para ocupação, como um verdadeiro ciclo do qual somente sairiam com políticas habitacionais realmente efetivas.

Na obra, “Parceiros da Exclusão”, Mariana Fix faz um estudo de caso acerca da remoção de uma comunidade pobre, denominada Jardim Edith, que ocupava áreas públicas na valorizada região da Avenida Berrini, zona sul da capital paulista, quando do início da Operação Urbana Águas Espriadas. Segundo a autora, as famílias moradoras do local foram expulsas e nada receberam, a despeito de já estarem há muitos anos, exercendo posse na área, salvo uma pequena ajuda de custo para auxiliar na mudança. Sem alternativa, a solução foi ocupar outra área urbana livre e, por certo, inadequada à moradia, perfilhando, assim, o ciclo da exclusão habitacional. Transcreve-se a seguir um trecho sobre o relatório elaborado por Fix, que bem descreve o referido ciclo que a população vulnerável está exposta:

Por trás dessa ocupação intensa e aparentemente espontânea, vemos um exemplo de uma política pública que empurrou os favelados para novas ocupações clandestinas. (...) Soubemos pelas falas tanto da coordenadora da remoção (prefeitura), como do representante da Secretaria do Meio Ambiente no CADES (Governo do Estado), que havia conhecimento por parte do poder público de que a população removida estava indo para a região dos mananciais e que nada foi feito para evitar que isso ocorresse. Mas o destino não é casual, resultado apenas do descuido ou perversão dos governantes envolvidos: é historicamente “nas áreas rejeitadas pelo mercado imobiliário privado e nas áreas públicas situadas em regiões desvalorizadas que a população trabalhadora pobre vai instalar-se”, em “beiras de córregos, encostas dos morros, terrenos sujeitos a enchentes ou outros tipos de riscos, regiões poluídas ou... áreas de proteção ambiental (onde a vigência de legislação de proteção e ausência de fiscalização definem a desvalorização)¹⁸.

¹⁸ FIX, Mariana. *Parceiros da Exclusão*. São Paulo: Boitempo, 2001, p. 134.

Destarte, pode-se concluir que a ocupação e a formação destas irregularidades urbanísticas não se revela uma escolha, mas se trata de destino predeterminado pelas forças políticas e econômicas de nosso país, que acabam por delinear a forma de ocupação socioespacial de nosso território. Estes “vazios urbanos” nada mais são do que espaços desprezados pelas classes de maior poder aquisitivo, como as áreas ambientalmente sensíveis, várzeas de cursos d’água, grandes declividades, áreas de mananciais, entre outros, que, em razão de suas restrições materiais e jurídicas, não interessam ao mercado imobiliário formal¹⁹. Dada a lógica de ocupação de áreas não adequadas à moradia, são claras as desigualdades em relação à exposição de riscos associados, que, indubitavelmente, vulneram em peso desproporcional as classes hipossuficientes.

Mas este contexto não se restringe às áreas periféricas da cidade informal. Nos bairros da região central e do centro expandido da cidade, locais em que está concentrada a maior oferta de postos de trabalho e a mais ampla e melhor infraestrutura urbana, os conflitos fundiários também se descortinam como fenômenos recorrentes e se expressam por meio de diversas modalidades de ocupações irregulares, alternativas que restam às classes pobres para se inserirem nos lindes da cidade formal.

O cortiço pode ser citado como exemplo histórico desta alternativa de moradia aos vulneráveis, vez que desponta, desde o final do século XIX, nas grandes cidades do país²⁰, abrigando trabalhadores pobres, como os negros e imigrantes. Trata-se de moradia multifamiliar, regra geral em imóveis com sobrados, subdivididos em cômodos com metragens não compatíveis com a dignidade humana, locados, sublocados ou cedidos por qualquer título, caracterizados ainda pela superlotação de moradores, que dividem de forma insalubre as áreas comuns, incluindo instalações sanitárias. Ademais, os cortiços também se caracterizam por não observarem os padrões mínimos de segurança²¹, expondo seus moradores a vários riscos. Ao longo da história, os cortiços foram tratados com enfoque higienista²², visão que ainda se mantém em muitas cidades brasileiras e que acaba por embasar ações arbitrárias do Município com vistas à sua desconstituição, sem a

¹⁹ Sobre o tema, nosso artigo: CARVALHO, Sabrina Nasser de; ZAMONER, Tatiana. Direito à Moradia e Áreas Ambientalmente Protegidas: a abordagem conciliatória como estratégia de ação no enfrentamento do conflito. In: *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm. vol. 2, 2014, pp. 431-448.

²⁰ No final do século XIX, cortiços eram comuns nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Santos e Salvador.

²¹ SAULE Jr., Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 439.

²² O Código Sanitário do Estado de São Paulo de 1894 proibia a construção de cortiços e atribuía à municipalidade a responsabilidade por fechar os existentes.

correspondente oferta imobiliária aos seus ocupantes, desencadeando, em consequência, novos conflitos na cidade.

Dados atuais revelam que esta modalidade de habitação popular ainda se mantém bastante expressiva: segundo dados colhidos pela Secretaria Municipal de Habitação de São Paulo, atualmente há 1.065 cortiços cadastrados apenas nas Subprefeituras da Sé e da Mooca²³. Pesquisa realizada pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbano (CDHU) no ano de 2012 registrou a existência de 1.861 cortiços nas regiões centrais do distrito da Sé, Mooca, Brás, Belém, Bom Retiro, Barra Funda, Santa Cecília, Liberdade e Cambuci, totalizando uma população de 38.304 residente em cortiços, o que corresponde a 28% do total de moradores das regiões²⁴.

Regra geral, estes cortiços se estabelecem em imóveis vazios e abandonados, os quais, aliás, são bastante comuns nas regiões centrais das grandes cidades. Na capital paulistana, por exemplo, devido ao processo de deslocamento do eixo econômico da região central para o setor sudeste, que se iniciou na década de 1980, sobreveio esvaziamento imobiliário da região central, com a consequente deterioração do centro, deixando como espólio milhares de imóveis vazios²⁵. O resultado culminou em dados alarmantes de imóveis desocupados: pesquisa realizada pelo IBGE constatou que 12% das edificações da região central de São Paulo estão vagos²⁶.

E este cenário da capital paulista é refletido em todo o Brasil: segundo estudo feito pela Fundação João Pinheiro²⁷, o déficit habitacional no país no ano de 2014 era de 6,068 milhões e o número de imóveis desocupados de 6,354 milhões. A análise quantitativa desmonta a falácia da escusa de “falta de habitações” para solucionar este grave problema social e demonstra claramente não haver déficit, mas sim, concentração de imóveis nas mãos de poucos. Como já se explicou, a “escassez imobiliária é juridicamente sustentada”²⁸, já que não encontra na realidade e em seus números qualquer fundamento.

²³ Disponível em <http://www.habitasampa.inf.br/habitacao/>. Acesso em 20/11/2016.

²⁴ Relatório Geral do Programa de Atuação em Cortiços – CDHU, maio de 2012. Disponível em <http://www.cdhu.sp.gov.br/download/manual/RelatorioGeralProgramaCorticos.pdf>. Acesso em 09/08/16.

²⁵ Os edifícios vagos são geralmente de propriedade do governo do estado, governo federal ou de bancos, os quais estão desocupados há muitos anos em razão de mudança de localização dos órgãos públicos ou dos centros financeiros, o enxugamento de estrutura dos bancos e órgãos do estado, ou a não utilização de imóveis recebidos por dívidas. Há também edifícios privados que ficaram ociosos devido a perda de valor de mercado gerada pelo deslocamento a elite e de parte da atividade econômica, como mencionado. São principalmente edifícios de hotéis, escritórios e residências que os proprietários deixaram fechados, aguardando valorização.

²⁶ IBGE. Censo de 2010. Disponível em <http://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/>. Acesso em 10/04/2017.

²⁷ Fundação João Pinheiro. Centro de Estatísticas e informações. *Deficit habitacional no Brasil: ano de 2013 e 2014*. Belo Horizonte; FJP, 2017.

²⁸ MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. *Crítica do Direito à Moradia e das Políticas Habitacionais*. Op. Cit., p. 13.

Sem função social, estes imóveis vazios e abandonados tornaram-se alvo dos movimentos de moradia. Diante da ociosidade imobiliária, que passou a ser uma realidade a partir da década de 1990, os movimentos de moradia deflagraram uma forte mobilização para lutar por moradia digna na região, o que provocou um intenso processo de ocupação de prédios vazios. Desde então, as ocupações destes imóveis vêm se forjando como um instrumento de pressão política junto ao Poder Público, com vistas a dar visibilidade ao problema de moradia nos cortiços e aos milhares de edifícios abandonados no centro da capital paulista, que, repisa-se, descumprem os princípios constitucionais por não desempenharem qualquer função social.

Pelo que foi exposto, é possível inferir o alto grau de complexidade e de conflituosidade fundiária que os diversos cenários, campo e a cidade, estão inseridos, com conflitos imersos em um denso embate que envolve contradições sociais, ideologias políticas opostas e princípios jurídicos em contraposição. E esta complexidade acaba por ser transposta para os litígios que deságuam no Poder Judiciário, sobre o qual recai uma enorme expectativa social, de que, por meio da prestação jurisdicional, seja possível alcançar soluções capazes de equacionar, ou ao menos amenizar, tais conflitos latentes em nossa sociedade.

Nesta linha, feita esta breve abordagem sociológica dos conflitos fundiários, cumpre examinar os aspectos jurídicos relacionados à questão.

1.2. Múltiplas Faces dos Conflitos Fundiários: breve exame dos aspectos jurídicos

Nos conflitos fundiários, proprietários e ocupantes, em lados opostos da lide, se valem do mesmo arcabouço legal e constitucional para defender os seus interesses. No entanto, utilizando-se de métodos e de raciocínios hermenêuticos e lógicos diversos, apresentam em juízo concepções distintas e excludentes do direito de propriedade.

As nuances fáticas e ideológicas que envolvem os conflitos fundiários conferem maior complexidade à interpretação do direito de propriedade e do direito à moradia, caracterizando-os como questões de difícil resolução jurídica, verdadeiros *hard cases*²⁹. A

²⁹ A relação entre os *hard cases* e os princípios é explicada por Dworkin: “(...) se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada por princípios, seja por políticas” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 131).

dificuldade colocada ao intérprete está justamente na profunda densidade dos princípios jurídicos envolvidos.

O direito de propriedade, sua função social e o direito à moradia são inscritos em nosso ordenamento constitucional por meio de princípios. Esta tipologia de norma é propositadamente vaga e difusa, pois a ela cabe um papel pragmático de obter adesão e catalisar apoio para o sistema jurídico nas situações instáveis, não cristalizadas e, portanto, que não se inserem em um código binário da legalidade *versus* ilegalidade, casos bastante comuns em um país marcado pelo dinamismo social³⁰. Como nos explica José Eduardo Faria,

[...] quanto mais dinâmica for a sociedade e quanto mais esse dinamismo envolver uma contradição social, de um processo perverso de concentração de renda, maior a instabilidade social e maior a dificuldade do legislador para utilizar as normas como um instrumento de regulação. Não lhe resta outra alternativa a não ser, nos casos difíceis, obter, por meio de princípios, algum grau de disciplina jurídica³¹.

O Brasil se insere perfeitamente dentro deste esquadro analítico retratado por Faria. O dinamismo social de nosso país encontra esteio no alto índice de concentração de renda e, conseqüentemente, de contradição social. Este panorama dificulta a utilização de normas claras, objetivas, precisas para regular os conflitos de interesses, fazendo-se necessário recorrer à normativa principiológica que é naturalmente mais difusa.

É exatamente neste contexto em que os direitos de propriedade e de moradia se enquadram quando se jogam luzes aos conflitos fundiários. Tais direitos, repisa-se, estão inseridos dentro de um denso contexto ideológico, o que acaba por escancarar contradições sociais entre classes distintas que litigam entre si. Ademais, a colidência destes direitos entre si e com outros princípios se desvirtua da estrutura normativa dogmática do lícito *versus* ilícito, exigindo que a *ratio juris* não despreze os elementos sociais e políticos que devem integrar o processo hermenêutico.

Joaquim Falcão bem ilustra esta dificuldade de categorização e conceituação do direito de propriedade na seguinte afirmação: “quem tentar conhecer o direito de propriedade no Brasil, através do Código Civil, dificilmente o conhecerá”. De acordo com Falcão, o conceito inscrito na lei civil pode ser o mais difundido, formalizado,

³⁰ FARIA, José Eduardo. A Definição do Interesse Público. In: *Processo Civil e Interesse Público*: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80.

³¹ FARIA, José Eduardo. *A Definição do Interesse Público*. Op. Cit., p. 80.

institucionalizado, preciso e monetarizado, mas nem por isto é o mais praticado pela sociedade brasileira³². Com isso, quer o autor dizer que, em razão da pluralidade dos pactos sociais em nosso país, certamente eles irão desbordar os lindes da tipicidade da norma codicista e de sua dogmática clássica.

A propósito, quando se tenta analisar o direito de propriedade sob as lentes do direito à moradia, dificilmente se consegue escapar da informalidade legal. Para se ter uma amostra desta afirmação, basta se ater ao mercado de terras nas favelas, que, a despeito de não se tratar formalmente de propriedade privada, apresenta um comércio imobiliário dinâmico, cujas variáveis são pouco conhecidas pela academia do mundo todo³³. Tem-se, assim, que a pluralidade social claramente desborda o espectro de soluções jurídicas quando nosso sistema de normas é analisado por um olhar míope e restrito.

A propriedade³⁴ definitivamente não é um instituto jurídico estático, justamente por se amoldar às variantes sociais, políticas, econômicas e até religiosas³⁵ que vigem em determinada época e que servem aos interesses da classe dominante. Pelo que se pode depreender das inflexões históricas em seu conceito e em seus requisitos constitutivos, foi no início do Estado Moderno, com a Revolução Industrial, portanto, nos albores do estágio capitalista, que a racionalidade econômica tornou-se a força motriz e passou a direcionar o seu significado perante a sociedade, colocando a propriedade privada em lugar central na ordem social e fazendo com que esta ordem social passasse a girar em torno dela³⁶.

De lá para cá, sem dúvida, muitas mudanças ocorreram, sejam quanto aos valores vigentes, seja quanto à estrutura e à configuração das relações sociais, o que, inegavelmente, repercutiu na ressignificação do direito de propriedade. Entretanto, mesmo tendo por base as alterações mais incisivas, não se pode falar em transformação radical do conceito de propriedade nos dias correntes, mas sim em “acomodação a uma estrutura econômica, fendida nas vigas que a sustentam”³⁷. Portanto, por mais que, com o tempo, o direito de propriedade tenha se afastado da ideologia do Estado Liberal para se deixar

³² FALCÃO, Joaquim. *Invasões Urbanas: conflito de Direito de Propriedade*. Introdução. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p. 09.

³³ MARICATO, Ermínia. Pós-facio. *Planeta Favela*. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 220.

³⁴ O termo “propriedade” é sempre empregado para se referir ao bem imóvel.

³⁵ Por esta razão, Caio Mario da Silva Pereira afirma não haver um conceito preciso acerca do direito de propriedade, diante de suas constantes alterações sofridas ao longo do tempo, com a mudança dos valores e das ideologias sociais (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 81).

³⁶ CORTIANO Jr., Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 81.

³⁷ ORLANDO, Gomes. Significado da Evolução Contemporânea do Direito de Propriedade. *Revista dos Tribunais*, vol. 757. nov. 1998, p. 717.

permear pelos valores socializantes do constitucionalismo moderno e democrático, ainda permanecem ranços do conceito individualista, absoluto e irrestrito do direito de propriedade, construídos pela estrutura econômica do capitalismo e imbuídos nos valores que pairavam na ideologia liberal³⁸.

De todo modo, se por um lado não houve uma efetiva revolução dos pilares conceituais do instituto, por outro, não se pode descuidar que houve certa evolução, ao menos do ponto de vista constitucional, com o intento de livrar a propriedade das amarras e das limitações que a tornava refém da exclusiva satisfação dos interesses individuais de seus titulares. Deste modo, são as novas linhas que diferenciam o direito de propriedade da concepção absoluta do Estado liberal, inscritas pela expressão “função social”.

Malgrado a Constituição brasileira de 1934 já tenha estatuído que o direito de propriedade não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo³⁹, foi com os valores e influxos da Constituição Cidadã de 1988 que a expressão foi erigida a princípio fundamental⁴⁰. E, a partir de então, os constitucionalistas passaram a embutir no conceito de propriedade inúmeros elementos e condicionantes inerentes à relação jurídica, compreendendo-os, portanto, como parte integrante de sua definição:

Função social da propriedade consiste em que esta deve cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar esses interesses), cumprindo, destarte, às completas, sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades no bem, em proveito da coletividade (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo adversá-los)⁴¹.

A partir da Constituição Federal de 1988, o princípio da função social espalhou-se pelo discurso da dogmática jurídica e da jurisprudência, franqueando a visão de que os valores liberais iriam dar lugar àqueles que resguardam o bem social e coletivo, com o conseqüente equilíbrio entre as classes sociais e a relativização do individualismo clássico.

De fato, se olharmos para o texto de nossa Constituição atual, veremos um farto repertório em torno da propriedade, sua relação com a política agrícola e fundiária e, até

³⁸ Segundo Gustavo Tepedino, ainda se pode vislumbrar forte resistência dos civilistas, em razão de “graves preconceitos” de repensar os institutos clássicos e consagrados do Direito Civil (TEPEDINO, Gustavo. Apresentação. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999).

³⁹ Artigo 113, 17: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”.

⁴⁰ Art. 5º, inciso XXII.

⁴¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público. *Revista de Direito Público*, n. 84, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 123.

mesmo, dispositivos relacionados à reforma agrária⁴². Sem dúvida alguma, o cenário constitucional se inclina a romper com o paradigma de concentração fundiária de nosso país, pois os princípios constitucionais denotam um claro redimensionamento das ideologias que pairam em torno do tema, com predisposição para alçar *status* mais elevado quanto à justiça social por meio da propriedade. O desafio, no entanto, está em transpassar essas novas linhas para que a vontade constitucional conclua o percurso entre o texto e a realidade.

Para tanto, faz-se necessário dar crédito ao poder transformador do Direito⁴³, mesmo diante da distância que separa o preceito normativo e a realidade⁴⁴. Atingir este desiderato exige o livramento do viés individualista que ainda está incutido no tecnicismo dos operadores do direito⁴⁵ e a conexão do sistema jurídico com os demais âmbitos da vida social⁴⁶.

Nesta intelecção, a expressão *função social da propriedade* pode ser interpretada de modo a garantir os postulados individuais, liberais e absolutos, ou, de outro vértice, efetivamente concorrer para a busca da transformação social, a partir da norma jurídica⁴⁷. Uma forma de se alcançar esta última leitura da norma jurídica é interpretar o direito de propriedade, compatibilizando-o com o direito à moradia. Diante do repertório paradigmático de nossas normas constitucionais, não é ousadia afirmar que a *função social da propriedade* franqueia os contornos interpretativos no caso concreto para exigir encargos sociais de seu titular, postulando um plexo de relações que, inclusive, inclui o engajamento para a redução das desigualdades sociais.

⁴² Capítulo III do Título VII, art. 184 a 191.

⁴³ O poder transformador do Direito foi bastante acreditado no período logo após a promulgação da Constituição de 1988. Celso Fernandes Campilongo, no entanto, analisa esta assertiva de uma forma cética, pois entende que há superdimensionamento da função do Direito: “O Direito não determina nem controla o ambiente que o circunda: é incapaz de tomar o lugar, funcional e operacionalmente, da saúde, da educação, da economia ou da política” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Diferenciação Social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61).

⁴⁴ Afinal, entre a norma e a realidade existe uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional como forma de atuação social (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1).

⁴⁵ MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à transformação social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFe, 1988, p. 99.

⁴⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Diferenciação Social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

⁴⁷ Justamente por se tratar de uma norma difusa e aberta, o princípio da função social da propriedade ganha, na prática, conceitos bastante elásticos. É com lastro neste princípio que se defende o incentivo à pequena e média empresa, mas, de outro vértice, também é preconizado na função social da propriedade que se reivindica subsídio para a instalação de grandes indústrias em determinada região do país. Assim, “fácil perceber que a função social pode servir de incremento e de incentivo a diversas formas proprietárias, ou de estímulo a determinadas condutas socialmente relevantes”⁴⁷ (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 74).

A interpretação da funcionalidade da propriedade na doutrina chega, inclusive, a não ver razão de garantia e reconhecimento do direito de propriedade àquele que não se desincumbe deste ônus promocional e coletivo exigido pelo ordenamento jurídico⁴⁸. Exemplo desta interpretação transformadora é a visão perfilhada por Eros Grau, que entende esvaziada a proteção jurídica da propriedade quando esta não cumpre o requisito da função social, o que ensejaria a hipótese de perdimento de bens e não a sua desapropriação, prescindindo, portanto, de qualquer indenização⁴⁹.

Destarte, o que à primeira vista pode parecer tensão entre princípios constitucionais, revela-se, na verdade, parte do processo hermenêutico: a função social da propriedade, interpretada em uma visão transformadora, pode dar cores e significado ao direito à moradia.

O direito à moradia foi inserido expressamente em nossa Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 26, no ano de 2000, inscrito no artigo 6º, rol dos direitos sociais. Cuida-se, portanto, de um direito bem mais recente do que o direito de propriedade, afinal, está incluído no rol dos direitos de segunda geração, àqueles relacionados ao Estado Social. Na esteira do direito de propriedade, o conteúdo deste direito constitucional também incita várias discussões e controvérsias, considerando a extrema vagueza da norma constitucional.

Trata-se, quiçá, de um dos direitos constitucionais mais difíceis de se conceituar e de estabelecer os lindes de sua dimensão no caso concreto. Por certo que não se pode aceitar a visão reducionista de que basta um teto para se abrigar contra as intempéries da natureza, devendo compreender um mínimo para garantir a dignidade do indivíduo⁵⁰. Muitos responderão que as condições mínimas de habitabilidade, como água potável, coleta de esgoto, luz, coleta de lixo, estariam implicitamente compreendidos no conceito

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. *Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 226.

⁴⁹ “Logo – sigo pelo raciocínio, coerentemente – não há, na hipótese de propriedade que não cumpre sua função social, “propriedade” desapropriável. Pois é evidente que só se pode desapropriar a propriedade, onde ela não existe, não há o que desapropriar. Em consequência – prossigo – se, em caso como tal, o Estado “desapropria” essa “propriedade” (que não cumpre sua função social, repita-se), indenizando o “proprietário”, o pagamento dessa indenização consubstancia *pagamento indevido*, ao qual corresponderá o *enriquecimento sem causa* do “proprietário” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003).

⁵⁰ “Moradia adequada significa dispor de um lugar onde se possa instalar, provido de privacidade adequada, espaço adequado, iluminação e ventilação adequada, uma infraestrutura básica adequada, uma localização adequada no que diz respeito ao trabalho e aos serviços básicos, tudo a um custo razoável” (Interpretação da Comissão de Assentamentos Humanos e Estratégia Mundial para Moradia).

constitucional⁵¹. Mas, de quem e como exigir este direito, considerando que mais de um terço da população brasileira⁵² não goza dessas condições mínimas de habitabilidade? Trata-se de direito subjetivo público, imediatamente exigível e de ampla justiciabilidade contra o Estado? Qual seria a responsabilidade da sociedade perante este largo déficit, que afeta a dignidade de milhões de pessoas? Como relacionar o direito de propriedade e o direito à moradia, conforme desafio lançado mais acima?

Sem dúvida, são questões bastante complexas, que exigem a análise de inúmeras variáveis, o que escapa do objeto central desta pesquisa. De todo modo, tais inquietações demonstram que as dificuldades de solubilidade dos conflitos surgidas no plano sociológico, que têm impacto direto no plano jurídico, elevando o grau de conflituosidade jurídica também entre os sujeitos processuais do litígio.

Para o enfrentamento destas dificuldades de inteligência deste princípio jurídico, podemos também nos valer dos Tratados Internacionais, que dão uma dimensão mais concreta sobre o conteúdo do direito à moradia digna. O artigo 11, parágrafo 1º do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁵³, ratificado pelo Brasil em 1992⁵⁴, reconhece o direito à moradia como um direito humano que os Estados signatários devem promover e proteger, incluindo-o dentro do espectro de nível adequado de vida.

Visando a dar fiel concretude para o seu exato conteúdo, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão das Nações Unidas composto de *experts* em direitos humanos, tem, entre outras⁵⁵, a função de interpretar as disposições normativas dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a fim de consolidar a jurisprudência internacional sobre o conteúdo mínimo de cada direito, por meio dos Comentários Gerais.

⁵¹ “A moradia vincula-se estritamente à inserção das pessoas em sociedade com cidadania. Em outras palavras, ter um local como residência significa garantir um mínimo de qualidade de vida na medida em que essa realidade possibilita o gozo de outros bens básicos como água, luz, sistema de coleta de esgoto etc., ao mesmo tempo em que não se pode ignorar aspectos simbólicos relevantes como a possibilidade de receber correspondência, conviver com amigos e poder construir uma individualidade” (ACCA, Thiago dos Santos. A (des)segregação urbana por meio do Direito: o Poder Judiciário, as políticas públicas e o caso da ponte Estaiadinha. In: *As Múltiplas Faces do Conflito Fundiário no Brasil*. Análise CPJA/Direito GV. Maio de 2014, p. 10).

⁵² Segundo os dados colhidos no “Estudo Trata Brasil - 2015”, apenas 48,5% da população do Brasil tem acesso ao serviço básico de coleta de esgoto (Disponível em <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil>. Acesso em 20/08/16).

⁵³ Artigo 11, parágrafo 1º: “Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”.

⁵⁴ Decreto 591 de 6 de julho de 1992.

⁵⁵ O Comitê tem ainda a função de avaliar os relatórios elaborados pelos Estados e emitir recomendações sobre os direitos inscritos nos Tratados de Direitos Humanos.

Neste sentido, Comentário Geral n. 4 fornece a interpretação mais impositiva quanto ao que o direito à moradia digna significa atualmente⁵⁶, assim como dispõe sobre os princípios a ele aplicáveis⁵⁷. Habitabilidade, acessibilidade, adequada localização e prioridade de política habitacional aos grupos vulneráveis são alguns dos componentes que perfazem o conceito de “moradia adequada” no contexto dos direitos humanos, segundo a interpretação internacional.

Outro elemento citado como componente do direito à moradia digna pelo Comentário Geral n. 04 é a segurança jurídica da posse, que se desdobra, entre outros direitos e garantias, na proteção contra os despejos forçados, os quais se descortinam como pontos sensíveis aos conflitos fundiários⁵⁸.

Sobre o tema, considerando o crescimento das graves violações de direitos humanos, seja nos países desenvolvidos ou em desenvolvimento, conforme apurado nos Relatórios Especiais, o Comitê apresentou, em 1997, o Comentário-Geral n. 07, que versa especificadamente sobre os despejos forçados. De acordo com o item 3 do referido Comentário, despejos forçados são caracterizados como a remoção, permanente ou provisória, contra a vontade dos indivíduos, das famílias ou das comunidades de suas residências ou da terra que ocupam, sem provisão e sem o devido alcance das formas apropriadas de proteção legal ou de outra índole⁵⁹.

O item 13 do Comentário n. 07 obriga os Estados, antes de realizar qualquer despejo forçado, especialmente os que envolvem grandes grupos de pessoas, a explorar todas as alternativas possíveis, consultando as pessoas afetadas, a fim de evitar ou

⁵⁶ SAULE Jr., Saule. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Op. Cit., p. 100.

⁵⁷ Destacam-se os seguintes princípios: i) visão de que “moradia não deve ser interpretada de maneira estrita ou restritiva; ii) obrigação do Estado de dar prioridade aos grupos sociais que vivem em condições desfavoráveis; iii) reconhecimento de que os componentes do direito à moradia adequada são no mínimo coerentes com as previsões de remédios legais internos; iv) os despejos forçados são, *prima facie*, incompatíveis com os requerimentos dos Pactos e podem ser justificados somente nas circunstâncias mais excepcionais”.

⁵⁸ Seção 8, alínea “a”: “A posse pode se dar de variadas formas, com o aluguel (público e privado), a moradia em cooperativa, o arrendamento, a ocupação pelo próprio proprietário, a moradia de emergência e os assentamentos informais, incluindo a ocupação da terra ou da propriedade. Seja qual for o tipo de posse, todas as pessoas devem possuir um grau de segurança de posse que lhes garanta a proteção legal contra despejo forçado, perturbação e qualquer tipo de outras ameaças. Consequentemente, os Estados-partes devem adotar imediatamente medidas destinadas a conferir segurança legal da posse às pessoas e propriedades que careçam atualmente de tal proteção, em consulta genuína a pessoas e a grupos afetados”.

⁵⁹ “The term ‘forced evictions’ as used throughout this general comment is defined as the permanent or temporary removal against their will of individuals, families and/or communities from the homes and/or land which they occupy, without the provision of, and access to, appropriate forms of legal or other protection. The prohibition on forced evictions does not, however, apply to evictions carried out by force in accordance with the law and in conformity with the provisions of the International Covenants on Human Rights”.

minimizar o uso da força ou, mesmo, a impedir o despejo. Entre as obrigações que vinculam os Estados está a de assegurar às pessoas afetadas pelo despejo a utilização dos remédios legais, como o direito de defesa e o recurso das decisões judiciais de despejo⁶⁰. O item 16 complementa, traçando as garantias inerentes à proteção processual das pessoas afetadas nos despejos forçados, que inclui, entre várias outras garantias, a assistência jurídica⁶¹.

Repisa-se que, por se tratar de interpretação oficial do direito à moradia inscrito no artigo 11, parágrafo 1º do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Comentários vinculam os Estados-membro. Cuida-se, portanto, de conteúdo jurídico que não pode ser desprezado quanto às regras materiais e processuais relativas aos conflitos fundiários.

Tem-se, assim, que o Comentário Geral n. 07 cuida, na verdade, da perspectiva negativa do direito à moradia. E este aspecto relaciona-se com a segurança jurídica da posse de moradores que, por necessidade, adquiriram um pedaço de terra para trabalho ou moradia, ou, ainda, por necessidade, passaram a ocupar um espaço, diante da impossibilidade de fazê-lo pelos meios oficiais. Por esta razão, este parâmetro normativo é de extrema importância para este trabalho.

O escopo destas linhas não foi esgotar os aspectos plurais e controversos que se referem ao direito à propriedade e ao direito à moradia, tampouco àqueles condizentes com a normativa e quanto aos valores que o conflito fundiário está plasmado, como o direito

⁶⁰ “States parties shall ensure, prior to carrying out any evictions, and particularly those involving large groups, that all feasible alternatives are explored in consultation with the affected persons, with a view to avoiding, or at least minimizing, the need to use force. Legal remedies or procedures should be provided to those who are affected by eviction orders. States parties shall also see to it that all the individuals concerned have a right to adequate compensation for any property, both personal and real, which is affected. In this respect, it is pertinent to recall article 2.3 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which requires States parties to ensure ‘an effective remedy’ for persons whose rights have been violated and the obligation upon the “competent authorities (to) enforce such remedies when granted”.

⁶¹ “Appropriate procedural protection and due process are essential aspects of all human rights but are especially pertinent in relation to a matter such as forced evictions which directly invokes a large number of the rights recognized in both the International Covenants on Human Rights. The Committee considers that the procedural protections which should be applied in relation to forced evictions include: (a) an opportunity for genuine consultation with those affected; (b) adequate and reasonable notice for all affected persons prior to the scheduled date of eviction; (c) information on the proposed evictions, and, where applicable, on the alternative purpose for which the land or housing is to be used, to be made available in reasonable time to all those affected; (d) especially where groups of people are involved, government officials or their representatives to be present during an eviction; (e) all persons carrying out the eviction to be properly identified; (f) evictions not to take place in particularly bad weather or at night unless the affected persons consent otherwise; (g) provision of legal remedies; and (h) provision, where possible, of legal aid to persons who are in need of it to seek redress from the courts”.

ambiental e o Direito Penal, este último necessário em razão da violência outrora mencionada, mas apenas apresentar o panorama multifacetado que o caracteriza no plano do direito material sobre o assunto, características as quais produzirão reflexos diretos no espectro normativo processual, este sim, objeto de nossa pesquisa e merecedor de um olhar mais profundo.

1.3. Conflitos fundiários na agenda institucional dos Três Poderes

Os conflitos fundiários, em razão dos reflexos já apontados, ganharam, nos últimos anos, a agenda dos principais debates institucionais no Brasil, deixando de ser apenas problemas atinentes a setores específicos para exigir a formação de uma ampla rede de diálogo intersetorial para o enfrentamento de seus múltiplos efeitos.

Um dos principais aspectos que contribuiu para colocá-los a frente das mais importantes discussões institucionais foi a ressignificação do seu próprio conceito e de suas soluções. Isso porque os conflitos por terras sempre foram compreendidos por uma visão restritiva, a ser solucionado em apenas duas esferas. A primeira, a esfera policial, com o enquadramento da ocupação de terras em diversos tipos penais, como crime de esbulho possessório, nos termos do artigo 161 do Código Penal, crime de dano, em razão de transposição e destruição de cercas, portas e muros, crime de usurpação devido à ocupação se dar em terras alheias e até mesmo formação de quadrilha, tendo como alvo, neste último caso, a criminalização dos movimentos sociais⁶². O discurso da criminalização, reproduzido pela mídia de massa ou pelo próprio Poder Público, também se mostra como clara tentativa de estigmatizar as favelas e os assentamentos irregulares, reverberando tratar-se de *locus* por excelência da violência ou imputando a seus moradores a responsabilidade pela situação calamitosa em que a cidade se encontra, como estratégia para manter os setores populares sob a vigilância do corpo policial⁶³.

O Judiciário também é compreendido como instância natural em que os conflitos fundiários irão desaguar. A princípio, isso parece refletir a ampliação das portas do acesso

⁶² VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária*. São Paulo: Led, 1998, p. 37.

⁶³ FERNANDES, Fernando Lavres. Os discursos sobre as Favelas e os Limites ao Direito à Cidade. *Cidades*. Presidente Prudente: Grupo de Estudos Urbanos, 2(3), jan.-jun, 2005.

à justiça e a importância das garantias processuais constitucionais inerentes à esfera judicial. O problema, no entanto, está na forma como estes conflitos são comumente postos perante a instância jurisdicional, com a utilização de técnicas processuais tradicionais, seguidas de soluções que desconsideram as causas, os efeitos e os elementos que perfazem estas contendas. Sob o prisma do Direito Privado, esta modalidade de conflito é compreendida no âmbito jurisdicional como apenas um conflito possessório, visto, assim, pelas limitadas lentes do litígio individual, em que o titular do domínio vai a juízo reaver uma das faculdades inerentes à propriedade. Deste modo, o conflito fundiário acaba por ser reduzido a uma simples contraposição de interesses entre particulares, como se a solução ao conflito material dissesse respeito apenas aos direitos e deveres das partes que figuram no processo. Outros atores, como o próprio Poder Público, responsável pela política urbana ou rural, não são vistos como personagens centrais da discussão, e, assim, o debate processual torna-se extremamente restrito e contrapõe-se, de forma flagrante, à amplitude da controvérsia sociológica subjacente.

Foi com a promulgação do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, que se irrompeu uma nova compreensão para o termo *conflitos fundiários*. Marco referencial normativo da ordenação do espaço urbano, o Estatuto da Cidade evoca a necessidade de se tratar os conflitos fundiários como verdadeiros problemas sociais e urbanos, retirando-os da estreiteza do espectro privatístico e dos quadrantes do Direito Civil e Direito Penal para assumir o impacto mais espraído do Direito Público. O diploma normativo apresenta-se como vetor político que informa os objetivos e os princípios que devem nortear os conflitos urbanos, trazendo em seu bojo instrumentos hábeis a equalizar o processo perverso de urbanização que agravou o quadro de exclusão social de nosso país. Neste momento, há um despertar para a necessidade de redimensionamento dos conflitos fundiários, a fim de tratá-los como problemas fundamentais de primeira ordem e como nódulos centrais que impedem o fluxo da garantia do direito a cidades sustentáveis. Noutras palavras, ao menos do ponto de vista normativo, os conflitos fundiários passam a integrar discussões mais alargadas do que a estreita dicotomia de proprietário *versus* ocupante, com a inclusão no debate das políticas urbanas, como o déficit habitacional, saneamento básico, mobilidade urbana, meio ambiente sustentável.

Não há dúvidas de que a promulgação da lei por si só não garantiu os resultados e os objetivos previstos. Aliás, passados mais de uma década da edição do Estatuto, o que se

verifica atualmente é a inefetividade de vários instrumentos inscritos no Estatuto⁶⁴, os quais, inclusive, visam à regularização das ocupações coletivas, como a usucapião coletiva⁶⁵ e a possibilidade de reconhecimento da sentença como título para registro em cartório quando a usucapião constitucional urbana é suscitada como matéria de defesa⁶⁶.

De todo modo, o referido diploma teve o êxito de jogar luzes à necessidade de formulação de uma consciência coletiva urbanística, com o escopo de reduzir a defasagem entre o modelo adotado na legislação urbanística e a realidade, impulsionado pelo clamor consensual de todos pela necessidade de restauração da qualidade de vida nas cidades, exigindo, para tanto, profundas transformações sociais⁶⁷.

Sob os auspícios das diretrizes atinentes à política urbana inscritas no Estatuto da Cidade, observa-se, mais recentemente, a mobilização dos atores sociais para articulação conjunta, com a pretensão de estabelecer uma nova cultura no tratamento de conflitos dessa natureza. Estes são os termos da Resolução n. 31 do Conselho das Cidades⁶⁸, órgão integrante do Ministério das Cidades. A referida resolução prevê um processo de “discussão entre o Poder Judiciário, os órgãos essenciais à Justiça e o Conselho das Cidades no que tange a atuação do Judiciário em conflitos relativos aos deslocamentos e despejos de grande impacto social”⁶⁹. Assim, propõe o órgão integrante do Poder Executivo Federal a imbricação de forças com o Poder Judiciário, reconhecendo, neste sentido, a sua responsabilidade na solução do conflito sociológico. Destaca-se ainda a Portaria n. 587/08 do Ministério das Cidades⁷⁰, na qual foram estabelecidos vários procedimentos no tratamento dos conflitos fundiários urbanos, de modo a vincular a atuação da Administração Pública, com vistas a infirmar a violação de direitos humanos.

⁶⁴ Estudo do IPEA intitulado “Governança e Legislação Urbana”, concluiu que os instrumentos do Estatuto da Cidade, a despeito de úteis na intervenção urbana, são insuficientes se não acompanhados de questões de governança, mormente para mensurar como os atores sociais, agentes econômicos e políticos articulam-se para fazer valer seus projetos. Disponível em http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160920_estatuto_cidade_cap04.pdf.

⁶⁵ Artigo 10 do Estatuto da Cidade.

⁶⁶ Artigo 13 do Estatuto da Cidade.

⁶⁷ Rogério Gesta Real ressalta a grande defasagem entre o modelo adotado pela legislação urbanística e a vida na cidade real, vez que a tônica do uso do solo e das construções nas cidades é a irregularidade. Neste sentido, o Estatuto da Cidade adquire status de ser o novo marco institucional na trajetória da reforma urbana, pois se preocupa com o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: Condições e Possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*. Rio de Janeiro: 2003, pp. 80-81).

⁶⁸ <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-31-2005.pdf>.

⁶⁹ Artigo 1º da Resolução n. 31/2005 CONCIDADES.

⁷⁰ Disponível

http://www.lex.com.br/doc_1677637_PORTARIA_N_587_DE_1_DE_DEZEMBRO_2008.aspx.

Neste mesmo sentido, a reforma do Judiciário, por meio da Emenda Constitucional n. 45/04, mostrou-se reflexo das preocupações com soluções efetivas dos litígios possessórios coletivos no âmbito agrário. O artigo 126 da Constituição Federal passou a prever a Justiça Agrária⁷¹, possibilitando de criação de varas especializadas para o julgamento de contendas desta natureza, com o objetivo de criar mecanismos de acesso à justiça e reduzir os conflitos armados no campo. Atualmente, 11 dos 27 Tribunais de Justiça estaduais⁷² e dois dos cinco Tribunais Regionais Federais⁷³ contam com varas agrárias, portanto, especializadas nos conflitos fundiários no campo.

Reconhecendo-se que uma das principais causas de violência no campo é o cumprimento de mandado judicial de manutenção ou reintegração de posse coletiva, o Ministério do Desenvolvimento Agrário editou um Manual de Diretrizes Nacionais, com a recomendação de determinadas diligências a serem observadas, com vistas a reduzir a animosidade no momento da efetivação da ordem judicial. Entre as providências iniciais recomendadas, está a prévia articulação entre diversos órgãos e entidades, como a Polícia Militar ou Federal, Defensoria Pública, Ministério Público, Conselho Tutelar, Incra, Comissão de Direitos Humanos, OAB entre outros. O Manual disciplina ainda os limites da atuação policial, a necessidade de que a desocupação seja documentada por filmagem, a impossibilidade de destruição de benfeitorias no momento da desocupação⁷⁴, entre outras recomendações.

Sensibilizando-se com o novo contexto a que se erigem os conflitos fundiários, principalmente diante do elevado número de processos judiciais envolvendo a questão, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 22/09⁷⁵, que recomenda a priorização e monitoramento constante do andamento de processos judiciais envolvendo o assunto.

⁷¹ O debate acerca da criação de varas agrárias especializadas foram amplamente debatidas na Assembleia Constituinte de 1987, quando então foi defendida por setores populares. No entanto, o texto final deixou a cargo dos Tribunais decidir pela criação ou não das Varas Fundiárias. A redação original do artigo 126, *caput*, era a seguinte: “Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designara juizes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrarias”. Com a Emenda n. 45, passou a ter a seguinte redação: “Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrarias”.

⁷² Na Justiça estadual, já possuem varas agrárias os Tribunais de Justiça de Alagoas (TJAL), Amazonas (TJAM), Bahia (TJBA), Distrito Federal (TJDFT), Minas Gerais (TJMG), Mato Grosso (TJMT), Pará (TJPA), Piauí (TJPI), Paraíba (TJPB), Rondônia (TJRO) e Santa Catarina (TJSC).

⁷³ Na Justiça federal, instalaram varas agrárias as seções judiciárias do Amazonas, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará e Rondônia, todas do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), e a seção judiciária do Rio Grande do Sul, que integra o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

⁷⁴ *Manual de Diretrizes Nacionais para a Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse Coletiva do Ministério do Desenvolvimento Agrário*. Disponível em http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user_arquivos_64/Manual_Dir_Nac.pdf. Acesso em 08/08/16.

⁷⁵ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RecomendacaoCNJ.pdf>.

Nesta mesma linha, o CNJ também editou a Resolução n. 110/10, que institucionalizou o Fórum de Assuntos Fundiários, de caráter nacional e permanente, destinado ao monitoramento de assuntos pertinentes a essa matéria e à resolução de conflitos oriundos das questões fundiárias, agrárias e urbanas que "possam colocar em risco a segurança no campo e nas cidades ou exijam ações concretas para assegurar o acesso à moradia digna e à distribuição da propriedade rural"⁷⁶. As atividades do Fórum são direcionadas à necessidade do Poder Judiciário poder agir efetivamente como um pacificador social nestes conflitos. Para tanto, as discussões giram em torno da especialização dos órgãos judiciais, formas de dar celeridade a estes processos e a sensibilização dos magistrados no cumprimento do mandado de reintegração de posse, para que mensurem as consequências advindas deste ato processual⁷⁷.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, a criação de Varas e Câmaras reservadas aos conflitos fundiários, urbanos e agrários, foi objeto de discussão entre grupo interinstitucional, de natureza consultiva, formado pelo Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, Procuradorias Municipais e Estaduais, entre outros atores institucionais, envolvidos na prestação jurisdicional, na formulação de políticas públicas e nos estudos de questões afeitas à matéria⁷⁸. Após ampla discussão, o parecer foi pela recomendação de criação de varas e câmaras reservadas aos conflitos fundiários. Respalhada em fundamentos jurídicos e sociológicos, a conclusão teve como premissa o reconhecimento dos efeitos deletérios do modelo caótico de urbanização, da multiplicação dos conflitos urbanos e agrários no Estado de São Paulo, na Recomendação 22/09 do CNJ e, por fim, no mandamento constitucional inscrito no artigo 126 da Constituição Federal, conforme trecho a seguir transcrito:

Em verdade, o artigo reconhece aquilo que este parecer se propõe a demonstrar: que um cenário complexo, marcado por condicionantes sociopolíticas e jurídicas produziu uma situação que conduz ao imperativo de um esforço concentrado de vários atores institucionais, dentre os quais o Poder Judiciário. Como visto, trata-se de expressa incorporação constitucional de temática de caráter estrutural. A

⁷⁶ Artigo 1º da Resolução n. 110/09.

⁷⁷ São algumas questões que foram debatidas no II Encontro Nacional do Fórum de Assuntos Fundiários, realizado em 2010, reduzidas a termo no relatório "Principais Ações do Conselho Nacional de Justiça – Conflitos Fundiários.

⁷⁸ Tiveram assento e voto, com paridade representativa no referido Grupo Interinstitucional os seguintes órgãos e entidades: Defensoria Pública Estadual, Ministério Público Estadual, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Procuradoria Geral do Município de São Paulo, OAB/SP, Secretaria do Estado de Habitação, Secretaria Municipal de Habitação de São Paulo, Secretaria Municipal do Desenvolvimento Urbano de São Paulo, Instituto de Terras do Estado de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico e um representante dos oficiais de Registro de Imóveis.

existência de conflitos fundiários, tradicionalmente agrários, e, em grau crescente, urbanos, é fenômeno constante e longo da história brasileira⁷⁹.

Houve encaminhamento formal do referido parecer pela Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo ao Órgão Especial, estando, atualmente, pendente de deliberação.

De todo modo, ainda no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi criado o Grupo de Apoio às Ordens Judiciais de Reintegrações de Posse, composto por membros do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e representantes das esferas federal, estadual e municipal. O referido grupo, que age quando provocado pelo magistrado da causa, tem como atribuição intervir em reintegrações de posse de alta complexidade, caracterizadas pelo vultoso número de pessoas envolvidas, pela relevância do local ocupado e por outras circunstâncias que acarretem dificuldades no cumprimento da ordem judicial. O grupo também tem como função atuar como espaço interinstitucional de produção de ideias e mediar conflitos⁸⁰. A Portaria que institui o grupo está fundamentada na multiplicação dos conflitos fundiários urbanos no Estado de São Paulo, na necessidade de se reduzir o impacto social derivado do cumprimento de ordem judicial de reintegração de posse, com potencial violação de direitos humanos e na importância de procedimentos específicos construídos de maneira consensual entre os atores para o tratamento uniforme de tais controvérsias.

Da mesma forma, a preocupação com os conflitos fundiários produziu reflexos importantes no campo processual. As discussões do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, foram precedidas de pressão política dos movimentos sociais, com vistas à readequação do procedimento das ações possessórias. Trazendo uma demanda histórica, diversas entidades defenderam a criação de procedimentos especiais para dirimir os conflitos coletivos pela posse de imóveis urbanos ou rurais. Após o debate e discussão de ideias e de ideologias contrapostas por segmentos sociais distintos, opondo os parlamentares que encampam as reivindicações dos movimentos sociais de um lado, e, de outro, aqueles em defesa da pauta ruralista, alcançou-se um consenso, que acabou por resultar na previsão de um procedimento especial para os conflitos fundiários coletivos. Uma das importantes inovações no procedimento é a intervenção de novos sujeitos processuais, diversos das partes, para integrarem o diálogo processual. Nesta linha, previu-

⁷⁹ Relatório e Parecer da Coordenação do Grupo de Trabalho Interinstitucional Responsável pelo Desenho das Varas Especializadas e Câmaras Reservadas em Conflitos Fundiários Urbanos e Agrários.

⁸⁰ Portaria 9.138/2015 do TJ/SP.

se, nos litígios coletivos pela posse de imóvel, a intervenção do Ministério Público, assim como da Defensoria Pública, esta última nos casos de se envolver pessoas hipossuficientes, que se mostra a regra, considerando todas as características já apostas sobre os conflitos fundiários⁸¹. Houve também previsão de inserção no debate processual dos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, Estados ou do Distrito Federal e do Município onde se situe a área objeto do litígio, para que manifestem se têm interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório⁸². A previsão destas intervenções também se aplica aos litígios sobre propriedade de bem imóvel⁸³. Estas alterações processuais serão objeto de análise mais profunda nesta Tese de Doutorado, mas, neste momento, concorrem para demonstrar os reflexos sentidos também pelo Direito Processual quanto ao redimensionamento do impacto dos litígios coletivos pela posse ou propriedade de imóvel rural ou urbano e de suas soluções.

Pelo panorama apresentado, é forçoso concluir que os conflitos fundiários estão definitivamente na ordem do dia dos debates interinstitucionais. Esta projeção é, sem dúvida, impulsionada pelas repercussões e consequências desta modalidade de conflitos na gestão das cidades, nos índices de violência no campo, e, em última análise, pelo impacto direto na qualidade de vida dos cidadãos, exigindo-se a premente necessidade de revisitação do instituto e de suas soluções. Há, inegavelmente, o reconhecimento de mobilização de vários órgãos, de todos os Poderes, para que os conflitos fundiários possam ser analisados com as particularidades e complexidades de sua estrutura e que lhe são inerentes.

⁸¹ Artigo 565, *caput*: “No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de um ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto no §§ 2º e 4º” Parágrafo 2º: “O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça”.

⁸² Artigo 565, §4º: “Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório”.

⁸³ Artigo 565, §5º: “Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre a propriedade de imóvel”.

CAPÍTULO 2 ACESSO À JUSTIÇA: REFLEXÕES SOBRE O ACESSO À TERRA NA PERSPECTIVA DO DIREITO DE DEFESA

2.1. Acesso à Justiça e sua interface com o acesso à terra

O tema “acesso à justiça”, desfilando os seus mais variados vieses, desperta, ainda nos dias atuais, o interesse de estudo por seu objeto, realizado sob os múltiplos olhares de diversos campos do conhecimento. Através de novas abordagens e de novas perspectivas, busca-se sempre a sua perene atualização, sua ressignificação ao longo do tempo e almeja-se, principalmente, a indicação de caminhos concretos para a sua plena efetividade.

Considerando a intrínseca relação entre esta garantia constitucional e os ideais democráticos, a apreensão crítica sobre o seu conteúdo e sobre o seu desempenho mantém-se preocupação contemporânea e de primeira ordem. Não há dúvidas de que a reflexão atual desta garantia não pode prescindir de sua contextualização na história, principalmente diante do repertório de discussões doutrinárias e pesquisas empíricas já realizadas sobre o assunto, essenciais para a compreensão mais acertada de seu objeto e para o prospecto de seus avanços.

Com efeito, o olhar retrospectivo do acesso à justiça no Brasil remonta às pesquisas empíricas realizadas pela sociologia jurídica, cujo recorte para o seu ponto de partida foi justamente o acesso à terra.

A pesquisa inaugural e de larga envergadura sobre o tema, vez que acabou por impulsionar as demais que se seguiram, as quais também adotaram orientação sociológica, foi aquela desenvolvida por Boaventura de Santos Sousa, no início da década de 1970, notável por ser responsável pela introdução do debate sobre o *pluralismo jurídico* no Brasil. Sob este prisma, a perspectiva do acesso à justiça para os setores populares residentes em favelas foi objeto de estudos sociológico e antropológico, por meio de uma abordagem sobre as variadas instâncias de juridicidade que conviviam paralelamente dentro do mesmo espaço geopolítico. Inseto na temática do pluralismo jurídico, Boaventura de Sousa Santos dedicou-se à comparação entre a prática jurídica do direito estatal e a prática jurídica no interior de uma grande favela do Rio de Janeiro, a qual denominou de Pasárgada⁸⁴. Malgrado o objeto da pesquisa não tenha se referido diretamente ao estudo sobre o acesso

⁸⁴ Pasárgada é nome fictício da favela do Jacarezinho, inspirado em um poema de Manuel Bandeira. Buscou o autor o anonimato da favela, onde o autor viveu e estudou, para preservá-la, considerando que o período de estudos foi durante a ditadura militar. Apenas em 2000 o autor revelou tratar-se da favela carioca do Jacarezinho.

à justiça nas favelas, o autor abordou o cidadão tema de forma reflexa, uma vez que a premissa da pluralidade de instâncias preconizou-se sobre a inacessibilidade da Justiça formal aos favelados, os quais, diante de um conflito, regra geral, se socorriam das normas, métodos de coerção e dos rituais praticados pela associação de bairro que existia no seio da comunidade.

À época da pesquisa, Pasárgada era uma das maiores e mais antigas favelas do Rio de Janeiro. Inicialmente, o terreno era propriedade privada, mas posteriormente passou a ser propriedade do Estado⁸⁵. Quando do início de sua ocupação, em 1932, a favela localizava-se na periferia e, portanto, não tinha valor especulativo, facilitando a sua ocupação e expansão. No entanto, à medida que a cidade do Rio de Janeiro se expandiu, a favela passou a situar-se praticamente na parte central da cidade, tornando a área bastante cobiçada pelo setor imobiliário e pelo setor industrial. Ocorre que, a esta altura, a favela já era tão vasta e desenvolvida que a sua completa remoção iria ensejar elevados custos sociais e políticos⁸⁶. E, assim, permaneceu.

De acordo com o estudo de Boaventura, o fato de Pasárgada ter resistido às pressões políticas e econômicas e ter se confirmado como uma realidade irreversível diante de sua consolidação enquanto fato social e urbanístico não foi suficiente para inseri-la dentro do esquadro normativo oficial, justamente em razão do confinamento dos limites estreitos dos conceitos clássicos de propriedade e de posse que vigoravam no “direito do asfalto”⁸⁷. Ademais, nas palavras de Boaventura, “juizes e advogados eram vistos demasiadamente distanciados das classes baixas para poder entender as necessidades e aspirações dos mais pobres”⁸⁸, o que corroborava ainda mais para distanciá-los da juridicidade estatal. Não apenas a forma de ocupação era ilegal, diante da ausência de títulos formais que a legitimasse, assim como ilegais também eram as construções sobre estas terras, as quais não se ajustavam às leis nacionais, estaduais e municipais sobre edificações. Este “estatuto da ilegalidade” constituiu-se motor de impulsão da comunidade para a criação de mecanismos de construção de sua própria ordem normativa. Deste modo, preconizado sobre a linha etnográfica, Boaventura concluiu que o direito de Pasárgada convivia paralelamente às instâncias oficiais e apresentava um espaço retórico mais amplo

⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *O Direito dos Oprimidos: sociologia crítica do direito*. Parte 1. São Paulo: Editora Cortez, 2014, p. 148.

⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *O Direito dos Oprimidos*. Op. Cit., p. 150.

⁸⁷ No discurso oral e mais informal, os moradores de Pasárgada referem-se às leis oficiais e ao sistema jurídico oficial como “direito do asfalto” ou “leis do asfalto”, referindo-se o tipo de direito que rege as áreas urbanizadas.

⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa, "O discurso e o Poder", *Revista Forense*, 1980, 272, pp. 1-40.

que o direito estatal, contrapondo-se em vários aspectos ao conteúdo dogmático do legalismo⁸⁹.

É neste contexto que a associação tornou-se imprescindível aos moradores⁹⁰ enquanto instância de resolução de conflitos, baseada na normativa interna vigente em Pasárgada. A sua função preponderante era a jurisdição civil, mais especificadamente, questões relativas aos terrenos e às habitações, embora no processamento dos litígios outras questões podiam ser levantadas⁹¹. Em razão disso, a comunidade, por meio da associação, desenvolveu uma ordem jurídica interna, paralela, principalmente para que fosse possível solucionar problemas relativos a terrenos e habitação em toda a favela⁹², instituindo um ordenamento social que lhes era próprio, baseado em procedimentos concebidos com argumentos tópico-retóricos.

O direito de Pasárgada, obviamente válido apenas na comunidade, estruturou-se normativamente sobre a inversão da norma básica (*grundnorm*) da propriedade, por meio da qual o estatuto jurídico da terra é conseqüentemente invertido: a ocupação ilegal (segundo o “direito do asfalto”) transforma-se em posse e propriedade legal (segundo o Direito de Pasárgada)⁹³. E assim, a norma fundamental de Pasárgada tornou-se o fundamento da legitimidade para as transações entre os moradores das favelas que envolviam casas e barracos, já que no direito oficial estas transações não seriam oficialmente válidas⁹⁴.

⁸⁹ No escólio de Boaventura, o discurso de Pasárgada está embasado nos recursos tópicos-retóricos, no modelo decisório da mediação, utiliza-se de um discurso jurídico não legalístico, mais informal, com uso de linguagem comum, diferindo-se, nestes aspectos, do direito oficial (SANTOS, Boaventura de Souza. *O Direito dos Oprimidos*. Op. Cit., pp. 31-34).

⁹⁰ Nas palavras de Boaventura, neste aspecto a associação de moradores tornou-se um “ersatz” da proteção jurídica oficial de que a comunidade carece.

⁹¹ Nas palavras de Boaventura, parafraseando um dos moradores de Pasárgada, “a Associação de Moradores é identificada, na comunidade, com “melhoramentos, um lugar onde ir quando se tem um problema com barraca ou com a casa” (SANTOS, Boaventura de Souza. *O Direito dos Oprimidos: sociologia crítica do direito*. Parte 1. São Paulo: Editora Cortez, 2014, p. 154).

⁹² Em Pasárgada, a Associação de Moradores é reconhecida por ter competência para resolver as questões relativas a terrenos e habitação em toda a favela.

⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 14.

⁹⁴ “A norma fundamental de Pasárgada proporciona o fundamento da legitimidade para as transações, entre moradores da favela, que envolvam casas e barracas consideradas como objetivos reais, e não sejam oficialmente válidas, porque, salvo situações específicas, uma casa não pode ser legalmente transacionada sem o terreno em que está construída, e porque os terrenos da favela não são privados, o rótulo oficial de invalidade não tem qualquer efeito para os moradores de Pasárgada, enquanto estas transações e as relações sociais por elas criadas se circunscreverem a Pasárgada e à jurisdição de suas instituições e mecanismos jurídicos. Portanto, a ficção jurídica fundamental permite que coexistam, sem interferência, duas ideias mutuamente contraditórias de legalidade, desde que as respectivas jurisdições se mantenham separadas” (SANTOS, Boaventura de Souza. *O Direito dos Oprimidos*. Op. Cit., p. 186).

Conclui-se, assim, que o pluralismo jurídico identificado em Pasárgada tinha como causa subjacente a ilegalidade coletiva da habitação à luz do direito oficial brasileiro que vigia àquela época. Paulatinamente, o pluralismo jurídico preconizado sobre a ilegalidade atrelada à posse da terra foi transportado para outras dimensões das relações sociais, ampliando a autonomia da estrutura normativa da comunidade.

Transpostas as bases que alicerçavam o direito de Pasárgada aos dias atuais, é imprescindível fazer uma análise crítica do pluralismo jurídico enquanto instância substitutiva dos instrumentos estatais de acesso à justiça. Neste sentido, exsurge a indagação sobre até que ponto o direito de Pasárgada, nas condições desvendadas e descritas por Boaventura, ainda persistem, considerando as profundas transformações ocorridas nas bases sociológicas, políticas e jurídicas que ocorreram com o passar dos anos, principalmente com os novos preceitos trazidos pela Constituição de 1988.

Em primeiro lugar, se a autonomia regulamentadora das favelas lastreava-se na ilegalidade coletiva da habitação à luz do direito oficial brasileiro, a partir do momento em que a política urbana foi constitucionalizada sob os auspícios do princípio da função social da cidade e do bem estar dos cidadãos⁹⁵, regulamentada pelo Estatuto da Cidade⁹⁶, que primou pela integração dos assentamentos informais à cidade, houve o esmaecimento das premissas que, à primeira vista, sustentavam o pluralismo jurídico de Pasárgada. Portanto, os programas de regularização fundiária implementados nos dias atuais, ainda que tímidos, outorgam o *status* de legalidade às ocupações, possibilitando que os seus ocupantes possam buscar amparo no sistema normativo oficial dos conflitos envolvendo a posse destas áreas.

Outro fator que se alterou ao longo do tempo foram os laços comunitários da própria comunidade. A despeito de ao tempo da pesquisa realizada por Boaventura estar vigendo o Estado totalitário, a vida associativa em Pasárgada era bastante intensa, devido à consolidação das relações sociais no interior da comunidade, fator que franqueava abertura à dimensão retórica intrínseca ao pluralismo, abria espaço para a consolidação da constituição da ordem normativa vigente na favela e, enfim, possibilitava que a associação funcionasse como uma verdadeira instância de resolução de conflitos. Paradoxalmente,

⁹⁵ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

⁹⁶ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...). XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais”.

com a redemocratização, houve perda do vigor das associações enquanto mecanismos de aglutinação coletiva⁹⁷, revertendo o papel de “sujeitos sociais emergentes que procuravam catalisar as demandas internas das comunidades” para iniciar um período marcado pelo profundo desinteresse pelas questões associativas⁹⁸.

Aliado a isso, o tráfico de drogas, grave problema social a partir de 1980, passou a regulamentar as relações sociais da comunidade, pautando-se, no entanto, nas regras da violência. O comércio de drogas ainda exerceu papel desorganizador das redes de relações sociais, principalmente diante da ausência de abertura de espaço para a retórica⁹⁹ e a burocracia, bases do pluralismo jurídico¹⁰⁰.

E, por fim, não se pode desprezar o alargamento da garantia constitucional do acesso à justiça, principalmente diante do processo de redemocratização e da crescente visibilidade da dimensão jurídica sob os auspícios dos princípios democráticos da Constituição de 1988, que permearam, ainda que de forma deficiente e insuficiente, os locais mais desprivilegiados de nossa sociedade, resultado de certa introjeção do Estado nestas comunidades¹⁰¹. Por esta razão, sem desprezar a autonomia da ordem normativa da comunidade que tem a sua representatividade mesmo nos dias atuais, o acesso dos setores populares residentes em favelas e demais assentamentos irregulares às vias jurisdicionais tornou-se questão sensível e primordial sobre o tema acesso à justiça e sobre a forma de vencer seus obstáculos.

Na década de 1980, seguindo os passos da orientação sociológica de Boaventura, pesquisadores brasileiros abordaram o tema “acesso à justiça”, mas agora pautados sob a análise do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na resolução de conflitos e sob o enfoque da perspectiva dos direitos coletivos. Entre os protagonistas deste movimento está

⁹⁷ PANDOLFI, Dulce; GRZYNSZPAN, Mario. Poder Público e favelas: uma relação delicada. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi (Org.). *Cidade, história e desafios*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002, p. 242.

⁹⁸ MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O Direito das Favelas no Contexto Pós-Programa Favela-Bairro: uma recolocação do debate a respeito do “Direito de Pasárgada”*. Tese de Doutorado do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da UFRJ. Rio de Janeiro, 2010, p. 200.

⁹⁹ O direito de Pasárgada e a sua dimensão retórica são fatores que demonstram a consolidação das relações sociais no interior da comunidade. De acordo com o autor, quanto maior for essa consolidação, mais intenso será o desenvolvimento comunitário e menores serão os riscos de extinção ou remoção (SANTOS, Boaventura de Souza. *O Direito dos Oprimidos*. Op. Cit., pp. 77-78).

¹⁰⁰ Eliana Botelho Junqueira e José Augusto de Souza Rodrigues decretam a “pena de morte” do pluralismo jurídico com o advento das “bocas de fumo” nas favelas (*Pasárgada revisitada: sociologia: problemas e práticas*, Rio de Janeiro, n. 12, 1992, p. 15).

¹⁰¹ “A despeito da precariedade do habitat e do déficit de infraestrutura e de serviços urbanos, as favelas não podem ser vistas como locais onde o Estado esteja ausente, deixando-as “abandonadas à própria sorte”, mas como locais onde o Estado tem procurado controlar através de suas leis, de seus aparelhos administrativos e de seus recursos ideológicos, discursivos e simbólicos” (MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O Direito da Favela no Contexto Pós-Programa Favela-Bairro*. Op. Cit., p. 174).

Joaquim Falcão, que é levado a analisar a temática sob o viés das invasões urbanas, ocupações por assentamentos das classes mais baixas que ocorriam em Recife e nas principais capitais do país¹⁰². Cuidou-se do fenômeno político-jurídico que marcou aquele momento histórico por se erigir a modo dominante de aquisição de propriedade imobiliária¹⁰³, em contraposição às formas legais prescritas pelo Código Civil.

Com efeito, na obra “Conflito de Direito de Propriedade: invasões urbanas”, doutrinadores de diversas formações debruçaram-se sobre a análise dos complexos desdobramentos resultantes da invasão de terrenos urbanos não produtivos pela população carente, que foi impulsionada pela necessidade fundamental de ter onde morar. Buscou-se analisar esta realidade social, confrontada com a incapacidade do Poder Judiciário de lidar com estes conflitos, considerando que os juízes estavam presos a uma justiça legal, confinada aos limites estreitos do positivismo jurídico, cujos dogmas não eram suficientes para oferecer soluções sociais razoáveis e não violentas às invasões¹⁰⁴. A partir de estudos de casos, Falcão buscou analisar os reflexos, principalmente da ordem processual, produzidos pelas invasões urbanas, os quais tiveram importante relevo na ordem da garantia do acesso à justiça.

“Estaria o Judiciário cumprindo a função que a democracia o legitima aos olhos do cidadão: de equacionar os conflitos sociais?”, indaga Falcão, em artigo escrito em 1981¹⁰⁵. Naquele momento, preocupa-se o autor com os empecilhos ao acesso à justiça de ordem cultural, identificados no Processo Civil vigente. Deste modo, argumenta que, para além dos elevados custos processuais, do excessivo ritualismo profissional e de rígida estrutura de poder, havia ainda uma cultura jurídica dominante que inviabilizava o acesso de determinadas classes sociais à Justiça. Assim, sob a perspectiva dos conflitos coletivos urbanos ocorridos em Recife, o autor traz a lume a questão da representação coletiva dos

¹⁰² Os casos selecionados para estudo localizavam-se na cidade de Recife, contudo, o próprio estudo não desconsidera que as ocupações eram fenômenos espraiados nas grandes cidades e capitais do país.

¹⁰³ Como afirmou Joaquim Falcão, não foi por escritura pública passada e registrada em cartório, não foi por contratos do sistema de financiamento habitacional. Quantitativamente falando, as invasões urbanas constituíram-se o modo dominante de aquisição de propriedade imobiliária (FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. *Conflito de Direito de Propriedade: invasões urbanas*. Introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1984. VII).

¹⁰⁴ Uma das questões posta por Falcão é: “será que a justiça legal é necessariamente igual à justiça social?”

¹⁰⁵ FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Cultura Jurídica e Democracia: a favor da democratização do Judiciário*. In: *Direito, Cidadania e Participação*. LAMOUNIER, Bolívar (Org.). São Paulo: T.A. Queiroz Editor. 1981, pp. 3-20.

cidadãos na esfera jurisdicional, novo padrão de conflituosidade emergente na década de 1980, como forma de contribuição do Judiciário ao ideário democrático¹⁰⁶.

Vinte e quatro anos depois, a segunda edição da obra “Invasões Urbanas” foi publicada, mantendo a mesma linha acerca da “defesa do direito à moradia de todos os brasileiros como primeiro e maior exercício do direito de propriedade”¹⁰⁷. A intenção do trabalho era demonstrar que o debate acerca do direito à propriedade e o direito à moradia transcendia qualquer ideologia política, por se tratar de dois direitos que se relacionavam às condições de sobrevivência da cidadania e da estabilidade de qualquer sociedade. Com o escopo de romper com a quebra da hegemonia do direito, a obra contou com a análise das múltiplas lentes de diversas ciências, lançando mão de metodologias multidisciplinares, de modo a estabelecer um sistema integrativo do conhecimento para a busca de soluções capazes de contribuir para o desenvolvimento social, econômico e político do Brasil¹⁰⁸.

Já nos anos 90, Alexandrina Moura, na obra “Terra do Mangue: invasões urbanas em Recife”, faz uma reflexão teórica em torno dos processos de mudança legal que emergem do bojo das lutas urbanas. Assim, partindo da premissa de que os problemas urbanos concernentes à habitação tornam o Direito (sistema normativo, os tribunais e as decisões administrativas) uma arena e um objeto de luta, a autora demonstrou que aspectos políticos, como a pressão exercida pelos invasores, a exemplo de audiências e passeatas¹⁰⁹, podem influir nas decisões dos juízes atuantes nas ações de interdito proibitório ajuizadas pelos próprios possuidores em que se discutia o acesso à terra ou ações de reintegração de posse ajuizadas pelos proprietários¹¹⁰, forçando, em muitos casos, a negociação extrajudicial como solução. Alicerçada nestas conclusões, Moura desvela o descompasso existente entre o sistema legal aplicável ao Poder Judiciário e as soluções pertinentes às

¹⁰⁶ “Aqui reside nossa segunda perspectiva: a perspectiva que focaliza o Judiciário como uma das instituições do Estado onde o ideal democrático impõe também a tarefa de aperfeiçoar os mecanismos de representação coletiva” (FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Cultura Jurídica e Democracia*. Op. Cit., pp. 3-4).

¹⁰⁷ Palavras de Joaquim Falcão em nota à segunda edição. In: *Invasões Urbanas: conflito de direito de propriedade*. Joaquim Falcão (Org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p. 7.

¹⁰⁸ FALCÃO, Joaquim. De pés no chão, encharcados: nota à segunda edição. In: *Invasões Urbanas: conflito de direito de propriedade*. Joaquim Falcão (Org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p. 7-8.

¹⁰⁹ “Todos os casos que envolveram decisões judiciais foram acompanhados de uma intensa ação política dos moradores que faziam passeatas, abaixo-assinados para as autoridades, mobilizavam a imprensa reivindicando uma solução imediata dos conflitos” (MOURA, Alexandrina Sobreira de. *Terra do Mangue: invasões urbanas no Recife*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1990, p. 95).

¹¹⁰ O direito pode garantir habitação às camadas de baixa renda que são ameaçadas de expulsão pelos proprietários ou pelo próprio Estado. Em decorrência das ameaças, os moradores usam o direito para lutar fora dos tribunais. Nesse sentido, a politização dos aspectos legais urbanas implica na articulação da luta urbana à política, ou seja, cria-se o contexto sob o qual uma reivindicação transforma-se em valor político em questão e a forma pela qual cada processo específico resulta em diversas decisões políticas (MOURA, Alexandrina Sobreira de. *Terra do Mangue: invasões urbanas no Recife*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1990, p. 32).

invasões urbanas, desnudando, com isso, a incapacidade do sistema estatal de dar respostas a tais embates sociais.

Em 1991, também sob o enfoque da questão fundiária e justiça, Eduardo Guimarães¹¹¹ dedicou-se ao estudo de caso referente a uma ação de reintegração de posse ajuizada pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), que alcançava o espectro de 20 mil moradores, os quais ocupavam diversas favelas na cidade do Rio de Janeiro. De um lado, os advogados dos ocupantes se utilizavam de discursos com esteio em conceitos estranhos à discussão jurídica, inclinados à justiça social, a exemplo da condição de trabalhador carente dos ocupantes. De outro lado, os advogados do Instituto buscavam, por meio da ação ajuizada, resgatar a propriedade das mãos de quem ilegalmente a detinha, portanto, dos que eles classificavam como esbulhadores, utilizando-se dos conceitos inscritos nas leis civis que lhe eram favoráveis. Paralelamente à ação judicial, ocorriam negociações entre as duas partes, fora do sistema legal, com discursos diversos daqueles verberados na ação em curso, pautados sobre a necessidade social dos moradores. Esta abordagem, na visão de Guimarães, retomava a compreensão de pluralismo jurídico de Boaventura, haja vista a necessidade de lançar mão de um direito divergente que não se enquadrava na normativa estatal em vigor para a resolução dos conflitos. Revisitava-se, assim, a discussão sobre formas não legais de solução nos conflitos pela terra, o que, conseqüentemente, remetia à questão de inacessibilidade do sistema legal relativa às lutas pela terra.

Como já pontuado, as pesquisas e as reflexões pautadas no acesso à terra fizeram parte da trajetória histórica sobre as reflexões atinentes ao acesso à justiça, buscando explicar esta garantia jurídica à luz dos fatos sociais, no caso, de um fenômeno com impactos jurídico-políticos significativos, as denominadas invasões urbanas.

Maria Teresa Sadek explica que o estudo sobre o acesso à justiça durante os anos 80 foi guiado predominantemente por uma orientação antiliberal, que valorizava, sobretudo, os conflitos de natureza coletiva, tendo por foco os direitos sociais, particularmente aqueles relacionados à saúde e à moradia. Na perspectiva da autora, a discussão sobre acesso à justiça focalizava principalmente o acesso coletivo à justiça e o pluralismo jurídico como meio de emancipação¹¹².

¹¹¹ CARVALHO, Eduardo Guimarães de. *O Negócio da Terra*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1991.

¹¹² Na visão da autora, Boaventura de Santos Sousa e David Trubek influenciaram decisivamente os juristas e sociólogos no Brasil na década de 1980 (SADEK, Maria Teresa. *Estudos sobre o Sistema de Justiça*. Portal das Ciências Sociais (ANPOCS). Disponível em

Quanto ao primeiro aspecto, acesso coletivo à justiça, o fenômeno das “invasões urbanas” corroboraram para demonstrar o contraste entre o direito positivo e os fenômenos sociais que permeavam a sociedade à época, que não conseguiam ser digeridos pelo sistema posto. A essência coletiva da ocupação¹¹³ contrastava com o padrão individualista e subjetivo, até então hegemônico no Direito vigente da época, demonstrando a dificuldade de o sistema jurisdicional absorver e dar respostas efetivas a estas demandas sociais emergentes. Desta forma, as “invasões urbanas” funcionaram como um campo de investigação para o estudo do acesso à justiça, à luz dos direitos coletivos¹¹⁴.

Portanto, diversamente do que se poderia imaginar, o interesse dos pesquisadores pelo tema “acesso à justiça”, na década de 1980, não estava diretamente relacionado com o movimento “access-to-justice”, desencadeado pelo Projeto de Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Como explica Eliane Botelho Junqueira, as pesquisas brasileiras não tinham uma preocupação centrada na expansão do *welfare state* e na necessidade de se tornarem efetivos novos direitos conquistados a partir dos anos 60 pelas minorias étnicas e sexuais, estes sim, temas fulcrais do movimento de “acesso à justiça”. A preocupação no Brasil, à época, não era de “minorias”, mas sim de “maiorias”, pois o tema “acesso à justiça” estava umbilicalmente relacionado com a histórica marginalização socioeconômica dos setores subalternizados, os quais perfaziam uma ampla maioria excluída socialmente e politicamente¹¹⁵.

Neste mesmo sentido, Joaquim Falcão assim destacou:

Na América Latina, trata-se quase sempre de defender os direitos da maioria e não dos direitos das minorias. Quem é discriminado social ou

<http://www.anpocs.com/index.php/universo/acervo/biblioteca/coletaneas/o-que-ler-na-ciencia-social-brasileira-1970-2002/volume-iv/662-estudos-sobre-o-sistema-de-justica/file>. Acesso em 14/02/2016.

¹¹³ “A primeira e mais importante característica da ocupação está em ser coletiva: não há como imaginá-la dentro do padrão individualista e subjetivado do direito burguês, pois o ato de ocupar passa inevitavelmente por três etapas distintas que bem poderiam ser chamadas, sucessivamente de preparação, envolvendo uma ampla discussão em torno das dificuldades e dos encaminhamentos necessários ao sucesso da luta, entrada na terra e permanência na terra. Em qualquer desses estágios, os riscos próprios do movimento de ocupar e a eventual dureza da repressão, com que sempre há de contar, exigem uma forte consciência solidária, e só podem ser enfrentados pela ação coletiva e organizada dos ocupantes” (BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Sobre o papel do direito na sociedade capitalista. *Ocupações coletivas: direito insurgente*. Disponível em http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/24135779-Miguel_Lanzellotti-Baldez-Sobre-o-papel-do-direito-na-sociedade-capitalista-direito-insurgente.pdf. Acesso em 11/10/2016).

¹¹⁴ Conforme nos explica Eliane Botelho Junqueira, “se, teoricamente, se chega ao tema do acesso à justiça nas investigações brasileiras a partir do tema do pluralismo jurídico, não se teria constituído um campo de investigação se naquele momento não tivessem ocorrido, na arena jurídico-política, as invasões urbanas” (JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *In: Revista Estudos Históricos*, n. 18, 1996).

¹¹⁵ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *In: Revista Estudos Históricos*, n. 18, 1996, pp. 389-402.

economicamente é a maioria dos cidadãos. Quem não tem acesso ao Judiciário é a maioria dos cidadãos. Quem foi violentado em seus direitos políticos foi a maioria dos cidadãos. Por isso, a questão do acesso à justiça na América Latina é uma questão de maioria, de imensa maioria e não apenas de determinados grupos étnicos ou sexuais¹¹⁶.

Se por um lado o Brasil não acompanhou o movimento internacional capitaneado por Cappelletti e Garth quando de seu início, na década de 1970, não há dúvidas de que o estudo de Florença foi significativo para influenciar as reflexões doutrinárias e também práticas acerca do tema, já que a pesquisa também se pautou sob a perspectiva da Sociologia do Direito. Aliás, foi justamente o distanciamento entre a dogmática processual e a realidade que deflagrou o movimento crítico pelo acesso à justiça, considerando que os estudos do Processo Civil até então negligenciavam os traços sociais, culturais, psicológicos e econômicos¹¹⁷.

A obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “Acesso à Justiça”, mesmo com o passar dos anos, continua sendo muito atual para o contexto de nosso país. As medidas práticas para superarmos os obstáculos ao efetivo acesso à justiça ainda se mantêm sensíveis à parte da doutrina que analisa o Direito Processual sob o prisma constitucional¹¹⁸. Diante do grave quadro de pobreza, exclusão e contrastes sociais que ainda permeiam o nosso país, o método de raciocínio do Processo Civil compromissado com os valores da efetividade e da justiça social, como proposto por Cappelletti, revela-se um necessário redirecionamento epistemológico para o rompimento com a racionalidade estrita da ciência processual tradicional¹¹⁹.

A influência de Cappelletti na doutrina brasileira, sentida a partir do início da década de 1990 por meio da temática acesso à justiça, foi essencial para relacionar a ciência

¹¹⁶ FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e Serviços Legais. Ocupações Urbanas. In: *Invasões Urbanas: conflito de Direito de Propriedade*. Introdução. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

¹¹⁷ “(...) o direito e o sistema jurídico eram olhados exclusivamente em seu aspecto normativo, enquanto se negligenciavam seus componentes reais – sujeitos, instituições, processos e, mais genericamente, seu contexto social” (CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. In: *Revista de Processo*. São Paulo: 74(19):82-97, abri/jun. 1994, p. 82).

¹¹⁸ De acordo com Marinoti, a temática do acesso à justiça constitui a visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional (MARINONI, Luís Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996).

¹¹⁹ “O movimento acesso à justiça, como enfoque teórico, embora certamente enraizado na crítica realista do formalismo e da dogmática jurídica, tende a uma visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana. A componente normativa do direito não é negada, mas encarada como um elemento, e com grande frequência, não a principal, do direito. O elemento primário é o povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos” (CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. In: *Revista de Processo*. São Paulo: 74(19):82-97, abri/jun. 1994, p. 83).

do Processo Civil com a justiça social. Foram também as reflexões do processualista italiano que contribuíram para a discussão no cenário nacional acerca dos obstáculos socioeconômicos do acesso à justiça, à luz da paridade de armas entre as partes¹²⁰, bem como fortaleceram o debate sobre os novos direitos, moldados pela perspectiva coletiva (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*). Por esta razão, não há como abordar o tema “acesso à justiça” sem revisitar a obra de Cappelletti e Garth, cujos dados e conclusões serão valiosos para o aprofundamento do objeto deste trabalho.

Mas outras obras e reflexões são também essenciais para uma visão mais real e efetiva do acesso à justiça e das formas de eliminar seus obstáculos. Felstiner, Abel e Sarat, na análise de uma perspectiva mais real e ampla do fenômeno, preocuparam-se com os entraves que antecedem as soluções propostas pelo Movimento Acesso à Justiça, já que estes últimos apenas atacam os problemas relacionados à transformação de disputas em ações judiciais. Para os autores, antes de se chegar à via jurisdicional, há um percurso lógico e necessário de pelo menos três etapas: reconhecimento de que determinado tipo de evento é prejudicial (nomear); a identificação do evento como uma queixa em relação à qual outro é responsável (culpar) e o confronto com o responsável como denúncia ou remédio (reivindicar)¹²¹. Segundo eles, há muitos conflitos em nossa sociedade, mas apenas alguns poucos são percebidos e remediados. O estudo aponta que a posição social e as características individuais das partes são essenciais para a percepção da lesão, para a imputação da responsabilidade a alguém e, posteriormente, para o manejo de uma ação de reparação¹²².

Como iremos abordar mais à frente, o percurso “nomear, culpar e reivindicar” revela-se árduo nos litígios fundiários, inclusive para aqueles que são réus no processo, uma vez que a própria posição e *status* de ocupante são utilizados como razão suficiente para lhes retirar direitos e garantias essenciais pertinentes ao acesso à justiça.

Como se nota, os fatos sociais relacionados ao acesso à terra constituíram-se fenômenos político-jurídicos de relevo em nossa história, despertando o interesse de seu estudo para contribuir com o aprimoramento da garantia constitucional do acesso à justiça.

¹²⁰ Cappelletti pontuou que não basta a afirmação por parte do ordenamento jurídico de uma teórica e abstrata igualdade dos cidadãos frente a lei, quando as partes não estão também em posição de igualdade frente ao instrumento de tutela dos direitos do processo” (CAPPELLETTI, Mauro. Los Derechos Sociales de libertad em la concepción de Piero Calamandrei. In: *Processo, ideologia e sociedade*. Buenos Aires, EJE, 1974, p. 116).

¹²¹ FELSTINER, W. L. F; ABEL, R. L.; SARAT, A. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming. *Law and Society Review*, Salt Lake City, vol. 15, n. 3/4, pp. 631-654, 1090/1981.

¹²² Op. Cit., p. 636.

2.2. Acesso à justiça na perspectiva do direito de defesa

Como demonstrado, o tema “acesso à justiça” foi objeto de análise pela doutrina estrangeira e brasileira e continua sendo temática importante sobre a qual os estudiosos se debruçam, dedicando-se à atualização de seu significado, perpassando pelo desvendamento de seu conteúdo e, principalmente, engendrando esforços para buscar soluções com vistas a torná-la efetiva. Indubitavelmente, trata-se de uma das garantias mais basilares de nosso sistema jurídico, haja vista que ela se perfaz como instrumento necessário e essencial para eliminar as crises do direito material por meio da função jurisdicional. Daí a razão de sua perene revisitação.

A despeito da larga dedicação sobre o assunto, depreende-se da maioria dos estudos realizados que os obstáculos ao acesso à justiça são analisados sob a perspectiva daquele que irá demandar o Poder jurisdicional para buscar a sua pretensão, ou seja, regra geral, as pesquisas se inclinam a compreender o fenômeno do acesso à justiça unicamente pelas lentes do autor, portanto, do sujeito processual que irá provocar e dar início à atividade jurisdicional. Com isso, os obstáculos e as barreiras específicas que se relacionam com a defesa acabam por ficar às margens das reflexões teóricas e práticas e sem a atenção e a dedicação que merecem.

Justamente por isso, as pesquisas relacionadas com as invasões urbanas, ora mencionadas, nos parecem ainda mais valiosas ao desenvolvimento deste trabalho. Não obstante terem deflagrado o estudo do acesso à justiça sob a orientação sociológica do Direito no Brasil, contribuíram para o aprofundamento da temática sob a perspectiva do direito de defesa, propondo, inclusive, um olhar coletivo sobre o fenômeno, pois a característica de coletividade fazia parte da essência dos fatos sociais objeto de análise¹²³, ainda que a coletividade estivesse ocupando o polo passivo da demanda. Sob esta perspectiva, as invasões urbanas concorreram para demonstrar a estreiteza da legitimidade de agir, culminando na conclusão pela imprescindibilidade de se lançar mão de métodos processuais relacionados à representação de interesses¹²⁴. No que pertine ao debate

¹²³ “As invasões são fenômenos coletivos. Não foram uma ou duas pessoas ou famílias a invadir propriedade alheia. Em alguns casos, os invasores foram centenas. Em outros, milhares. As soluções foram buscadas por um processo definido a partir desta realidade” (FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de Direito de Propriedade: In: Invasões urbanas*. Op. Cit., Introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 87-88).

¹²⁴ Como já adiantado, Joaquim Falcão, após a dedicação ao estudo das invasões urbanas e da emergência do movimento social que ressurgia após a redemocratização nos anos 80, passando a exigir os novos direitos, que tinham uma conotação coletiva, suscita a necessidade de criação de mecanismos processuais para a representação coletiva dos cidadãos, inclusive para o aperfeiçoamento do ideal democrático.

processual relativo às invasões urbanas, a maioria das ações que foram propostas à época perante o Poder Judiciário, em que se discutia a legalidade das ocupações, eram ações de reintegração de posse ajuizadas pelos proprietários registrais do imóvel, cujo polo passivo era formado (ou deveria ser formado) pelos possuidores das áreas *sub judice*. Deste modo, esta moldura processual suscitou a reflexão para se repensar os institutos do Processo Civil, a fim de que eles se aproximassem mais da realidade e dos anseios insertos na sociedade.

Imperioso ressaltar que muitos dos obstáculos ao acesso à justiça identificados pela doutrina aplicam-se indiferentemente a ambas as partes na demanda. Os entraves relativos aos custos para o acesso ao sistema judicial, por exemplo, relacionados ao patrocínio jurídico, conforme se debruçou o Projeto de Florence, tornam-se óbices a serem superados tanto pelo autor, como para o réu, assim como as soluções propostas também podem ser aplicadas para ambas as partes, favorecendo-as. Da mesma forma ocorre com as demais barreiras socioculturais, como a dificuldade de se reconhecer a violação a um direito¹²⁵, a intimidação em razão da suntuosidade dos tribunais, do ambiente forense e do linguajar jurídico, o desequilíbrio entre litigantes eventuais e habituais, a demora no julgamento da causa, que concorre para desfavorecer os economicamente mais fracos, os quais acabam sendo pressionados a abandonar suas causas ou aceitar acordos, entre outros obstáculos de ordem socioeconômica, cultural e psicológica. Nestes casos, repisa-se, o debate para encontrar soluções satisfatórias para transcender tais barreiras certamente favorece não apenas o autor, mas também o requerido na demanda.

Entretanto, o que se comumente depreende dos trabalhos e das pesquisas realizadas é uma inclinação recorrente acerca da análise do tema acesso à justiça a partir, apenas e tão somente, da perspectiva do autor, ou seja, na superação dos obstáculos para romper com a inércia do Poder Judiciário e possibilitar a apreciação jurisdicional da pretensão do requerente. Em suma, a garantia do acesso à justiça é cada vez mais identificada com a remoção de barreiras para promover demandas, culminando nas discussões de práticas institucionais para atacar apenas aquele que deseja reivindicar seu direito por meio de promoção de demandas, e não destinadas àqueles que são demandados e lhes são exigidos deveres. Esta abordagem acaba por sombrear as dificuldades que o demandado enfrenta para exercer o seu direito de defesa, até mesmo em relação àqueles obstáculos ora mencionados, já tão bem descortinados pela doutrina e também aplicáveis

¹²⁵ Para abordar este tema, Garth e Cappelletti na obra “Acesso à Justiça” utilizam o seguinte título “Aptidão para Reconhecer um Direito e Propor uma Ação ou sua Defesa” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Op. Cit., p. 22).

ao demandante, mas que, quando vistos pelo viés da defesa, parecem não despertar tanta importância. A visão do acesso à justiça preconizada apenas pelas lentes do autor acaba ainda por dificultar a compreensão de que o exercício do direito de defesa deve, necessariamente, ser visto pela perspectiva da garantia constitucional e fundamental do acesso à justiça, nos mesmos moldes e com a mesma importância que é conferida ao autor.

Não se descarta que o ato de inaugurar uma demanda judicial pode conter barreiras mais difíceis de serem transpostas quando comparáveis com aquelas opostas ao exercício do direito de defesa, já que podem anteceder aos procedimentos judiciais para se chegar até as instâncias adequadas para fazer valer seus direitos, como a própria percepção do dano pela parte lesada. De outro lado, quanto à defesa, o processo judicial já foi instaurado, o pedido inicial já está exposto e a demanda está sendo impulsionada pelo magistrado e pelo autor. Como já analisou Dinamarco, “o conceito de ação inclui os poderes de *iniciativa e participação*; o de defesa, somente *participação*”¹²⁶. Ao réu, portanto, não são opostas as barreiras que dizem respeito estritamente à iniciativa. Isso, no entanto, não infirma as dificuldades e os entraves pelos quais o requerido está sujeito para que possa exercer a sua garantia constitucional em plenitude de também ter acesso adequado às vias jurisdicionais para a apresentação de sua defesa, os quais necessitam ser discutidos e investigados para se colimar a tão desejada paridade de armas.

Esta desídia quanto ao direito de defesa também foi identificada por vezes autorizadas do Direito Processual quando da análise evolutiva relacionada à ciência processual. Processualistas de renome já denunciaram o descompasso entre a dedicação que a doutrina teve com o estudo do direito de ação e aquela destinado ao direito de defesa. Cândido Dinamarco é um dos processualistas críticos à doutrina estrangeira e à doutrina nacional que, segundo ele, historicamente sobrelevaram o estudo do direito de ação, colocando-o com papel central e quase que exclusivo na ciência processual e, em contrapartida, deixaram o exercício do direito da defesa relegado em segundo plano, culminando no que ele denominou de “processo civil do autor”. Nesta linha, posiciona-se criticamente o autor quanto aos resquícios metodológicos que ainda hoje são sentidos em nosso sistema processual, que sensivelmente denotam que a *ação* ainda está no centro de nosso sistema processual¹²⁷.

¹²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 295.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99.

A provável explicação para este fenômeno, segundo discorre Heitor Vitor Mendonça Sica¹²⁸, é o forte ranço privatista que contaminou a ciência processual desde o sistema de ações do Direito Romano, vigorando até pouco tempo. Sob a ótica privatista, o direito de ação era orientado com vistas à tutela de interesses privados do autor, portanto, “para satisfazer pretensões, e não para dar tutela a quem tiver razão”¹²⁹.

Nesta linha, defende Dinamarco a necessidade de o Direito Processo Civil se afastar do sistema de *actiones* do Direito romano e, conseqüentemente, do conceito privatístico do direito de ação, pois, para ele, o sistema jurídico processual moderno deve estar lastreado sobre uma série de valores e não exclusivamente sobre o direito de ação:

Essa conceituação de tutela jurisdicional e definição de seus destinatários são de primordial importância na processualística moderna, sobretudo porque trazem em si a afirmação de que o processo civil não é algo que se faça necessariamente em benefício do autor, mas sempre com vista à pacificação dos litigantes, dando tutela a quem tiver razão. A ciência moderna repudia a falsa ideia de um *processo civil do autor*¹³⁰.

Sendo assim, sob a vigência da processualística moderna, o centro do sistema processual transmutou-se do Direito Privado para o Direito Público, vale dizer, os institutos e os escopos do processo passaram a ser direcionados pela atuação estatal, portanto, pelo interesse público e não mais se mantiveram reféns da sobeja vontade das partes. O processo é instrumento para o exercício da jurisdição e, como tal, cuida-se de típica função do Estado, que o faz direcionado a valores outros relacionados aos escopos sociais, políticos e jurídicos¹³¹ que o processo, na concepção atual, deve colimar. A partir deste momento, o direito de ação deixa de ser concebido como uma forma de dar proteção judicial aos direitos privados, convertendo-se em uma obrigação fundamental do Estado frente aos cidadãos¹³².

Diante destes novos rumos, passou-se a compreender que a tutela jurisdicional é conferida a pessoas e não a direitos, portanto, pode ser conferida ora ao autor e ora ao réu. A conceituação de tutela jurisdicional e a definição de seus destinatários faz concluir que

¹²⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. Op. Cit., p. 21.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

¹³¹ “O processo não é um instrumento do autor (no exercício da ação), mas do Estado, que através dele exerce típica função que é só sua (jurisdição) com vista a certos objetivos que se relacionam muito mais de perto com valores sociais, políticos e jurídicos da sociedade, do que o interesse daquele que vem a juízo e pode ter razão ou deixar de tê-la” (DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. t. I. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99).

¹³² TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 32.

o Processo Civil moderno não é algo que se faça em benefício do autor, mas sempre em busca da pacificação entre os litigantes e para dar tutela a quem tiver razão¹³³.

Na linha da evolução da ciência processual, esta mudança de paradigma foi acompanhada pela concepção instrumentalista do processo, que inaugurou uma nova forma de compreender o fenômeno processual: neste momento, a importância do processo passou a se ater aos resultados produzidos. A conscientização de que o processo não vale tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, levaram a uma revisitação de todos os institutos processuais, de modo a sintonizá-los com esta perspectiva metodológica¹³⁴.

Sob os auspícios da fase instrumentalista, Dinamarco também alçou novas perspectivas de compreensão do processo enquanto método da processualística fulcrado a partir da ideia dos institutos fundamentais do processo. Neste sentido, a teoria geral do processo passou a receber influxos da *ratio* inerente à perspectiva instrumentalista do processo, inaugurando um pensamento revisionista, cujas bases da teoria geral do processo preconizavam-se sobre a *jurisdição, ação, defesa e processo*, elementos estes erigidos como institutos fundamentais do processo¹³⁵. Fincada nestas novas influências, a teoria geral do processo passou a dar ênfase também a efetividade do direito de defesa, “assim consideradas as garantias, princípios e mecanismos técnico-jurídicos suficientes para uma efetiva participação do réu na dialética do processo e na formação do convencimento do juiz”¹³⁶.

Aliado ao instrumentalismo do processo, emergem os axiomas advindos da Constituição de 1988, que traz uma nova ordem pautada na democracia social. Princípios e garantias relacionadas ao processo foram internalizados na Carta constitucional, os quais também reproduziram o viés democrático em seu conteúdo, com reflexos diretos na ampliação da participação e igualdade das partes no *iter* processual. Neste sentido, o Princípio constitucional do Acesso à Justiça (art. 5, XXXV, CF/88) recebe o mesmo *status* do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa (art. 5º, LV, CF/88), o que enseja a uma aproximação entre os institutos fundamentais do Processo Civil, da ação e da defesa¹³⁷.

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 110.

¹³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Institutos Fundamentais do Direito Processual. *In: Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 72.

¹³⁶ SIQUEIRA, Cleanto Guimaraes. *A Defesa no Processo Civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 52.

¹³⁷ SICA, Heitor Vítor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil*. Op. Cit., p. 2.

Deste modo, a compreensão do processo à luz do Direito Público e imbuído dos valores advindos do instrumentalismo e dos novos princípios constitucionais deram luzes ao direito de defesa, que antes não encontrava lugar diante da projeção do conceito de ação sob a perspectiva exclusiva do direito subjetivo do autor. Nesta nova ótica, o direito de defesa passa a ser tão relevante quanto o direito do autor, “pois ambos são os destinatários da tutela jurisdicional e perante ambos o Estado afirmará soberanamente o direito objetivo, pacificando o conflito com justiça, em favor de um ou de outro”¹³⁸.

Diante desta nova ordem, descortinou-se um paralelismo nítido entre o direito de ação e o Direito Processual de se defender, compreendidos como elementos estruturais do Processo Civil:

Assim encaradas as coisas, entre a liberdade do autor de dirigir-se à autoridade e a liberdade do réu de defender-se, existe um paralelismo tão íntimo, que constitui a própria estrutura do processo. O autor aciona; ao fazê-lo, exerce um direito que ninguém lhe contesta, já que logo mais na sentença se saberá se a sua ação é ou não procedente. Pela mesma razão, porque não se pode repelir de plano a demanda, também não é possível repelir de plano a defesa. Pela mesma razão porque cumpre assegurar ao autor as vias de reclamação perante a autoridade, é também mister garantir ao demandado os meios de se defender.¹³⁹

Partindo do pressuposto da paridade entre ação e defesa, talvez com a única ressalva de que o direito à ação inclui o poder de dar início ao processo¹⁴⁰, a doutrina já afirmou categoricamente que “ambos se identificam como direito à prestação jurisdicional do Estado”, portanto, “direitos da mesma natureza”¹⁴¹.

Concordando com estas asserções, Heitor Sicca vai mais adiante e afirma que o pedido jurisdicional formulado pelo réu não pode ser considerado qualitativamente diferente do pedido de tutela jurisdicional formulada pelo autor. Na opinião do processualista, o réu, ao exercer a sua defesa, pretende, no mínimo, obter uma decisão judicial de cunho declaratório, no sentido de que a demanda do autor é infundada. Aliás, nada impediria que este pedido feito pelo réu em sede de defesa fosse objeto de uma

¹³⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil*. Op. Cit., p. 2.

¹³⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa, São Paulo: Saraiva, 1946, p 72.

¹⁴⁰ “A diferença fundamental entre ação e exceção, entre ataque e defesa, é que o autor vai ao processo porque o deseja, ao passo que o demandado tem que ir ao litígio se bem que não o deseje” (COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: discursos, ensaios e conferências*. Trad. de Hilomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 30).

¹⁴¹ SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1980-1981.

demanda jurídica autônoma por ele proposta¹⁴². Destarte, “uma vez instaurado o processo, são absolutamente equiparadas as posições do autor e do réu, criando-se para ambos a legítima expectativa de afinal receber a tutela jurisdicional que também a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXV)”¹⁴³.

Diante de todas estas premissas e à luz das garantias processuais constitucionais da inafastabilidade (art. 5, XXXV), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV) e da isonomia (art. 5º, *caput*), ao direito à defesa e aos institutos a ele correlatos devem ser conferidos o mesmo *status* do que àquele outorgado à tutela jurisdicional pretendida pelo autor. Esta perspectiva de análise tem largo impacto na garantia fundamental de *acesso à justiça*, uma vez que os entraves e obstáculos opostos ao exercício do direito de defesa devem ser compreendidos com a mesma gravidade e com o mesmo rigor do que aqueles identificados e combatidos quando a perspectiva é destinada ao primeiro acesso às vias jurisdicionais, ou seja, quando então o autor instaura o processo.

¹⁴² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil*. Op. Cit., p. 49.

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 293.

CAPÍTULO 3 OBSTÁCULOS SOCIOECONÔMICOS AO DIREITO DE DEFESA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS

3.1. Obstáculos socioeconômicos ao acesso à justiça: linhas gerais

A carência de recursos econômicos revela-se o obstáculo mais significativo e, quiçá, o mais difícil de ser transposto para a busca do efetivo acesso à justiça¹⁴⁴. Considerando os baixos índices dos indicadores sociais e a alta desigualdade na distribuição de renda de nosso país, verifica-se que ainda é expressivo o número de pessoas que vive e interage a margem do sistema jurídico, o que torna a universalização do acesso à justiça garantia constitucional ainda pouco efetiva.

Importa-nos, para o enfoque deste trabalho, visualizar os impactos que a pobreza implica como obstáculo às instâncias formais de acesso à justiça. Fala-se em pobreza, pois é esta característica que incide sobre a coletividade que figura nos litígios fundiários, já que, como visto, os conflitos ora retratados constituem-se em disputas coletivas pela posse da terra como forma de alcançar espaço para o trabalho no campo ou a busca de uma área para servir-lhes de moradia. Trata-se, por certo, de direitos básicos e, portanto, que denunciam a hipossuficiência econômica e a marginalização social destes indivíduos. Tem-se, desta forma, que um dos lados do litígio que ora se examina é composto por uma coletividade extremamente vulnerável, que busca, por meio das ocupações de espaços públicos ou privados, a satisfação de um direito fundamental.

A pobreza revela, por si só, uma barreira estrutural de múltiplas consequências e de efeitos espraiados, contra a qual meros ajustes na ordem legal, desacompanhados de profundas mudanças na ordem social e cultural, constituem apenas retórica, com reflexos contidos e sentidos apenas no âmbito formal. Franquear acesso universal à justiça representa desconstruir fronteiras culturais, sociais e geográficas, a exemplo da busca para a emancipação social do indivíduo e a aproximação da população dos canais que ampliem a juridicidade e que permitam a abertura democrática, com a participação e a inclusão dos grupos contra-hegemônicos na interpretação do direito, que acabam marginalizados no cotidiano dos tribunais nos dias atuais.

Portanto, transpassar o obstáculo da pobreza para colimar a garantia do acesso à justiça, para se ter a ideia de seu largo espectro, relaciona-se com requisitos que perfazem

¹⁴⁴ Como ressalta Michele Taruffo, a assistência jurídica aos pobres é um obstáculo que não encontra solução satisfatória na maioria dos sistemas jurídicos, mesmo daqueles países ditos desenvolvidos (TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 34).

a cidadania. Hodiernamente, as assimetrias na renda se reproduzem e impulsionam as diferenças nos graus de escolaridade, no acesso e qualidade de moradia, na saúde e nos demais direitos relacionados ao bem-estar, incluindo o alcance aos meios oficiais para a concretização dos direitos, portanto, o acesso à justiça.

Como exemplo ilustrativo desta assertiva, podemos mencionar a interface entre pobreza, educação e o acesso à justiça: a pobreza influi diretamente no grau de escolaridade, que, por sua vez, tem direta relação com o reconhecimento dos direitos pelos indivíduos e a forma de pleiteá-los. O alto índice de analfabetismo no Brasil¹⁴⁵, com expressivas diferenças regionais¹⁴⁶ e com dados alarmantes na área rural¹⁴⁷, exerce impacto direto no acesso à justiça, incidindo, como dito, na origem do processo para o exercício desta garantia, impondo barreiras concretas para o reconhecimento da própria existência dos direitos e, ainda, dificultando a percepção das instituições e dos instrumentos hábeis a fazer valer tais direitos.

Para corroborar com esta assertiva, valemo-nos dos dados apresentados pelo PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios)¹⁴⁸, que demonstram que o grau de escolaridade tem relação diretamente proporcional com a percepção da existência dos direitos, ou seja, com o reconhecimento da violação de um direito. Colhem-se nos referidos dados que a proporção de pessoas que declararam ter vivenciado um conflito grave aumenta

¹⁴⁵ Em 2016, a taxa de analfabetismo foi de 7,2%, o que corresponde a 11,8 milhões de analfabetos (Fonte: Agências de Notícias do INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad)*. Publicado 21/12/2017. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18992-pnad-continua-2016-51-da-populacao-com-25-anos-ou-mais-do-brasil-possuiam- apenas-o-ensino-fundamental-completo.html>. Acesso em 24/04/2018.

¹⁴⁶ Os índices do IBGE demonstram que as desigualdades na instrução da população alcançam níveis regionais: enquanto o índice nacional de analfabetismo é de 7,2%, na região Nordeste é de 14,8% e na região Sul de 3,6%. A taxa de analfabetismo entre pretos e pardos (9,9%) também é duas vezes mais do que a de brancos (4,2%).

¹⁴⁷ O IBGE apurou que a taxa de analfabetismo na zona rural (21,2%) é o dobro da zona urbana (6,5%), em 2011 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em sua Síntese de Indicadores Sociais - Uma análise das condições de vida da população brasileira 2012).

¹⁴⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad)*, 2009.

conforme crescem a renda¹⁴⁹ e a escolaridade¹⁵⁰. Deste modo, assim como o acréscimo no grau da escolaridade implica no maior reconhecimento do direito pelo indivíduo, neste mesmo sentido, graus mais elevados de escolaridade, por consequência, funcionam também como motor de maior impulsão para a procura de instâncias legítimas e oficiais, com vistas à reparação destes direitos violados.

Concorrendo com os resultados acima descritos, a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), intitulada “Indicadores socioeconômicos e a litigiosidade”¹⁵¹, também demonstrou que o aumento na escolaridade média da população de um Estado¹⁵² e a redução dos níveis de pobreza implicam no aumento de casos novos perante o Poder Judiciário, em última análise, na ampliação do acesso à justiça¹⁵³. Portanto, pelos dados colhidos, estabelece-se, inegavelmente, uma correlação intrínseca entre litigiosidade, educação e pobreza.

Se olharmos o perfil socioeconômico das favelas, um dos exemplos de ocupações irregulares e palco constante de conflitos fundiários, veremos que a população favelada apresenta dados sociais desfavoráveis¹⁵⁴ quando comparados com a população em geral. De acordo com os indicadores, a renda salarial média dos moradores da favela é menor do que a renda média da população, a taxa de analfabetismo é maior do que a média

¹⁴⁹ Enquanto o rendimento médio daqueles que não buscaram solucionar seus conflitos (os denominados desalentados) é de R\$ 985,00, os que buscaram o Procon ou o Poder Judiciário era de R\$ 1.500,00 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad)*, 2009). Conforme análise do CNJ desta pesquisa, “Essa realidade de desalento torna-se ainda mais significativa quando se leva em consideração que o custo financeiro associado a uma situação de conflito para os segmentos de menor renda é proporcionalmente mais oneroso para essas classes do que para aquelas de maior renda, situação que, a princípio, deveria impeli-los a buscarem mais as soluções e não menos” (Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, de 2004 a 2009). Conselho Nacional de Justiça, julho de 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>. Acesso em 24/09/2018.

¹⁵⁰ A pesquisa demonstrou que a média de estudo daqueles que procuraram o Procon e o Judiciário para a solução dos problemas é maior do que aqueles que procuraram outras instâncias, como igreja, parente, amigo, entre outros (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad)*, 2009).

¹⁵¹ Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA). *Indicadores Socioeconômicos e a litigiosidade*. Brasília, DF, Ipea, 2009.

¹⁵² Segundo a pesquisa, o aumento de 1 ano na escolaridade média da população de um Estado aumenta a demanda por serviços judiciários em 1.182 casos novos por 100 habitantes/ano.

¹⁵³ Apurou-se que a redução de um ponto percentual de pobres na população de um Estado aumenta a demanda por serviço judiciário em 115 casos novos a cada 100 mil habitantes/ano.

¹⁵⁴ Censo Demográfico de 2010. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE).

municipal¹⁵⁵, o índice de desemprego também é maior¹⁵⁶, com predominância de proletários e subproletários¹⁵⁷. Em suma, podemos afirmar que a população residente na favela é mais pobre, menos escolarizada e com maior proporção de mão de obra desqualificada¹⁵⁸. Todos estes indicadores sociais desfavoráveis irão resvalar na garantia do acesso à justiça e não podem ser desconsiderados no estudo das proposições para o enfrentamento das barreiras existentes para a satisfação desta garantia.

Na obra “Cidadania, Justiça e ‘Pacificação’ em Favelas Cariocas”, buscou-se retratar, por meio de pesquisa empírica, qualitativa e quantitativa¹⁵⁹, realizada nas favelas do Cantagalo, Vidigal e Fazendinha, nos anos de 2012 e 2013, dados socioeconômicos que mantêm estreita relação com o acesso à justiça. De acordo com os autores, a pesquisa nasceu da inquietação originada na leitura dos diagnósticos de âmbito nacional, que demonstravam uma forte correlação entre os fatores socioeconômicos e o acesso à justiça. Em suma, a pesquisa visava avaliar o conhecimento dos moradores sobre os seus direitos, os tipos de conflitos que eles vivenciam e como se relacionam com as instituições formais de justiça.

Por meio de *survey*, os autores da pesquisa solicitaram aos entrevistados que mencionassem até três direitos que os brasileiros possuem. Como resultado, 56,7% dos entrevistados não souberam indicar sequer um direito garantido aos cidadãos¹⁶⁰. Foram indagados também se eles conheciam ou se já tinham ouvido falar da Constituição do país. Pouco mais da metade respondeu positivamente¹⁶¹.

Mas a dificuldade de enunciar direitos não implica, necessariamente, na ausência de percepção por estes cidadãos de que seus direitos são desrespeitados: 84% dos entrevistados responderam que os direitos que estão na lei são pouco ou nada respeitados

¹⁵⁵ As maiores taxas de analfabetismo da população em assentamentos informais no ano de 2010 foi em Alagoas (26,7%), Paraíba (21,3%) e Rio Grande do Norte (16,3%) (Censo Demográfico de 2010. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE).

¹⁵⁶ Quanto aos trabalhadores sem carteira assinada, o percentual é de 27,8, sendo que o padrão nacional em 2000 em outras áreas era de 20,5% (Censo Demográfico de 2010. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE).

¹⁵⁷ O rendimento médio da população em assentamentos informais é de meio salário mínimo a um salário mínimo, sendo que 31,6% tem renda até meio salário mínimo (Censo Demográfico de 2010. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE).

¹⁵⁸ TASCHER, Susana Pasternak. Favelas em São Paulo: sentidos, consensos e contrassensos. *In: Caderno Metrópole*. vol. 5. São Paulo: PUC/SP, 2001.

¹⁵⁹ A opção metodológica foi pelo estudo de caso, a partir de uma abordagem multimétodo (grupos focais, entrevistas com roteiro semiestruturado, observação e levantamento quantitativo a partir de questionário estruturado), utilizando-se dados qualitativos e quantitativos.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Cidadania, Justiça e Pacificação*. Rio de Janeiro: Editora GV, 2014, p. 67.

¹⁶¹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Cidadania, Justiça e Pacificação*. Op. Cit., 67.

na prática¹⁶². Isso revela que as pessoas têm consciência da violação de seus direitos, mas não conseguem traduzir determinadas situações como fato jurídico passível de ser questionado e tampouco sabem o que fazer e como fazer para reparar esta violação¹⁶³.

Outra dimensão da cidadania também explorada na pesquisa versou sobre o conhecimento de instituições e dos agentes públicos incumbidos da promoção e da garantia de tais direitos. Assim, perguntou-se aos moradores se eles sabiam mencionar alguma instituição ou agentes públicos a quem pudessem recorrer para obter informações ou ajuda em caso de terem um de seus direitos desrespeitados. Metade dos entrevistados não soube mencionar nenhuma instituição ou qualquer agente a quem pudessem recorrer na defesa de seus direitos. No geral, as instituições mais lembradas foram a polícia (UPP), a Defensoria Pública e o Procon¹⁶⁴. O Judiciário é apenas a quarta instituição citada.

A pesquisa ainda reforçou os dados insertos nos índices oficiais acima mencionados que correlacionam o grau de escolaridade e o conhecimento dos direitos e das instituições para garanti-los. Em todas as perguntas direcionadas aos moradores visando mapear a cultura jurídica geral e o seu conhecimento específico acerca dos direitos, notou-se que a diferença do grau de escolaridade impactou diretamente as respostas dos entrevistados. Neste sentido, foram as pessoas com maior escolaridade que afirmaram conhecer a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e as instituições de garantia dos direitos¹⁶⁵.

Os dados apresentados e as correlações estabelecidas levam à conclusão que a educação é a condicionante social preponderante para a inclusão social e para a constituição da cidadania dos moradores das áreas irregulares. De outra perspectiva, é possível estabelecer uma relação direta entre a educação e a garantia constitucional do acesso à justiça.

Gozar da garantia de acesso à justiça representa o direito constitucional de provocar as instâncias legítimas para fazer valer os direitos. Como afirmado por Garth e

¹⁶²OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Cidadania, Justiça e Pacificação*. Op. Cit., 73.

¹⁶³ Este obstáculo já era citado por Luiz Guilherme Marinoni na década de 1990: “Os pobres percebem a existência de problemas, intuindo uma agressão, mas não conseguem, geralmente, configurá-los como de natureza jurídica” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 33).

¹⁶⁴Na favela da Fazendinha a polícia é a mais citada; no Vidigal é a Defensoria Pública e no Cantagalo, o Procon.

¹⁶⁵ “As pessoas com maior escolaridade são as mais informadas. São as que mais conhecem as leis (78% conhecem a Constituição e 82% o CDC contra a média de 55% e 72%, respectivamente) e as instituições de garantia dos direitos (70% contra a média de 49%)” (OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Cidadania, Justiça e Pacificação*. Rio de Janeiro: Editora GV, 2014, p. 83)

Cappelletti, o direito ao acesso à justiça tem importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade destes direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. Por esta razão, o acesso à justiça pode “ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos a todos”¹⁶⁶.

Se o acesso à justiça representa um instrumento de concretização dos demais direitos, por mais estranho que se possa parecer, é forçoso concluir que o acesso ao Poder Judiciário por aqueles que detêm as condicionantes sociais e econômicas para tanto acaba por acirrar ainda mais as diferenças existentes entre as classes sociais distintas. O grave desequilíbrio coloca, de um lado, aqueles que litigam em demasia e, do lado oposto, aqueles que sequer reconhecem e reclamam seus direitos¹⁶⁷. Se analisarmos os números de processos em trâmite perante a Justiça, verificaremos que, em termos estatísticos, contabilizam-se dois processos por habitante¹⁶⁸. No entanto, na realidade, descortina-se uma grave concentração de processos para alguns poucos litigantes, sendo os protagonistas o setor público, bancos e grandes empresas¹⁶⁹. Portanto, a identificação do aumento de litigância nos últimos anos não representa a ampliação e a democratização do acesso à justiça pela via dos direitos, pois a concentração de litigantes recorrentes, caracterizados pelo alto poderio político e econômico, impõe um padrão de litigância que transforma o Judiciário em um espaço de pouca construção de cidadania.

A própria política judiciária parece não se sensibilizar com a missão de transformar o acesso às vias jurisdicionais em meios de concretização de maior justiça social. Em pesquisa cartográfica sobre a justiça no Brasil foi possível apurar a ausência de estruturas permanentes do Poder Judiciário e da Defensoria Pública em cidades com baixos índices de desenvolvimento na maior parte dos Estados do país. A pesquisa também mostrou que as leis estaduais que instituem comarcas com base em categorias genéricas, tais como densidade populacional ou categorias econômicas, como receita municipal, favorecem uma atuação do Poder Judiciário que se referencia no conflito interindividual.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northflet. São Paulo: Editora Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12.

¹⁶⁷ SADEK, Maria Teresa. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, vol. 93, 2014, p. 60.

¹⁶⁸ Trata-se de resultado obtido no Relatório “Justiça em Números”, realizado no ano de 2013, elaborado pelo CNJ. Segundo dados do referido relatório, estiveram em trâmite no referido ano 92.234.282 processos.

¹⁶⁹ Entre os maiores litigantes na Justiça Estadual estão o setor público (municipal, estadual e federal), bancos e telefonia, que alcançam 94% dos processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual (“100 Maiores Litigantes” realizada no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, em março de 2011. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf).

A escolha destes critérios acaba por obscurecer conflitos importantes, como os litígios por terra ou território, a luta contra a violência doméstica e a proteção dos direitos da criança e do adolescente, pois são incapazes de captar a especificidade do conflito, sombreada pelo critério quantitativo¹⁷⁰. Quanto aos conflitos agrários, que especificadamente nos interessa neste trabalho, a cartografia demonstrou a deficiência da presença do Judiciário em diversas regiões do Estado em que tais conflitos são historicamente conhecidos¹⁷¹.

E a Defensoria Pública, órgão que tem como uma das missões institucionais corrigir a seletividade equivocada do sistema de justiça e atuar na disseminação da educação em direitos, também se mostra ausente ou mal estruturada nos locais que mais necessitam. De acordo com o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil¹⁷², as Defensorias Públicas estaduais estão presentes em apenas 13% das unidades jurisdicionais do país, sendo que no Estado de São Paulo este percentual reduz para 3%. Quanto à Defensoria Pública da União, os dados são ainda mais alarmantes: apenas 61 municípios contam com defensores públicos federais, considerando que há atuação de apenas 548 defensores públicos em todo território nacional. Estes números contrastam com a meta traçada pela Emenda Constitucional n.º 80/14, que dispõe sobre a exigência de disponibilização de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais do país, em um prazo máximo de oito anos, a partir da promulgação da norma constitucional¹⁷³. Em conclusão, não há dúvidas de que a meta constitucional traçada será inobservada, atingindo flagrantemente não apenas a garantia do acesso à justiça, mas todos os demais direitos dos pobres, que se manterão sem efetividade diante da ausência de instrumentos necessários para concretizá-los.

Por este contexto, conclui-se que a demanda por direitos em nosso país cuida da garantia de poucos privilegiados na sociedade, revelando, em última análise, que a *igualdade* inscrita na Constituição mostra-se princípio quase simbólico.

¹⁷⁰“Conflitos por direitos estão frequentemente espalhados pelo território nacional e não comportam um tratamento genérico, tal qual a categoria população faz supor, induzindo a uma divisão territorial do Judiciário que torna invisível determinadas lutas de cidadania. Conflitos por direitos precisam ser tomados em suas múltiplas singularidades e implicações recíprocas e, frequentemente, demandam, ainda, atores que os assumam no interior do sistema de justiça” (AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian C. B (Org.). *Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185).

¹⁷¹AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian C. B (Org.). *Cartografia da Justiça no Brasil*. Op. Cit., p. 200.

¹⁷²IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Secretaria de Reforma do Judiciário, Ministério da Justiça, 2015. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/biblioteca/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>. Acesso em 20/09/16.

¹⁷³ Segundo o diagnóstico, para cumprir a meta estabelecida na EC 80/14, o Estado de São Paulo precisa expandir para ter defensores públicos 195 unidades jurisdicionais por ano.

E assim, sem acesso ao sistema de justiça oficial, grande parte da população brasileira segue marginalizada quanto aos serviços judiciais, tendo que se render a uma justiça paralela, governada pela lei do mais forte, menos justa e com alta potencialidade de desfazer todo o tecido social¹⁷⁴. Nas favelas e nos demais assentamentos irregulares, o tráfico de drogas acaba por ocupar este espaço vazio deixado pelo Estado, com soluções ilegais e, em muitos casos, até criminosas¹⁷⁵.

Com efeito, é forçoso concluir que a discrepância nas regras de distribuição dos recursos e a grave deficiência de direitos sociais básicos geram uma estrutura social baseada em desigualdades cumulativas, isto é, um sistema de exclusões alimentado por limitações na rede de proteção social e pela precariedade dos serviços públicos¹⁷⁶, traduzindo-se em distintos patamares de inclusão social e cidadania. Sem a oportunidade de se efetivar estes direitos por meio do acesso à justiça, afasta-se a possibilidade de produzir resultados socialmente mais justos pelo Poder Judiciário e perfaz-se um círculo vicioso: em virtude dos níveis de desigualdade e dos mecanismos de exclusão, o acesso à justiça e aos direitos é negada e, diante da negação, mantêm-se os padrões de desigualdade e exclusão existentes¹⁷⁷.

Mas há ainda outros fatores sociais e culturais que concorrem para acirrar o fosso que separa os pobres da garantia de acesso à justiça nas ocupações irregulares. Um deles é a estigmatização que os moradores das áreas irregulares sofrem por não se enquadrarem dentro da cidade formal, o que acaba por se expressar como uma avaliação negativa deles mesmos, funcionando como uma barreira para a procura do acesso à justiça por estes cidadãos. Criminosos, bandidos, desocupados são alguns dos aspectos que moldam a identidade dos moradores destas áreas irregulares. Esta imagem é construída socialmente sob olhares preconceituosos daqueles que têm interesse de estabelecer uma relação de poder e de hierarquia baseada na desigualdade social e territorial. Assim, a própria segregação espacial representa uma divisão simbólica que classifica socialmente as pessoas segundo a sua ocupação no espaço¹⁷⁸.

¹⁷⁴ SADEK, Maria Teresa. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, São Paulo, vol. 18, n. 51, pp. 79-101, 2004.

¹⁷⁵ DA MATTA, Roberto. As Raízes da Violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. In: PAOLI, Maria Célia (Org.). *A Violência Brasileira*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986, p. 29.

¹⁷⁶ SADEK, Maria Teresa. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, vol. 93, pp. 55-66, 2014.

¹⁷⁷ LAURIS, Elida. Entre o social e o político: a luta pela definição de acesso à justiça em São Paulo. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 89/2009. Disponível em <https://rccs.revues.org/1464>. Acesso em 10/10/2016.

¹⁷⁸ RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 18.

Diante deste panorama, é comum o receio dos moradores destes assentamentos irregulares com o envolvimento com a Justiça por vergonha, intimidação ou pelo medo de serem discriminados ou desacreditados por sua condição de “favelados”, ou, ainda, por serem confundidos com bandidos¹⁷⁹. Por esta razão, o reconhecimento do direito à moradia, por meio da regularização fundiária, quando presentes os requisitos, é elemento essencial no percurso para a busca da efetivação de direitos e da construção da cidadania nestes assentamentos irregulares, pois retira esses moradores de uma informalidade que os constrange perante a sociedade, trazendo-os de volta a regularidade formal, fazendo-os integrantes da legalidade para que se sintam seguros e legitimados a provocar a Justiça para a busca da reparação de seus direitos. Sobre o tema, restou comprovado empiricamente que, na medida em que a favela vai se integrando ao contexto da cidade formal, o acesso dos moradores ao Judiciário vai também aumentando¹⁸⁰.

Já afirmou Boaventura que a discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer¹⁸¹. No “Caso do Skylab”, artigo de autoria do sociólogo português, foi descrito e analisado um conflito fundiário ocorrido em Recife, em que 300 pessoas ocuparam área privada pertencente a uma empresa imobiliária, que estava desocupada há 30 anos. O texto relata pormenorizadamente os aspectos e as repercussões sociais e políticas envolvidas nesta modalidade de conflitos. Uma das interessantes situações retratadas por Boaventura tratou-se de uma reunião na sede da empresa, com vistas a buscar uma solução consensual para o conflito. O autor bem descreve o choque de realidade vivenciado entre a coletividade de possuidores e os representantes legais da empresa, sendo possível depreender da descrição desta situação o largo alcance que as diferenças sociais produzem, inclusive para infirmar a consciência e a legitimidade na defesa do próprio direito pela coletividade hipossuficiente:

A sala, o ar condicionado e o mobiliário luxuoso constituíam uma retórica congelada, um conjunto de artefatos simbólicos que sublinhavam e multiplicavam o discurso retórico da propriedade, ao mesmo tempo que produziam um efeito de distanciação social que fazia regressar os contendores ao nível de disparidade social e política com que tinham iniciado o conflito. Atuavam como mecanismos de descaracterização dos

¹⁷⁹ UPPs, *Direitos e Justiça*: um estudo das favelas do Vidigal. Rio de Janeiro: GV, 2012, p. 40.

¹⁸⁰ MOREIRA, Rafaela Selem. *Democratização do Judiciário na cidade do Rio de Janeiro*: um estudo sobre o acesso individual e coletivo dos moradores de favela a justiça, contextualizado a luz de uma história de desigualdades. Dissertação de Mestrado. PUC/RJ, 2011.

¹⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça. In: *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Edições Afrontamento, 1994, p. 149.

moradores e despolitização da sua luta. E seus efeitos mais se potencializavam por via de recurso ao terrorismo linguístico (linguagem técnico-jurídica) que excluía os moradores do circuito de comunicação e obrigava os representantes da CJP a um exercício permanente de tradução. Os moradores olhavam para os representantes da CJP como quem diz: vocês é quem tem que falar, não é nosso mundo. A empresa não queria escutá-los e os advogados nem se dirigiam a eles¹⁸².

E este choque social e cultural também é reproduzido nos tribunais, que perpetuam a opressão e a impotência das pessoas diante da suntuosidade dos prédios da justiça e do linguajar técnico-jurídico dos operadores do direito e, em muitos casos, ininteligíveis ao cidadão comum. Nas palavras de Antoine Garapon, “o palácio da justiça apresenta-se por vezes esmagador”. Cuida-se, segundo este autor, de espaço hierarquizado, inteiramente constituído pelo vazio e pelo interdito, ou seja, “um espaço à imagem da lei”¹⁸³.

Acresce-se, a tudo isso, a burocracia cartorária, o excesso de formalismo, a demora processual e, ainda, a distância geográfica entre a população pobre que se localiza nas áreas de periferia e os fóruns.

Todos estes fatores concorrem para a descrença da população vulnerável no Poder Judiciário e servem como um desestímulo para a judicialização de seus direitos. Não é por outra razão que os dados das pesquisas apontam que a maioria dos moradores das favelas declara que nada fizeram diante das situações de desrespeito de seus direitos, ou seja, “deixaram para lá”¹⁸⁴.

Como é possível concluir, superar os obstáculos econômicos ao acesso à justiça cuida-se de questão eminentemente complexa, que exige mudanças estruturais e valorativas, não apenas no Judiciário e nos demais atores do sistema de Justiça que o circundam, mas também profundas mudanças na estrutura social, educacional e de política

¹⁸²SOUSA SANTOS, Boaventura. *Os Conflitos Urbanos no Recife*. Disponível em https://www.google.com/?gws_rd=ssl#q=+SOUSA+SANTOS%2C+Boaventura.+Os+Conflitos+Urbanos+no+Recife. Acesso em 10/12/2016.

¹⁸³GARAPON, Antonie. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário*. Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 46. A própria disposição dos fóruns reforça esta hierarquia, sobrepondo o magistrado sobre todos os demais: “Há distintas características que marcam a superioridade do magistrado, patente nesses espaços. Por exemplo: o fato de a sua mesa estar situada em um patamar superior às demais, numa espécie de tablado; o fato de o encosto de sua cadeira ser substancialmente mais alto do que os demais; a sua vestimenta (toga); o fato de o crucifixo que enfeita a sala de audiências posicionar-se exatamente acima de sua cabeça; e, ainda, a presença de um (a) secretário (a) que o auxilia” (BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os Rituais Judiciais e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p 114).

¹⁸⁴ Segundo a pesquisa “UPPs, Direitos e Justiça: um estudo das favelas do Vidigal”, 56% dos moradores desta favela que disseram ter passado por situações de conflito declararam que nada fizeram, “deixaram para lá” (OLIVEIRA, Fabiana Luci. *UPPs, Direitos e Justiça: um estudo das favelas do Vidigal*. Rio de Janeiro: GV. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em 01/10/2016, p. 94)

distributiva de um país. Aliás, como já afirmou Cappelletti e Garth, “é preciso que se reconheça que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais”¹⁸⁵.

3.2. Reflexos dos obstáculos ao direito de defesa nos conflitos fundiários

Pelos dados e conclusões apresentados, foi possível dimensionar o peso que os aspectos socioculturais exercem quando o assunto é acesso à justiça, os quais ganham ainda mais ênfase quando a análise gira em torno da concretização desta garantia constitucional perante a população marginalizada no espaço rural e urbano.

De modo geral, como ora abordado, as pesquisas e as reflexões doutrinárias concentram-se na perspectiva daquele que irá demandar o Poder Judiciário na busca do exercício do direito de ação, ou seja, na perspectiva do autor. Assim, faltam dados e análises mais profundas resultantes de um olhar direcionado àquele que é demandado perante o Poder Judiciário, portanto, ao jurisdicionado que está inserto em uma situação jurídica passiva.

Vale dizer, se os reflexos socioeconômicos advindos da pobreza funcionam como uma efetiva barreira que, na maioria dos casos, impede o demandado de acionar o Poder Judiciário com o escopo de exercer a sua faculdade de provocar o Estado para obter uma decisão acerca de seu direito material, pode-se questionar se estes efeitos são sentidos da mesma forma quando estes jurisdicionados em situação de alta vulnerabilidade social são provocados para o exercício do ônus de sua defesa pelas vias jurisdicionais.

Em um primeiro momento, não se pode desconsiderar que há diferenças, inclusive no plano sociológico, entre o que tecnicamente denominamos no Direito Processual de *faculdade* e *ônus*. *Faculdade* é compreendida como uma posição jurídica ativa e, portanto, corresponde à permissão pelo ordenamento jurídico do exercício de certas atividades pelas partes¹⁸⁶. O *ônus*, por sua vez, “é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse”¹⁸⁷. Há quem assim o defina: “existe um ônus quando um

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Elle Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 162.

¹⁸⁶ Poder também se enquadra nas posições jurídicas ativas, mas difere-se de faculdade à medida que esta representa uma conduta permitida que se exaure na esfera jurídica do próprio agente, enquanto o *poder* implica em repercussões na esfera alheia (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 303).

¹⁸⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Op. Cit., p. 302.

determinado comportamento do sujeito é necessário para que o fim jurídico pretendido seja alcançado”¹⁸⁸. A semelhança entre o *ônus* e *faculdade* reside na constatação de que, em ambos, a atuação da parte pauta-se no seu agir voluntário, no seu interesse pessoal, e, em assim sendo, não possui correlação com o comportamento da parte contrária ou mesmo não se faz possível exigir da parte que o incumbe seu cumprimento. Por outro lado, no que concerne à diferença entre eles, pode-se afirmar que, no primeiro, caso a parte assuma o risco de contrariar aquele comportamento descrito na lei, isso pode trazer-lhe prejuízos. A *contrario sensu*, caso observe a prescrição legislativa, evita-se uma desvantagem por aquele que o exerce¹⁸⁹. Tais resultados não são opostos à faculdade, que, por permanecer totalmente no foro íntimo da parte, diminui a previsibilidade dos efeitos do seu comportamento.

Pautado neste conceito, pode-se afirmar que o *direito de ação* do autor implica na *faculdade*¹⁹⁰ de promover a abertura para que o cidadão possa, em certa medida, sopesar entre os benefícios que possam resultar daquela ação judicial e os esforços que terá que engendrar para superar os obstáculos ao ajuizamento da demanda, com vistas a retirar da inércia a atividade jurisdicional, sem resultar em prejuízos ao seu interesse, caso não provoque a atividade jurisdicional. De outro vértice, sendo o exercício da defesa um ônus, os efeitos decorrentes do seu não cumprimento não estão eminentemente na esfera de disponibilidade do réu, o que pode levá-lo a engendrar maiores esforços para romper com as barreiras do acesso à justiça e impulsioná-lo a buscar órgão ou entidade para prestar-lhes assistência judiciária, no caso de hipossuficiência econômica.

De todo modo, em maior ou menor medida, todos os obstáculos socioeconômicos outrora abordados são também opostos contra o exercício do direito de defesa pelos pobres. O desconhecimento de seu direito, a dificuldade de conhecer e de acessar as instâncias do

¹⁸⁸ MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1961, p. 59.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 164. Em sentido contrário, Heitor Vitor Mendonça Sica discorda desta distinção: “(...) alguns autores passaram a conceber o ônus não só sob o ponto de vista ativo (de que o sujeito age para obter uma vantagem) mas também sob o prisma de que seu adimplemento assegura posição de vantagem e evita uma posição de desvantagem. Mesmo sendo louvável essa construção, parece-nos que essa segunda parte vinha implícita na primeira. Com efeito, o simples fato de a parte que inadimpliu um ônus, não gozar de determinada vantagem já poderia de certo modo ser considerada uma desvantagem, por não ter ela aproveitado os benefícios que adviriam do adimplemento do ônus) (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 100).

¹⁹⁰ A despeito da controvérsia na doutrina, filiamo-nos a compreensão de que o direito de ação insere-se no conceito de faculdade de promover a atuação do Poder Judiciário (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa, São Paulo: Saraiva, 1946). Em sentido contrário, Heitor Vitor Mendonça Sica. *O Direito de Defesa no Processo Civil*. Op. Cit., nota 45), que entende que tanto o direito de ação como de defesa inserem-se no conceito de ônus processual.

sistema de justiça, inclusive aquelas responsáveis pela promoção da assistência jurídica aos pobres, a estigmatização estabelecida pela própria condição de pobreza, a distância geográfica que os separam dos fóruns, as formalidades técnicas que funcionam como um fosso que segrega o mundo jurídico da realidade social, enfim, todos estes fatores representam barreiras concretas para o acesso à justiça dos pobres, também no que pertine ao seu direito de defesa.

Estes obstáculos parecem se tornar ainda mais desafiadores quando incidem sobre os litígios fundiários. Isso porque as ocupações e as diversas formas de assentamentos que delas originam implicam em segregações socioespaciais, que, por sua vez, resultam também na segregação do espaço jurisdicional. Vale dizer, se o jurisdicionado pobre e favelado, apenas por estas características, já encontra barreiras concretas para o acesso à justiça, como já demonstrado, tais barreiras se tornam ainda mais difíceis de serem transpostas quando o objeto do litígio implica, justamente, a discussão sobre o espaço e a condição que este jurisdicionado ocupa.

Tem-se, então, que as barreiras nos conflitos fundiários não são apenas físicas, mas também ideológicas. Na pesquisa denominada “Acesso à Justiça: a experiência dos Sem-Teto na Bahia”, foi analisado o comportamento do Poder Judiciário em relação às ocupações realizadas pelo Movimento dos Sem-Teto da Bahia. Por meio de entrevistas, aferiu-se que todos os seis juízes entrevistados não demonstraram nenhuma simpatia pelos métodos de ocupação e passeatas utilizados pelo movimento, sendo que alguns destes magistrados atribuíram má vontade por parte desta coletividade em proceder as suas ações de maneira legal e legítima¹⁹¹.

Esta pesquisa demonstra a dificuldade dos magistrados de buscar outros focos mais plurais de juridicidade, insistindo em se aprisionarem nos limites impostos pela hegemonia da concepção legalidade *versus* ilegalidade. Cuida-se de posicionamento moldado pela formação especializada que o juiz recebe ao longo da carreira e de sua inserção em um universo onde o *habitus* é fundado em convicções arraigadas, típicas da identidade do “corpo” de magistrados, em que aspectos como segurança, certeza e justiça são valores mais entendidos com enfoque impessoal e intemporal e raramente considerados por aspectos concretos e situados¹⁹².

¹⁹¹ FONTES, Rafaela Seixas. *Acesso à Justiça: a experiência dos Sem-Teto da Bahia*. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/acesso-a-justica-a-experiencia-do-movimento-dos-sem-teto-da-bahia/>. Acesso em 05/10/16.

¹⁹² JUNQUEIRA, Eliane; VIEIRA, José Ribas; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto & branco*. Rio de Janeiro: LetraCapital, 1997, p. 45.

A clausura quanto a estes dogmas, preconizados na índole do sistema romano-germânico, que não permite ao magistrado atuar substancialmente sobre a lei, tende a tornar o órgão julgador meramente cumpridor de atos legislativos, renunciando a função de formular pensamentos próprios, conforme preceitua Tércio Sampaio Ferraz Jr., ao analisar as ocupações urbanas em Recife¹⁹³. Para retratar esta assertiva, o autor transcreve a fala de um magistrado entrevistado na pesquisa, após determinar a demolição de barracos ocupados por 300 famílias de posseiros:

Não me cabe perquirir o porquê da invasão, ou se o povo está ou não morrendo de fome. O importante é garantir o direito de propriedade. O resto o governo que resolva. O problema não é meu e muito menos da Justiça, que tenta acertar em nome da lei. Não cabe à justiça resolver probleminhas sociais, mas garantir o primado da lei¹⁹⁴.

Esta preconcepção dos julgadores se refugia por trás de uma pretensa neutralidade ideológica no exercício da hermenêutica e acaba por impedir uma investigação crítica do Direito, inclusive para tentar demover, ou ao menos flexibilizar, as formulações teóricas clássicas, no caso, arraigadas sobre uma cultura jurídica liberal e individualista, que sobrepõe os postulados do Direito Privado sobre todos os demais.

As ocupações coletivas de terras¹⁹⁵ representam um bom exemplo do distanciamento entre a dogmática formal e os comportamentos sociais do mundo real. Nestes casos, verifica-se que os magistrados insistem em proferir sentenças como operações meramente lógicas, se valendo do reducionismo do conceito de propriedade insertos dos códigos tradicionais e, ao mesmo tempo, afastando as soluções metaindividuais, mais adequadas ao conflito de interesses contemporâneos. Em assim fazendo, assiste-se à fragilidade da autoridade judicial quanto ao não acatamento de suas decisões, face à notória expansão dos conflitos coletivos de terra, revelando, em

¹⁹³ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O oficial e o Inoficial: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e especialmente concomitantes. In: *Invasões Urbanas: conflito de Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p. 230.

¹⁹⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O oficial e o Inoficial: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e especialmente concomitantes. Op. Cit., p. 230.

¹⁹⁵ José Eduardo Faria argumenta que os conflitos coletivos de terra podem revelar o “esgotamento das decisões judiciais, seja quanto à operacionalidade, seja quanto ao acatamento das decisões dos magistrados. Isso porque há uma tendência dos ocupantes de desconfirmar a autoridade do Judiciário quando eles estão preocupados em proferir sentenças como meras operações lógicas, com base no direito de propriedade inscrito no Código Civil (FARIA, José Eduardo. *Ordem Legal X Mudança Social a crise do Judiciário e a formação do magistrado*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática. 1997, pp. 105-106).

determinados casos, a alienação da decisão judicial em relação à realidade social¹⁹⁶. O que se verifica, ao final, é que o Direito não é utilizado para transformar a realidade social, mas sim para manter o *status quo*, manter a *ordem*, esta interpretada como a “manutenção de situações já instaladas”¹⁹⁷, conservando, assim, os valores básicos de uma dada sociedade.

De modo geral e em específico nos conflitos por terras, é possível perceber a dificuldade dos operadores do direito de racionalizarem soluções jurídicas que não estejam dentro do espectro da orientação universalista da dogmática jurídica. Isso ocorre principalmente com institutos tradicionais, como o direito de propriedade, que acabam sendo compreendidos como uma espécie de “cláusula pétrea”, arraigados na teoria dogmática e difíceis de serem redefinidos mesmo com a alteração do paradigma constitucional, segundo os estudos sociojurídicos:

Os estudos sociojurídicos mostram, principalmente quando feitos a partir de casos concretos, que o imaginário dos profissionais do direito (institucionalizado, teórico) possui as suas “cláusulas pétreas”, haja vista que estes institutos e princípios tradicionais e prestigiados pela teoria dogmática, mesmo quando submetidos à revisão, ou, como hoje se diz, “redefinição”, mantêm o seu núcleo central intacto, como garantia do seu pertencimento ao rol dos instrumentos conceituais da ciência do direito. Assim, por exemplo, ocorreu com o instituto da propriedade privada, que sofreu alterações ao longo das últimas cinco décadas, absorvendo-as, sem quebra da sua “essência”. A função social da propriedade, uma limitação ao exercício individual do direito em nome do interesse coletivo é mais retórica do que efetiva, pois, teoricamente, não altera a concepção clássica do direito sobre a titularidade do bem patrimonial, mas apenas substitui estrategicamente valores econômicos no patrimônio do proprietário expropriado¹⁹⁸.

Portanto, mesmo diante da pluralidade dos valores que se encontram positivados em nossa Constituição, mesmo diante das largas diferenças sociais que pairam sobre estes conflitos, mesmo diante da segregação socioespacial que envolvem os litigantes, o debate processual mantém-se estritamente preso à ciência dogmática clássica. Entre os dogmas a serem seguidos, está o princípio da unidade, ou seja, a aplicação das normas pelos juízes

¹⁹⁶ FARIA, José Eduardo. *Ordem Legal X Mudança Social a crise do Judiciário e a formação do magistrado*. Op. Cit., p. 105.

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32.

¹⁹⁸ JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto e branco*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1997, p. 46.

tende a canalizar as diversas e variadas pretensões sociais para um endereço único, com solução jurídica única, culminando no objetivo final, que é a centralização de poder¹⁹⁹.

Para se afastar desta visão clássica, como já afirmado pela doutrina, “o debate jurídico sobre as desocupações não deve ocorrer exclusivamente na perspectiva do Direito Privado, mas também sob a ótica do direito constitucional e, em especial, dos direitos sociais”²⁰⁰. Se o direito à moradia não é menos direito do que a propriedade, faz-se necessário compatibilizar estes dois direitos com outros princípios e regras que já estão em nosso ordenamento jurídico.

Como demonstrado no capítulo anterior, os conflitos fundiários traduzem-se em embates jurídicos que não são de fácil solução, pois implicam na contraposição de princípios jurídicos que exigem denso exercício da atividade hermenêutica no caso concreto. E a discussão não se limita apenas a desvendar as divergências históricas do conceito de posse e a sua histórica correlação com a propriedade. Exige-se, como já abordado, não apenas a revisitação destes direitos, agora interpretados sob a égide dos princípios democráticos do Estado Constitucional, mas a atividade perpassa também pelos novos direitos, como o direito à moradia, a função social da posse e da propriedade, os conceitos técnicos e as normas relacionadas ao Direito Urbanístico, os quais ainda são pouco conhecidos e pouco explorados pelos tribunais.

Da mesma forma que a sedimentação e a internalização destes novos princípios ainda encontram resistência e são pouco conhecidos pelos operadores do direito, principalmente quando comparados com os conceitos dos direitos clássicos, como o direito de propriedade, também acabam por causar estranheza ou completo desconhecimento aos próprios cidadãos e litigantes, que têm ainda mais dificuldade de percepção dos direitos que são constitutivos de sua defesa. Melhor explicando, enquanto grande parte dos cidadãos tem conhecimento das consequências advindas do direito de propriedade, poucos conhecem institutos como concessão de uso especial para fins de moradia (Medida

¹⁹⁹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O Oficial e o inoficial: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e espacialmente concomitantes. Op. Cit., p. 123.

²⁰⁰ ACCA, Thiago dos Santos. A (Des)segregação Urbana por meio do Direito. Op. Cit., p. 17.

Provisória 2.220/01)²⁰¹, a regularização fundiária urbana de núcleos urbanos informais²⁰², do instituto da legitimação de posse²⁰³, legitimação fundiária²⁰⁴, as modalidades de usucapião, como a usucapião constitucional urbano, rural e a usucapião coletiva²⁰⁵, a usucapião extrajudicial²⁰⁶, o instituto do abandono como forma de perda de bens imóveis²⁰⁷ ou mesmo a imprescindibilidade de que a propriedade cumpra a função social para que seja resguardada pela norma constitucional ou, ao menos, a exata dimensão deste requisito que é intrínseco ao direito de propriedade.

Em consequência, “a Lei ao alcance do povo transforma-se em surpreendente obstáculo à justiça”, segundo Celso Fernandes Campilongo, utilizando de reflexões kafkianas²⁰⁸. Campilongo se refere a um conflito fundiário ocorrido na Vila Itororó, capital de São Paulo, em que seus moradores estavam ameaçados de serem despejados de suas

²⁰¹ A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia franqueia estabilidade à posse daquele que possui área pública como sua há, pelo menos 5 anos, ininterruptamente, e sem oposição, área de até 250 m². A despeito de haver expressa disciplina na legislação, é majoritário o entendimento nos tribunais de justiça de que a ocupação em área pública enseja apenas detenção e não posse, fundamento este que serve de embasamento para o cumprimento dos mandados de reintegração de posse (REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Pretensão de demolição de construções e desocupação de viela sanitária. Área de domínio público. Ocupação indevida caracterizada. Bens públicos que não admitem posse por particulares, mas apenas mera detenção. Bens inalienáveis e insuscetíveis de usucapião Sentença mantida Recurso voluntário não provido. TJ/SP - Apelação n. 0022616-60.2010.8.26.0602)

²⁰² Regulamentado pelo artigo 9º e seguintes da Lei 13.465/17.

²⁰³ Art. 11, VI, Lei 13.465/17: “Legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse”. Art. 25. A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei”.

²⁰⁴ Art. 11, VII, Lei 13.465/17: “Legitimação Fundiária: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb”. Art. 23, Lei 13.465/17: “A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016”.

²⁰⁵ Artigo 10 do Estatuto da Cidade: Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”.

²⁰⁶ Artigo 1071 do CPC.

²⁰⁷ “Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais conservar em seu patrimônio, e que não se encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou a do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. § 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize. § 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais”. Sobre o abandono, os artigos 64 e seguintes da Lei 13.465/17.

²⁰⁸ Campilongo se refere ao texto de Kafka sobre a timidez do camponês diante das portas da lei. Tal timidez faz com que as portas, antes abertas, se fechem sem que o interessado sequer tente passar pelo espaço que lhe estava reservado.

residências em razão de uma ordem de imissão na posse, decorrente do processo de desapropriação por utilidade pública, com vistas à construção de um centro cultural no local. Apesar da alegação da usucapião coletiva, o magistrado do caso inclinava-se a valorizar o patrimônio cultural em detrimento do direito à moradia. Na análise de Campilongo:

[...] os moradores batem forte, mas respeitosamente, nas portas da lei. Querem entrar em suas próprias casas e gozar de seus direitos. Mas são as portas da lei que permanecem fechadas diante de quem crê no clamor das batidas. Kafkiano. Mais kafkiano do que qualquer guardião das portas da Lei imaginária²⁰⁹.

Não houve, no entender do autor, um olhar pelo magistrado de complementariedade entre o direito ao patrimônio cultural e o direito à moradia. Resguardar apenas o primeiro em detrimento do outro, segundo o autor, representava a negação de direito aos moradores da Vila Itororó e, por consequência, a negação à própria cidadania²¹⁰.

Esta ideologização que se opõe ao reconhecimento dos direitos advindos das ocupações pelos operadores do direito, também se espraia para atingir seus próprios titulares. Assim como a percepção e o reconhecimento de seus direitos constituem o motor de impulsão ao cidadão para provocar o Poder Judiciário com vistas a perseguir a sua pretensão, da mesma forma eles são essenciais para impulsioná-lo a buscar assistência jurídica para apresentação das razões de sua defesa. Nota-se, na prática, dificuldades para o conhecimento dos fundamentos jurídicos que perfazem as razões de defesa dos ocupantes, o que se torna um desincentivo ao réu de buscar o patrocínio jurídico para expor suas razões ou, quando o faz, de não conseguir contribuir na discussão com seu representante legal para a produção de sua defesa. Trata-se do resultado da cultura jurídica popular, quando então a percepção do justo e do injusto é forjada a partir das experiências cotidianas, do jogo de interesses e das situações de conflito²¹¹. Ou, ainda, na visão de Marinoni, porque as legislações atuais tornam-se cada dia mais herméticas, “hermetismo

²⁰⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Diferenciação Social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

²¹⁰ “A municipalidade e a magistratura ofereceriam contribuição à cidadania e ao respeito aos direitos se olhassem o patrimônio cultural e o direito à moradia digna como elementos complementares. A Vila Itororó reclama afirmação dos direitos. O despejo dos moradores representa sua negação. Aquelas casas pedem que as pessoas entrem. Pelas portas da Lei!” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Diferenciação Social*. Op. Cit., p. 67).

²¹¹ BOURDIEU, Pierre. *La noblesse de l'État*. Paris: Minuit, 1989, p. 100.

este que pode ser fruto da intenção de impedir o acesso crítico à legislação, o que distancia, cada vez mais, as normas da realidade social”²¹².

Estudos relacionados aos litígios sobre as ocupações em áreas urbanas já demonstravam que os ocupantes, quando perquiridos sobre as implicações de seus atos no campo jurídico, tinham razoável percepção sobre os reflexos jurídicos resultantes da concepção clássica do direito de propriedade, mas, por outro lado, encontravam dificuldades de contrapô-la e embasar a sua defesa utilizando argumentos jurídicos.

Em obra sobre as invasões urbanas em Recife, Alexandrina Sobreira de Moura, após o estudo de casos sobre o tema, concluiu que a percepção popular sobre o direito de propriedade, de um modo geral, coincide com o conceito oficial sobre esse direito, ou seja, com a concepção clássica do direito à propriedade. Afirma a autora que os moradores, apenas em alguns casos estudados, negaram o direito dos proprietários de reclamarem as terras por ele ocupadas²¹³, portanto, na maioria dos casos, os moradores colocam-se na posição de infratores. De outro vértice, explica Moura, alguns fatores são apontados pelos moradores para quebrar a rigidez do conceito absoluto de propriedade e de relativizar a infração que supostamente cometeram, como a *necessidade*, ou seja, a carência social:

Os moradores alegam a sua necessidade. Invadem porque lhes é impossível pagar aluguel de mocambos. Invadem na busca da casa própria, já que a renda familiar lhes excluem dos programas habitacionais criados pelos governos. Assim, antes do respeito à propriedade existe a necessidade. O que equivale dizer que antes do direito de propriedade reconhecido pelos moradores como certo, existe a necessidade que relativiza esse direito²¹⁴.

Em estudo etnológico retratado na obra “O Negócio da Terra”, Eduardo Guimarães de Carvalho também descreve que é a *necessidade* que impulsiona os possuidores a ocuparem e a permanecerem na área e, segundo ele, é este o principal fundamento utilizado pelos ocupantes na negociação com os proprietários²¹⁵.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 33.

²¹³ O termo usado pelos autores é “invasão”, que foi substituído por “ocupação”, considerando a melhor adequação deste termo técnico.

²¹⁴ MOURA, Alexandrina Sobreira de. *Terra do Mangue: invasões urbanas no Recife*. Recife: Massangana, 1990, p. 142. Transcreve-se a seguir algumas frases proferidas pelos ocupantes que ratificam as conclusões da autora: “Pelo uma parte eu não sou contra os donos da imobiliária, ninguém quer ter o que é seu para ser invadido assim. Nem sou contra as pessoas todas que tiveram a necessidade de fazer isso”. Outro morador afirmou: “Eu não posso julgar isso pelo direito, porque a necessidade da gente tava maior que a deles” (MOURA, Alexandrina Sobreira de. *Terra do Mangue*. Op. Cit., p. 142).

²¹⁵ Segundo a pesquisa, a negociação entre os ocupantes e os proprietários é uma busca de ajuda e não uma busca de direito. O direito se aplica ao que está garantido, independente de negociação (CARVALHO, Eduardo Guimarães de. *O Negócio da Terra: a questão fundiária e a justiça*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1991, pp. 72-73).

No mesmo sentido, esta *necessidade* por carência social também é vista como justificativa para a ocupação de terras alheias, conforme se apurou nas pesquisas coordenadas por Joaquim Falcão sobre as ocupações urbanas em Recife²¹⁶, realizadas na década de 1980. Para ilustrar estas conclusões, transcreve-se abaixo a fala de um dos ocupantes extraída da pesquisa:

Não vou dizer que tá certo invadir, mas a terra tava deserta... Se essa é uma necessidade de quem não tem casa própria, acho que a gente *fez* um direito²¹⁷.

Na visão de Falcão, para os ocupantes, não se trata de agir legal ou ilegalmente, pois o problema de não ter onde morar supera esta questão, que passa a ser secundária, ou seja, na perspectiva dos moradores, a necessidade social se sobrepõe a qualquer concepção jurídica sobre o tema²¹⁸.

Boaventura já demonstrava que, em Pasárgada, a compreensão coletiva da favela era de que “nós éramos e somos ilegais”. Explica o autor que, recorrer aos tribunais para resolver conflitos sobre terras e habitações era não só inútil, mas também perigoso. Inútil, pois “os tribunais têm que seguir o código e pelo código nós não tínhamos nenhum direito”. Conclui o autor que o *status* de ilegalidade está relacionado com a própria condição humana dos habitantes de Pasárgada²¹⁹.

Em conclusão, tem-se que os ocupantes, de modo geral, desconhecem os direitos que estão subjacentes a seus atos, o que pode servir como fator de desestímulo para a procura do exercício da defesa ou, ainda, deixá-los mais suscetíveis a coações e coerções perpetradas pelos proprietários para desocuparem a área sem a devida problematização e discussão judicial sobre os direitos envolvidos. Portanto, sequer conseguem cumprir o percurso de “nomear, culpar”, o que dirá “reivindicar”.

Este desconhecimento pode também atingir aqueles responsáveis pela assistência jurídica aos pobres, considerando que grande parte da comunidade jurídica ainda está restrita aos lindes da visão estritamente legalista do embate entre propriedade *versus* posse.

²¹⁶ As conclusões foram inseridas na obra denominada *Invasões Urbanas: conflito de Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, pp. 112-113.

²¹⁷ Frase de um dos ocupantes, extraída do texto *Justiça Social e Justiça Legal: conflitos de propriedade no Recife*. In: *Invasões Urbanas: conflito de Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p. 113.

²¹⁸ “Não sei nada de leis. Sei do povo que não tem casa (...) Suponho que o juiz esteja juridicamente certo, não entendo de lei, mas socialmente está errado”. Estas são outras duas frases extraídas das pesquisas por Joaquim Falcão, que demonstram que os ocupantes reconhecem a concepção comum do direito à propriedade, mas, como argumento de defesa, utilizam-se de argumentos extrajurídicos.

²¹⁹ SOUZA, Boaventura dos Santos. Notas sobre a Histórica Jurídico-Social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). *Sociologia & Direito*. São Paulo: Pioneira Thompson, 2002, p. 92.

Neste caso, a própria defesa técnica dos ocupantes estará comprometida, fragilizando ainda mais o potencial do litígio de servir de *locus* para discussão mais profunda sobre os direitos sociais que permeiam os litígios fundiários.

Superar esta barreira ao acesso à justiça exige lançar mão de processos de reconhecimento jurídico e de ampliação da cidadania. Valemo-nos mais uma vez da obra “Cartografia da Justiça no Brasil”, que prescreve:

[...] quando se trata de reconhecimento jurídico a questão vai mais além e implica a presença de uma comunidade epistemológica e de praticantes (*practitioners*) que tenha relação com as diferentes dimensões da implementação de políticas específicas estas áreas²²⁰.

De acordo com o estudo mencionado, para a melhor defesa destes novos direitos, estas subcomunidades têm que ter lidado com o tema, tem que ter interagido com os atores excluídos e entendido a forma como o direito se relaciona com os processos de inclusão e exclusão, atuando, inclusive, na organização dos réus para desenvolver a estratégia de defesa.

Propõe o referido estudo cartográfico que, neste aspecto, a advocacia popular é quem melhor consegue lidar com a ampliação da cidadania²²¹, em muitos casos, superando até mesmo as Defensorias Públicas, seja em razão de sua ausência destes órgãos onde há focos de conflito, conforme já se demonstrou, seja por falta de vocação institucional. Na verdade, não são todas as Defensorias Públicas que possuem núcleos especializados em conflitos fundiários urbanos e rurais²²², fato que concorre para infirmar o potencial inovador e transformador deste órgão.

Deste modo, apostas em instrumentos eficazes que possam impulsionar a cidadania da população irão concorrer para que novos argumentos jurídicos sejam levados ao Poder Judiciário e, em consequência, irão abrir espaço para forçar a introjeção de um novo raciocínio jurídico em torno da questão, fazendo com que o direito de propriedade seja compatibilizado com os demais princípios e regras.

²²⁰ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian C. B. *Cartografia da Justiça no Brasil*. Op. Cit., p. 189.

²²¹ No caso específico dos conflitos fundiários, podemos citar a Pastoral da Terra, que, em muitos casos, está presente nos focos dos conflitos, enquanto o Judiciário e a Defensoria Pública não estão.

²²² Como exemplo, a própria Defensoria Pública de São Paulo possui o Núcleo Especializado de Habitação e Urbanismo, limitando a sua atuação nos conflitos fundiários urbanos, causando um hiato quanto aos conflitos agrários, que são bastante comuns no interior do Estado.

Enquanto estas soluções não se tornam ampla e efetiva realidade, o que se constata na prática é que determinadas características dos autores das ações de reintegração de posse ou ações reivindicatórias os colocam em posição de vantagem em relação aos indivíduos que figuram como réus no processo, com impacto relevante no resultado da contenda. Geralmente, os autores destas ações têm largo poderio político, como o Poder Público, considerando que grande parte das ocupações se dá em solo de titularidade do Município, ou, ainda, são potências econômicas, como grandes empresas²²³, que detêm a possibilidade de promover a especulação financeira de imóveis de sua propriedade.

Aqueles que detêm recursos financeiros possuem vantagens óbvias ao propor ou ao defender demandas, como já afirmavam Cappelletti e Garth²²⁴. Na prática, verifica-se que o potencial econômico promove acesso mais facilitado às vias jurisdicionais, e, em consequência, possibilita que seja extraído proveito de uma litigância facilitada e até mesmo excessiva. Como no Brasil as diferenças sociais são maiores, consequentemente, as vantagens inerentes aos litigantes de maior potencial econômico se tornam mais acentuadas. Via de regra, estas partes estão melhor representadas por advogados com boa estrutura administrativa, dotados de boa formação, com maior disponibilidade de tempo para acompanhar os processos, com maior experiência adquirida, maior facilidade de estabelecer comunicações informais com os ocupantes de cargos no Judiciário²²⁵. Inversamente, os interesses populares estão representados por advogados, provavelmente até idealistas, mas em geral com poucos recursos, trabalhando isoladamente, sem estrutura adequada.

E, ainda, em razão das características passivas do sistema de justiça, que se mostram apenas reativas às provocações das partes, acaba por sobrepor os interesses daquele que tem acesso facilitado às informações, que superam as barreiras de custos, que conseguem produzir mais provas, enfim, acaba por desequilibrar a balança, inclinando-se a favorecer os interesses dos mais fortes no litígio. As partes são, então, tratadas como se estivessem nas mesmas condições, no entanto, ao final, quanto mais se delega às partes e

²²³ Citamos como exemplo, duas ocupações que ganharam notoriedade: a comunidade Pinheirinho, em São José dos Campos, e Vila Soma, em Sumaré. Estas duas comunidades estavam sobre imóveis abandonados, pertencentes a duas massas falidas, Massa Falida Selecta Indústria S/A e Soma Equipamentos Industriais Ltda., respectivamente.

²²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Op. Cit., p. 21.

²²⁵ HADFIELD, Gillian. *The price of law: how the Market for lawyers distorts the justice system*. 98 MICH. L. VER. 953, 2000.

menos intervenção se tem do órgão julgador, fatores como recursos econômicos, experiência e organização acabam acentuando as condições de vantagem²²⁶.

Mas há ainda outras características que colocam em desvantagem os litigantes representados por grandes escritórios de advocacia ou mesmo as Procuradorias, no caso dos entes públicos, e os mais pobres, que não encontram ainda a garantia de assistência jurídica implementada, estruturada e organizada satisfatoriamente para a defesa de direitos específicos, como o direito à moradia. Luiz Guilherme Marinoni e Laércio A. Becker denunciam a correlação entre a rede de influência de relações pessoais de favorecimentos em nosso país, a advocacia e seus reflexos no Processo Civil. Assim, demonstram os autores como a aplicação diferenciada da lei pode ser direcionada ao sabor do “jeito brasileiro”²²⁷ e da rede de relações pessoais de cada um. Trata-se de prática culturalmente arraigada em nosso país, em decorrência da burocracia colonial de nossa história, marcada pela profunda desigualdade econômica e da ausência de sentimento de responsabilidade social pelas elites. Na visão de Marinoni e Becker, esta desigualdade também é transposta ao processo, projetada na representação processual, pois “o litigante com menos recursos financeiros se vê obrigado, na maioria das vezes, a recorrer a advogados que trabalham ao desamparo das redes relacionais de que se servem os escritórios das grandes corporações”²²⁸.

Portanto, conforme exposto, o desequilíbrio no litígio pode estar preconizado sobre as características das partes, seja para acessar o Poder Judiciário na produção de sua defesa, portanto, desde o início, seja no próprio decorrer do litígio, com repercussão direta na técnica processual. Por esta razão é que a discussão sobre igualdade e paridade processual não pode desprezar o estudo sociológico que considera as características dos sujeitos que vão a juízo postular ou defender seus direitos, pois, sob esta perspectiva, é possível trazer à luz elementos muitas vezes camuflados na ótica da isonomia formal proposta pelo sistema processual. Apenas com o descortinamento destes fatores, permite-

²²⁶ GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and society*, vol. 9:1, Aldershot, Dartmouth, 1994, pp. 27-28.

²²⁷ Para os autores, a expressão “jeito” é empregada para se referir a um “modo simpático, pacífico, humano, muitas vezes até mesmo tocante ou desesperado, de relacionar o impessoal como pessoal, de modo a permitir a justaposição de um problema pessoal (real ou não) a um problema impessoal (diante da máquina burocrática), de maneira a solucionar este utilizando aquele como estaca ou ariete”. MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. *A Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros*. Jus Navegandi. Teresina, ano 8, n. 286, 2004. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/5066/a-influencia-das-relacoes-pessoais-sobre-a-advocacia-e-o-processo-civil-brasileiros>. Acesso em 22/05/2015.

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. *A Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros*. Op. Cit.

se uma análise mais profunda e apta a propor soluções estruturais e hábeis a atacar as desigualdades recorrentes no Direito Processual.

Postas estas premissas, é forçoso que se analise a ciência processual pelas lentes políticas e sociais existentes em nosso país. Portanto, as desigualdades e vulnerabilidades, existentes no contexto sociológico, repercutem, sem dúvida, nos atos processuais. Em consequência, um processo marcado pela ausência de paridade entre as partes terá interferência negativa na construção da norma jurídica individualizada, perpetuando-se, assim, as desigualdades e as vulnerabilidades produzidas pelo contexto social. E, neste sentido, a concepção do processo enquanto mecanismo de inclusão social e de justiça parece ficar apenas na retórica e nas aspirações teóricas e valorativas da doutrina.

CAPÍTULO 4 CONFLITOS FUNDIÁRIOS E TUTELA POSSESSÓRIA

4.1. Processo, ideologia e procedimentos especiais

Postas as variáveis históricas, sociais, políticas e normativas que permeiam os conflitos fundiários, focamos nosso estudo, neste momento, nas idiosincrasias do processo, desencadeadas em razão dos complexos aspectos inerentes às disputas por terra e moradia em nosso país.

É certo que nem todos os conflitos desta natureza deságuam no Poder Judiciário, pois, em muitos casos, a força coativa e exclusiva do Estado em realizar justiça é substituída por atos violentos e privativos das partes²²⁹. De todo modo, parte deles é levada ao poder jurisdicional e, então, a técnica processual é provocada a dar uma solução jurídica aos fatos subjacentes à lide. Interessa-nos analisar como se exterioriza esta ação metodológica e valorativa que culmina no provimento jurisdicional, diante de conflitos imersos sob os peculiares e densos componentes que o perfazem.

Partimos, então, da análise da dogmática processual para depois cotejá-la com o contexto prático. Assim, faz-se necessário pontuar o atual estágio de evolução processual para compreender como a doutrina delinea o processo civil enquanto mecanismo apto a responder às expectativas de nossa sociedade.

Superadas as fases imanentista e autonomista da ação, irrompe-se a fase instrumentalista, sedimentando, assim, uma premissa ainda compartilhada pela doutrina atual: o processo é o meio para tutelar e concretizar o direito substancial. Na linha de intelecção da doutrina instrumentalista, o processo, por si só, de nada vale, nem se esgota em si mesmo, mas se presta à realização de seu objeto, o direito material. Partindo desta linha finalística, percebeu-se que, se o processo não se atentar para o escopo de concretização de seu objeto, acaba por desconectar de sua base e passa a se desenvolver por autoreferência, como uma nave desgovernada, que não apenas não serve mais aos fins a que foi lançado, como também pode representar sério risco à sociedade.

A fase da *instrumentalista* do processo inaugurou a *ratio* metodológica para a construção de um sistema jurídico-processual direcionado à concretização e aderência ao direito substantivo. Mas ainda assim, verifica-se que o positivismo ainda predominava e,

²²⁹ Sobre o retrato da violência no campo: Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar as origens, causas e consequências da violência no campo brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Reforma Agrária – ABRA*, n. 1, vol. 22, 120, 1992.

com ele, um apego extremado à técnica. Até os anos 70 do século XX, passou-se a festejar o princípio da efetividade e o erigi-lo como valor suficiente para permear o instrumento²³⁰, como se apenas esta perspectiva pudesse satisfazer todo o fenômeno processual. Neste estágio de desenvolvimento do *instrumentalismo*, ainda que com o viés finalístico, o modelo processual mantinha-se precipuamente racional e excessivamente tecnocrata, sugerindo uma suposta neutralidade de seus operadores, como se isso fosse possível.

Houve tempos em que as discussões do Processo Civil pairavam sobre teorias que defendiam uma visão estritamente jurídica do fenômeno, a exemplo das clássicas doutrinas de Chiovenda e Carnelutti. Polarizadas, as perspectivas metodológicas defendidas por cada um destes autores não eram capazes de captar os elementos metajurídicos, como os de ordem social, política e cultural.

Chiovenda compreendia a jurisdição como atuação da vontade concreta da Lei, de modo a propiciar a realização prática do direito em juízo²³¹. De outro vértice, Carnelutti defendia que a norma de regência para o conflito só se torna acabada por intermédio da sentença, pois o direito material por si só é insuficiente para a justa composição da lide²³². As lições lançadas por estes autores reforçavam o dogma da natureza técnica do processo como um instrumento neutro, meramente a serviço da concretização do direito material, desconsiderando as nuances éticas ou deontológicas ínsitas e necessárias ao método de resolução de conflitos e para a própria realização de justiça, em um espectro mais amplo.

Com o tempo, a evolução natural da fase instrumentalista avançou para retirar o processo de uma noção fechada, mecânica e de pouca mobilidade que até o final do século XX ainda pairava sobre a ciência processual. Sob os auspícios de valores mais democráticos, renomados processualistas²³³ passaram a defender que o processo não deveria ser compreendido como mera técnica para a obtenção da decisão, depurada de

²³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 03.

²³¹ “El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”. E, ainda: “La atividade de los jueces se dirige, por tanto, necesariamente, a dos objetivos distintos: examen de la norma como voluntad abstracta de ley (cuestión de derecho) y examen de los hechos que hacen se convierta en concreta la voluntad de la ley (cuestión de hecho). Resultado de su actividad será la actuación de la voluntad de la ley, tal como es afirmada por el actor, si voluntad es reconocida como existente, y esto mediante sentencia de admisión, eventualmente ejecución forzosa; o, por el contrario, la actuación de la voluntad negativa de la ley” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954).

²³² CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napolis: Morano, 1958, pp. 3-5.

²³³ Destaque para Mauro Cappelletti e Vittorio Denti.

qualquer valor e ideologia²³⁴. Esta corrente alicerçou-se no repúdio pelo entendimento mecanicista de aplicação das normas, defendendo, em contrapartida, a possibilidade de o jurista intervir para realizar reformas aptas a buscar o verdadeiro alcance da justiça e ainda para ampliar o seu acesso.

Passou-se assim a se fazer uma leitura teleológica do instrumento, com exigência de que o sistema processual estivesse efetivamente conexo com seus objetivos eleitos, de modo que os resultados que dele se espera pudessem ser atingidos com aptidão²³⁵. E, neste sentido, tornou-se cada vez mais clara a necessidade de que o processo deveria deixar-se permear pelos influxos das concepções filosóficas, políticas e culturais inerentes ao direito material para efetivamente cumprir a sua função social²³⁶.

Na lição de Cappelletti, o direito material é a primeira “porta” por meio da qual as ideologias penetram no processo²³⁷. Para exemplificar, o autor nos remete ao modelo do sistema feudal, em que os institutos do direito substancial refletiam a ideologia diferenciada, hierarquizada, anti-igualitária da sociedade. Estas ideologias penetravam no processo sob formas múltiplas e variadas, como no caso da valoração das provas, em que o testemunho do nobre prevalecia sobre o testemunho do pobre²³⁸.

Como nos mostra Cappelletti, o processo, enquanto fenômeno cultural, sofre direta influência da estrutura social, dos acontecimentos históricos, dos valores políticos, da situação econômica em uma dada sociedade e em uma determinada época. As normas que o conformam, assim como a interpretação que se faz delas, também é resultado da mixagem dos referidos fatores, que, direta e dinamicamente, alteram o comportamento e o *modus operandi* do processo. Portanto, não há, assim como nunca houve, qualquer espaço

²³⁴ “Técnica é a predisposição ordenada de meios destinados a obter resultados preestabelecidos. Toda técnica será cega e até perigosa se não houver a consciência dos objetivos a realizar, mas também seria estéril e de nada valeria a definição de objetivos sem a predisposição de meios técnicos capazes de promover sua realização” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 123).

²³⁵ “A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõem, para melhor aptidão a produzir tais resultados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179).

²³⁶ “(...) o procedimento não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando-o imprescindível ao conceito a regulação da atividade das partes e do órgão judicial, conexas ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear esta atividade” (*Do Formalismo no Processo Civil*: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112).

²³⁷ “É realmente a primeira “porta” e, direi, mesmo, a grande porta, através a qual as ideologias penetram no processo. Refiro-me, evidentemente, às ideologias que fundamentam o direito material, público e privado, e seus institutos” (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 32).

²³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Op. Cit., p. 32.

para a neutralidade do processo. Para a correta condução de um processo justo, há que se ter, como bem colocado por Dinamarco, “sensibilidade artística” dos homens²³⁹.

Esta conclusão fica mais nítida quando nos damos conta que a atividade jurisdicional nada mais é do que a verdadeira expressão da vontade do Estado. E, como tal, produz reflexos na estrutura política, resvala nas relações entre Estado e os cidadãos e, deste modo, se reveste de instrumento para a imposição das diretrizes estatais²⁴⁰.

Nesta linha, Carlos Augusto Silva demonstra como a ideologia do Estado plasma o Direito Processual Civil, com o escopo de assegurar as estratégias de poder. Partindo-se da premissa de que a jurisdição é uma forma de exercício de poder estatal, o processo, por sua vez, é o meio pelo qual este poder é exercido²⁴¹. Assim, o autor aborda a forma com que os valores políticos, efetivamente, conformam as normas processuais e estas acabam sendo manipuladas para a garantia da permanência de determinado grupo político no exercício do poder²⁴². Deste modo, concluiu o autor que o Estado Liberal, o Estado totalitário e o Estado Social espraíam seus valores e interesses para o âmbito do processo civil e o conformam para que satisfaça efetivamente os interesses e valores que perfilham²⁴³.

O processo, portanto, é um instrumento axiologicamente orientado. Os valores que o canalizam são expressos pelas opções ideológicas de um determinado Estado, em uma determinada época. E estas opções ideológicas estão inscritas nas mais diversas fontes.

Os princípios constitucionais, mormente a densa ideologia extraída dos direitos fundamentais, deveria ser o sopro mais forte no contexto atual. Esta é a posição amplamente reverberada pela doutrina contemporânea, preconizando-se num dos principais pilares da hermenêutica jurídica, em que a Constituição Federal deve ser, necessariamente, a partida inicial para a busca da inteligência de qualquer ato normativo. De todo modo, para ilidir quaisquer dúvidas, o Código de Processo Civil fez questão de deixar consignado que o

²³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 125.

²⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 180.

²⁴¹ SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder*: reflexo da judicialização da política no Brasil. São Paulo: Renovar, 2004, p. 73.

²⁴² SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder*: reflexo da judicialização da política no Brasil. São Paulo: Renovar, 2004.

²⁴³ De acordo com o autor, no Estado do *laissez-faire* o processo é compreendido como um duelo entre entes privados, onde os interessados são unicamente os contendores envolvidos. Já no Estado totalitário, pode-se verificar desrespeito ao juiz natural, falta de separação entre o acusador e julgador (violação ao Princípio do Dispositivo), enfraquecimento da coisa julgada material, ausência de cooperação das partes na produção da tutela judicial. Já no Estado Social tem-se o reconhecimento dos direitos dos acusados, a observância da legalidade, a concepção democrática da jurisdição e o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder*. Op. Cit., pp. 9-11).

Direito Processual Civil deverá ser disciplinado segundo os valores das normas fundamentais e constitucionais²⁴⁴. Estas, portanto, devem penetrar nas entranhas do Direito Processual, amarrando-o e moldando-o.

Como mencionado, o direito material é também fonte de direta influência no processo, pois, na atual fase de amadurecimento da ciência processual, não há dúvidas de que a imbricação entre o instrumento e seu objeto é a receita necessária para o atingimento dos escopos do processo. Como o direito material também carrega em si um arcabouço cultural, estes valores se irradiam ao procedimento estatal de resolução de conflitos, contaminando-o.

Mas ínsito ao direito material (que também pode ter matriz constitucional) há uma carga ideológica e cultural da sociedade que também irá repercutir diretamente nos princípios gerais do Direito Processual Civil. O método torna-se, assim, densamente influenciado pelas raízes históricas de um país, pelo “clima” institucional e político²⁴⁵ que vigora em determinado momento de criação ou aplicação da norma, pela manipulação de determinados grupos políticos e econômicos com vistas ao resguardo de poder e de seus interesses, pela situação econômica, que pode representar a fartura ou a estrita restrição das receitas públicas e privadas. Enfim, fatores que podem ser sumarizados na ideologia dominante ou dominada, produzem (e sempre produziram) inegável impacto no instrumento processual. E, por certo, que uma ideologia dominante se presta à defesa dos interesses de determinado setor da sociedade, que, repisa-se, impactará no processo.

Como bem ressalta Oscar Chase,

[...] os modos de resolução de litígios nunca são neutros em relação a grupos sociais concorrentes, mesmo que eles de fato sejam neutros com relação aos indivíduos em disputa. Quem decide litígios, e os mecanismos que eles usam para decidir, privilegiará ou prejudicará diferentes setores da sociedade²⁴⁶.

Neste sentido, Carlos Alberto Carmona afirma que o processo, assim como o procedimento, traduz, atualmente de maneira clara e límpida, a luta de classes que se instalou nas diversas sociedades, de diversas ideologias (tanto capitalistas, como socialistas

²⁴⁴ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

²⁴⁵ PEYRANO, Jorge W. *El Proceso Civil: Principios y Fundamentos*. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 3.

²⁴⁶ CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23.

ou comunistas) e, em assim sendo, seu produto final nada mais é do que o resultado das pressões dos grupos que se sobrepuseram naquele momento histórico. Para o autor, o procedimento da busca e apreensão de bens, relativo ao Decreto 911/69, que regulamenta a alienação fiduciária, é o exemplo mais ilustrativo de suas palavras²⁴⁷, pois demonstra que os valores do capital estão a manipular diretamente o desenho processual.

Nesta mesma linha, L. A. Becker, após analisar as execuções especiais advindas de títulos extrajudiciais dos contratos bancários, conclui haver uma evidente vinculação entre os procedimentos especialíssimos e a defesa do capital. Para este autor, “onde está uma, normalmente está a outra”²⁴⁸. E, assim, chama a atenção para o alto grau de eficiência do processo civil quando se trata de defender o capital financeiro.

Ainda quanto às técnicas executivas, Proto Pisani também já destacou que foram as pressões advindas do interesse do capital que as forjaram, dando executividade aos seus títulos, de modo a afastar a morosidade do procedimento ordinário e a garantir seus interesses²⁴⁹.

E. L. Silva Santos, afirma que, assim como o direito material, o processo também é instrumento para perpetrar injustiças e manter as desigualdades defendidas pelo próprio senso comum. Para o autor, diversamente do que se tenta transmitir, o processo civil não visa ao interesse público, mas sim ao interesse do mercado. No entendimento de Silva Santos, enquanto não for possível por meio do processo se exigir do Estado que implemente políticas de garantia de emprego ou que se permita ao sem-terra ou sem-teto imissão na posse de imóvel descumpridor da função social, por exemplo, não há que se falar no processo para a defesa do interesse público pelo processo, mas tão somente para a defesa da propriedade e do capital²⁵⁰.

Em tese específica sobre o tema, Marcelo Gomes Franco Grillo defende que a forma jurídico-processual atual reproduz a forma de “mercadoria do mais valor” de uma sociedade capitalista:

Portanto, no capitalismo há uma imbricação necessária entre a forma jurídica, a forma jurídico-processual e a forma político estatal. A forma jurídico-processual seria como uma forma jurídica específica e muito especial que representa, em algum sentido, igualdade e liberdade) e a

²⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *In: Revista de Processo Civil*. n. 57, ano 15, janeiro-março 1990, p. 40.

²⁴⁸ BECKER, L. A. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros: 2002, p. 25.

²⁴⁹PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982, pp. 318-319.

²⁵⁰ A Desumanização do Processo Civil, com o perdão do pleonasmo. *In: BECKER, L.A.; SANTOS, E. L. Silva. Elementos para uma Teoria Crítica do Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 48-49.

forma político estatal, no processo de derivação das relações de produção capitalistas, estando todas jungidas às suas respectivas equivalências à forma de mercadoria²⁵¹.

Neste sentido, da conexão íntima entre a forma de produção capitalista e o Direito Processual, é possível inferir nitidamente a influência histórica da propriedade e de outros bens na reprodução no Direito Processual. Barbosa Moreira, ainda em uma leitura do Código de Processo Civil de 1973, chamou a atenção para o fato de que, durante toda a vigência daquele diploma processual, apenas dois procedimentos especiais se prestavam à tutela preventiva: o interdito proibitório e nunciação de obra nova. A crítica está na natureza do direito material que estes procedimentos resguardavam: posse e propriedade, respectivamente. Na visão de Barbosa Moreira, o tratamento privilegiado se dava em razão da importância que o direito à propriedade exercia, e ainda exerce, em nosso contexto, haja vista que, na maioria dos casos, a posse é compreendida apenas como uma das facetas da propriedade e não como um instituto autônomo. Em contraposição, conclui o autor, os direitos não patrimoniais deviam se contentar com as delongas do procedimento ordinário²⁵².

Como se verifica, a influência de fatores externos ao processo, mormente as forças econômicas, é plenamente identificável quando analisamos a estrutura procedimental de diversas tutelas de direitos. Analisando a previsão de tutelas jurisdicionais diferenciadas com vistas a garantir um processo mais rápido, pode-se afirmar que, neste ponto, nosso ordenamento jurídico, historicamente, sempre se inclinou a privilegiar os interesses do capital.

José Rogério Cruz e Tucci, ao tecer suas considerações sobre a crise do Poder Judiciário pela perspectiva da falta de celeridade processual, asseverou que, quando estão em jogo valores de maior interesse político e econômico das classes dominantes, estes escapam do procedimento ordinário, mais demorado e ineficiente. Para o autor, “essa circunstância tem, na verdade, ensejado um clima de total insatisfação e angústia nos mais diversificados estratos da sociedade civil, que se traduz em perene decepção”²⁵³.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por sua vez, observou que o poderio econômico de alguns setores determinou, em certos casos, a criação de procedimentos especiais,

²⁵¹ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito Processual e Capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 43.

²⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. *Revista de Processo. In: Temas de Direito Processual*. Segunda Série. Saraiva, 1980, p. 22.

²⁵³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997, p. 101.

privilegiando sobremaneira a entrega da prestação jurisdicional no confronto de outros grupos sociais menos influentes. Trata-se, segundo o autor, da reprodução do movimento no plano privado, em que relações e interesses econômicos e políticos se sobrepõem aos interesses sociais, seja em razão da pouca mobilização da sociedade, seja se aproveitando de momentos de declínio e ofuscamento de mecanismos democráticos²⁵⁴. Em consequência, este total desconhecimento do princípio da igualdade das partes no processo gera uma dupla desigualdade: desigualdade *de* procedimento e desigualdade *no* procedimento²⁵⁵.

A ilustração de certo compromisso do processo com valores alinhados ao poderio político e econômico de interesse de determinados setores é bem claro quando fazemos uma análise histórica dos procedimentos especiais, que, durante muito tempo, representaram a única forma de a técnica ceder às necessidades substanciais de determinados direitos e, também, como visto, de determinados interesses de setores dominantes, que, não necessariamente, coincidiram com os interesses comuns de toda a sociedade. Daí surge a necessidade de se observar as disfuncionalidades dos procedimentos especiais e do processo civil, resultantes do desvirtuamento dos escopos éticos proclamados pela Constituição.

A tutela jurisdicional diferenciada está inserida na lógica da instrumentalidade substancial²⁵⁶, na compreensão do processo finalisticamente orientado a seu objeto²⁵⁷, na busca da efetividade do fenômeno processual. A pluralidade procedimental representa o reconhecimento das diversas posições sociais e as diferentes situações substanciais,

²⁵⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

²⁵⁵ *Procedimento de ideologia no direito processual civil atual*. Porto Alegre, *Ajuris*, 33 (março/1985), p. 80 (pp. 79-85)

²⁵⁶ Vencidas as fases evolutivas, partindo do sincretismo ao autonomismo, chegando ao instrumentalismo, e finalmente ao instrumentalismo substancial, há necessidade de reaproximar o processo de seu fim único e primeiro, sem o qual não se poderia mesmo subsistir, qual seja o atendimento das necessidades decorrentes da vida em sociedade, o equacionamento adequado e presto de conflitos, a pacificação social (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36).

²⁵⁷ Por definição, as normas processuais não podem ficar aquém das normas materiais sob pena de ineficiência de todo o sistema jurídica. Daí ser necessário e oportuno que seja feito um corte ou, quando menos, uma precisão no estudo do processo civil focando-se a outros direitos materiais, subjaz sistematização, importância e aplicação se tem verificado mais de perto recentemente. É o que se dá, não com exclusividade, mas em alto grau, com o direito material público (BUENO, Cassio Scarpinella. *Processo Civil de Interesse Público: uma proposta de sistematização*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil de Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25).

deixando para trás o mito da uniformidade procedimental preconizado sobre a isonomia formal que pairava no direito liberal²⁵⁸.

De todo modo, como outrora demonstrado, por se tratar de opções político-legislativas, os procedimentos especiais previstos em nossas normas processuais sempre foram influenciados por fatores exógenos, forças e interesses de tons mais fortes em nossa sociedade, que, não necessariamente, coincidem com o bem comum²⁵⁹. Em outros termos, assim como proclama a doutrina, em muitos casos, o Direito Processual, de fato, se aproxima da realidade social²⁶⁰, mas não necessariamente para sufragar os valores democráticos e de justiça social, mas, como expressão do poder estatal, foi e é, inevitavelmente, corrompido por interesses dominantes, principalmente os econômicos, consequência natural do sistema capitalista em que vivemos²⁶¹.

O que se pretende afirmar é que as classificações atinentes aos procedimentos especiais tem, historicamente, direta correspondência com a organização social, política e econômica de uma nação²⁶². Em determinados casos, as normas diferenciadas de caráter processual refletem os valores de um Estado Democrático e Social, e, em outros, nada mais são do que resultados da sobreposição de forças políticas e econômicas reinantes. E isso tem vultoso impacto em diversos aspectos, inclusive no que pertine ao acesso à justiça. Como observa Joaquim Falcão, é justamente por filtros processuais que o Estado seleciona os conflitos a serem apreciados pelo Poder Judiciário, assim como é também pelo processo que se opta por ritos diferenciados para o seu exame de acordo com o interesse de

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 43-45.

²⁵⁹ José Reinaldo de Lima Lopes dá cinco conceitos de bem comum: i) produto resultado de uma ação comum (ex: a língua é um bem comum, falada por todos); ii) o que ninguém produz em particular é um bem comum (ex: a natureza); iii) fim comum: são bens comuns de grupo e, ainda, grupos humanos e sociais se constituem por terem fins comuns; iv) noção de bem coletivo em uma visão da economia: bem coletivo é o bem indivisível na sua produção ou na sua fruição; v) bem comum é o conjunto de condições indispensáveis para a cooperação (A Definição do Interesse Público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público: O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 91-111).

²⁶⁰ Para Marinoni, a razão de ser do processo é este ser pensado à luz da realidade social e do papel que o direito material desempenha na sociedade (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. Op. Cit., p. 43).

²⁶¹ “Os grupos neocorporativistas mais organizados podem, em determinadas condições, dispor de “poder político suficiente para impor tutelas jurisdicionais diferenciadas mais afeitas à dinâmica interna dos seus interesses”. Por isso, entre nós, desde há muito, as controvérsias mais sensíveis, que colocam em jogo valores de Amir interesse político e econômico para as classes dominantes, escapam do procedimento demorado e ineficiente, prolongado e desastroso” (SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça*. A função social do Judiciário. Editora Ática, 1997, p. 58).

²⁶² BECKER, L.A. *Qual é o jogo do processo?* Curitiba: Sergio Fabris, 2012, p. 375.

determinados setores e, ao fazê-lo seleciona os grupos e classes que terão acesso à justiça, a despeito do discurso oficial em favor do acesso irrestrito ao Poder Judiciário²⁶³.

A crítica, portanto, passa ao largo da defesa pela adaptabilidade do procedimento, que, enquanto princípio, propugna pela acertada técnica de cognição diferenciada “como meio de melhor tutelar o direito material”²⁶⁴. O que se está a refletir é que não se pode ignorar que os procedimentos especiais previstos em lei, em determinados casos, externalizam interesses dominantes de nossa sociedade, os quais estão em contramão aos valores democráticos e socializantes. Nestes casos, o instrumento já está ideologicamente orientado para a construção do provimento jurisdicional final.

Os procedimentos diferenciados e o princípio da adaptabilidade do procedimento pelo magistrado que, atualmente, é denominado de *flexibilidade procedimental*²⁶⁵ são legítimos se efetivamente servirem à busca da igualdade substancial²⁶⁶, se forem orientados para a proteção de bens sociais de relevância constitucional, se se atentarem para as posições sociais das partes, minorando as diferenças do plano sociológico em busca de um equilíbrio maior no processo. Como observa Becker, “as tutelas diferenciadas não devem ser criadas pelo legislador apenas porque são abstratamente melhores do que o procedimento ordinário, mas sim quando concretamente as situações sociais emergentes exigirem uma proteção diferenciada”²⁶⁷. Em conclusão, a adaptabilidade do procedimento deve necessariamente estar preconizada sobre os valores éticos²⁶⁸ plasmados na Constituição, que erige a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República, caso contrário, aprofundará o desequilíbrio no processo e, no plano sociológico, acirrará as injustiças sociais.

²⁶³ “Até que ponto selecionando direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente, pouco importa, os conflitos apreciados pelo Judiciário, a cultura jurídica seleciona também os grupos e classes sociais que têm acesso à Justiça? E em que condições? Em outras palavras, qual o eventual conteúdo político da função seletiva da cultura jurídica? (FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. *Cultura jurídica e Democracia: a favor da democratização do Judiciário*. In: LAMOUNIER, Bolívar; WEFFORT, Francisco C.; BENEVIDES, Maria Victória. *Direito, Cidadania e Participação*. São Paulo: T.A. Queiroz. 1981, pp. 4-6).

²⁶⁴ DIDIER Jr., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. In: *Academia de Direito Processual Civil*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>. Acesso em 11/08/2017.

²⁶⁵ Fala-se atualmente em flexibilização procedimental ou Princípio da Adequação Formal.

²⁶⁶ É neste sentido a defesa de Marinoni e Arenhart para a defesa de procedimentos diferenciados. Os autores ensinam que o procedimento único era o reflexo dos interesses do Estado Liberal, que se pautava em uma igualdade formal e como forma de exprimir a equivalência das mercadorias (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 30.).

²⁶⁷ BECKER, Laércio. *Qual é o jogo do Processo?* Op. Cit., p. 360.

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. XVOL.

Sobre a mesma influência e vulnerabilidade estão os demais institutos processuais, que, ainda que não estaticamente definidos por tais malsinados interesses, podem ganhar contornos enviesados quando da sua operacionalização pelas partes. Afinal, o processo, inserido nas ciências jurídicas, situa-se no universo do discurso, da linguagem, e, em consequência, mostra-se facilmente manipulável²⁶⁹.

Não podemos descurar que, no que pertine aos procedimentos especiais, o quadro mudou substancialmente a partir do Código de Processo Civil de 2015, diploma que instituiu um modelo amplo de flexibilização procedimental legal genérica²⁷⁰, colocando-a como regra. Nos termos da doutrina, saímos da fase restrita eminentemente aos procedimentos especiais diferenciados, com vistas a adaptação às particularidades do caso concreto, e adentramos em um novo estágio, em que normas abertas e a disponibilização do procedimento, tanto para o juiz, como para as partes, permitem a construção da ação e do procedimento adequados à tutela do direito material no caso concreto²⁷¹. Deste modo, o procedimento comum manteve-se como padrão, mas às partes e ao órgão julgador foi dada maior liberdade de ajustar prazos processuais, de alterar a ordem de produção dos meios de prova, tudo com vistas a adequar às necessidades do conflito. A generalização da tutela provisória (de urgência e de evidência) a todas as espécies de tutela de direitos, o que, inclusive, havia ocorrido pela reforma de 1994²⁷², também concorreu para infirmar a necessidade de se destacar, legislativamente, modelos procedimentais diferenciados.

Este modelo mais largo de *flexibilização procedimental* levou à Comissão do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil a discutir sobre a necessidade de se manter

²⁶⁹ “Nas ciências exatas e naturais, o objeto disciplina o cientista. Resiste a ele e o desqualifica, dada a possibilidade do controle da exatidão da teoria pela experiência dirigida. Nas ciências humanas é diferente. Porque ciências da compreensão – algo que não está nas coisas mas na mente humana – o cientista adquire poder sobre o objeto, que é por dele definido e influenciado, pelo que a desconfirmação das teorias elaboradas só pode ser discursiva, insuscetíveis que são de se submeter a uma experiência dirigida e somente viável um controle diferido no tempo e para a verificação histórica (o fluir dos acontecimentos) que lhe tira toda operacionalidade. Dentre as ciências humanas o Direito é talvez a mais vulnerável. Pura linguagem, é facilmente manipulável, mas porque é um dizer que se faz perigosamente decisão, poder de interferir na liberdade e no patrimônio das pessoas, essa manipulabilidade reclama vigilância permanente e senso crítico apurado de quantos integram o universos dos denominados juristas (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Função Social do Processo*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/3198/funcao-social-do-processo>. Acesso em 20/08/2017).

²⁷⁰ Fernando Gajardoni afirma que o Novo CPC acolheu a flexibilização legal genérica mitigada, pois, através de uma cláusula geral (art. 139, VI), permite-se ao magistrado alterar o rito conforme as particularidades da causa, observados determinados limites (Flexibilização Procedimental. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Org.). *Programa de Estudos Avançados em homenagem ao Ministro Arnaldo Esteves de Lima*. Julho de 2016, pp. 322-328).

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59.

²⁷² Foi quando então que se permitiu a generalização das liminares antecipatórias genéricas, nos termos do artigo 273, CPC/73.

procedimentos diferenciados, mormente as ações possessórias. Encerradas as discussões, a opção acabou sendo por manter os procedimentos especiais, com algumas alterações. Alguns procedimentos foram excluídos²⁷³ e outros até incluídos²⁷⁴ pelo novo código. Ao final, o procedimento especial possessório manteve-se.

Portanto, diante deste contexto metodológico e axiológico atual da ciência processual, diante de nosso contexto político, econômico e ideológico contemporâneo, diante das novas mudanças trazidas pela *flexibilização procedimental* e, ainda, considerando a generalização das tutelas de urgência a todas as espécies de procedimentos, indaga-se: qual seria a razão de manter o procedimento especial possessório em nosso ordenamento jurídico? Qual o impacto do direito material, no caso, a posse, com sua moldura normativa atual, em relação ao Direito Processual? Quais os escopos que tal procedimento especial visa a resguardar? Como dispôs Silva Santos, para que o processo seja estudado com o mínimo de seriedade precisa ser acompanhado da seguinte pergunta: “afinal, a que interesse econômico tal ou qual instituto jurídico (processual) visa a defender?”²⁷⁵.

Tendo como ponto de partida o fato de que os instrumentos possessórios revelam-se *locus* principal para as contendas fundiárias perante o Poder Judiciário, tais reflexões críticas se revelam importantes premissas para o aprimoramento do processo e para o aprimoramento das técnicas processuais atualmente dispostas aos conflitos fundiários.

4.2. Direito e Processo: a participação do instrumento na construção da norma jurídica individualizada

Na linha da evolução metodológica, a dogmática processual focada em uma visão puramente técnica e meramente instrumental foi suplantada por uma perspectiva sociopolítica do processo. Como bem explicita Dinamarco, “atuar a vontade concreta da lei ou dar acabamento à norma de regência do caso são visões puramente jurídicas e nada dizem sobre a utilidade do sistema processual em face da sociedade”²⁷⁶. Sem analisar

²⁷³ O NCPC não mais prevê procedimentos especiais para as ações de usucapião de imóvel, de recuperação ou substituição de título ao portador, de depósito ou mesmo nunciação de obra nova.

²⁷⁴ Foram incluídos os procedimentos da ação de dissolução parcial de sociedade, das ações de família, da regulação de averia grossa e ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo.

²⁷⁵ Op. Cit., p. 47.

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. São Paulo: Malheiros, pp. 125-126.

criticamente o processo, mormente por uma visão metajurídica, que compreenda os substratos sociais, políticos e culturais, não será possível extrair do processo uma visão completa, eficiente e, principalmente, a concepção de um mecanismo de produção de resultados substancialmente justos.

À luz desta visão ideológica do processo e considerando a evolução da ciência processual e de seu contexto atual, parece ter ficado para trás a compreensão do processo como verdadeiramente “servo obstinado do direito”²⁷⁷. Os novos rumos da ciência processual nos levam a refletir acerca da exata importância do processo para a formação do provimento jurisdicional, para a construção da norma jurídica individualizada.

Por certo que a visão instrumental ainda vige, mas a função do processo nela não se esgota. Este é o ponto a ser desenvolvido.

A instrumentalidade do processo é bem clara quando se fala em viabilizar o litígio, ao analisar o momento inicial do acesso ao sistema judicial, pois, evidentemente, o processo revela-se meio de entrada de pretensões judiciais. Mas esta função instrumental parece se restringir ao momento do *input*. Posteriormente, exige-se mais do processo do que simples instrumento. Exige-se que seja um mecanismo permeado por uma visão social, a fim de que produza decisões justas e apropriadas. Há na doutrina quem denomine este segundo momento de concepção pragmática ou programática do processo²⁷⁸.

Portanto, o fato de o processo ser um instrumento não o faz um mero adjetivo do direito material, tampouco seu substrato se trata de margens amorfas que servem apenas de passagem e sustentação para que o seu objeto flua naturalmente e se materialize de acordo com a previsão inscrita nas regras de direito material, como uma mera declaração do conteúdo jurídico material. Muito ao contrário. Como bem nos alertou Calmon de Passos, “antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto”²⁷⁹. Com estas palavras, o autor revela a importância que o processo exerce frente à concretização do direito material, dando ênfase ao fato de que o instrumento pode alterar o seu objeto subjacente a depender da forma como é conduzido e disciplinado²⁸⁰.

Em outros termos, pode-se afirmar que o direito material é sempre incerto no processo. Como já afirmou Hermes Zaneti Jr., “o processo devolve (sempre) algo diverso

²⁷⁷ Op. Cit., p. 39.

²⁷⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Um Novo Processo Civil Português: à la recherche du temps perdu? In: BRITO, Rita (Coord.). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009, p. 15.

²⁷⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. In: *Revista de Diálogo Jurídico*. Ano I, vol. I, abril de 2001, Salvador/BA.

²⁸⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Instrumentalidade do processo e Devido Processo Legal*. Op. Cit., p. 4.

do direito material positivado”. Isso porque o processo constrói uma verdade interna razoável e argumentativa e, então, surge “um direito material novo”²⁸¹.

Partindo da premissa que o processo interfere na substância do direito material, pode-se concluir, logicamente, que é por meio dele que são construídas as situações jurídicas de direito material expressas nos provimentos jurisdicionais e não apenas declaradas, como defende a doutrina tradicional²⁸². E, pautado nesta inteligência, podemos até nos deixar convencer que, mais do que simples caráter instrumental, sobrepujando o caráter meramente finalístico, o processo tem natureza integrativa. Perfaz-se inegavelmente como meio, mas também tem sua participação no fim, na construção do produto final²⁸³. Portanto, o fim é instrumental, mas a natureza, integrativa.

Por esta linha de inteligência, David Trubek insiste na fragilidade da teoria clássica que analisa o processo como um meio transparente, neutro, que serve como mecanismo para supostamente revelar os fatos verdadeiros e preexistentes e, ao final, descortinar a única regra jurídica correta a ser aplicada para dirimir cada caso concreto²⁸⁴. Na perspectiva da teoria clássica, o processo, de fato, era compreendido como servo da justiça, reduzindo, deste modo, a sua importância e negando qualquer impacto do instrumento em relação a seu produto. Trubek mostra que esta posição, além de equívoca, acaba por ser até mesmo ingênua:

Could they really have thought that people who sought to use the law would remain unaffected by their contact with it? Could they have imagined that procedure had no impact on the substantive outcome of cases? The author doubts that they were so naïve²⁸⁵.

²⁸¹ A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: DIDIER Jr., Fredie. *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: JusPodiVm, 2009, p. 281.

²⁸² Na linha da doutrina tradicional, Dinamarco destaca que a sentença não cria direitos, mas apenas os revela, pois, para ele, as preferências axiológicas, sociais, éticas, políticas e econômicas do juiz não podem prevalecer e impor-se imperativamente mediante atos que não são dele, mas do Estado, que é um agente impessoal (*Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 229).

²⁸³ CANOTILHO, Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, procedimento, processo e organização. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. LXVI, 1991, pp 150 e ss.

²⁸⁴ “In such a system, procedure is a medium through which the correct rule is applied to the facts of a dispute. Given the premises of formalism, there must be a correct rule for any set of facts (...) Anyone who accepts these principles must think of procedure not simply as a medium, but as a transparent medium – one that does not add or subtract anything. The rules of a formalist system are already there. The correct rule is not made; rather, it is discovered through procedure. Procedure should not make a difference in the outcome of a dispute” (TRUBEK, David M. *The Handmaiden’s Revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure*. Law and contemporary problems, vol. 51, n. 4, 1988, p. 114).

²⁸⁵ TRUBEK, David M. *The Handmaiden’s Revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure*. Op. Cit., p. 115.

Para Trubek, o processo tem, sem dúvida, muito mais importância e, por esta razão, não pode ser compreendido como instrumento neutro, servo do direito material e, portanto, meramente adjetivo. Ao contrário, o autor defende o protagonismo do processo, inclusive frente ao direito material, o que se torna claro a partir do momento em que se compreende que a adjudicação²⁸⁶ envolve a criação do direito, e não meramente a sua revelação.

Nesta linha, se cada ação judicial torna-se um microprocedimento de produção do direito, em que as regras são definidas e redefinidas à luz da compreensão do contexto social, se o conceito de fatos e direito material não são categorias objetivas, mas são sim definidas uma em relação à outra, se em todas as situações há múltiplos e possíveis conflitos entre as normas e a corte deve sopesá-las, assim, a clara linha entre o direito substancial e o Direito Processual, delineada pela doutrina clássica, deve ser reconsiderada. E, neste sentido, conclui o autor que ao processo deve ser dada maior importância e, necessariamente, deve ser compreendido como um fenômeno muito mais complexo²⁸⁷.

Nesta perspectiva, é possível afirmar que o *iter* processual exerce efetivo impacto na construção da norma jurídica individualizada. Vários são os exemplos que desnudam a importância do papel do processo a concorrer para a formação da decisão judicial, que pode refletir diretamente no direito substancial a ser aplicado ao caso concreto: a observância do contraditório²⁸⁸ substancial, fazendo do processo um instrumento participativo e dialógico, e, ainda, diminuindo o arbítrio do órgão julgador; a produção de provas, distribuindo-se o ônus probatório de acordo com a possibilidade e realidade de cada parte, como pretende a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova²⁸⁹; a flexibilidade do procedimento

²⁸⁶ *Adjudication* é a expressão utilizada na língua inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos.

²⁸⁷ “If every lawsuit was a micro-lawmaking process in which rules were defined and redefined in light of a rich understanding of social context, in which concepts of facts and law were not objective categories but were to be defined relative to each other, and if in any situation there were multiple and possibly conflicting rules the court might draw on, then the clear line between substance and procedure which classical thought had drawn would have to be reconsidered. Once that was done, procedure began to seem both more important and more complex than it had in classical thought” (TRUBEK, David M. *The Handmaiden’s Revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure*. Op. Cit., p. 118).

²⁸⁸ “O contraditório constitui, sem dúvida, elemento essencial ao fenômeno processual, especialmente pela imprescindível participação dos interessados no *iter* de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Juiz e o Princípio do Contraditório*. Disponível em <http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Artigo-O-juiz-e-o-princ%C3%ADpio-do-contraditorio.pdf>. Acesso em 31/05/2017).

²⁸⁹ “Para a teoria da carga dinâmica da prova o que importa, em determinadas situações, não é tanto a posição processual das partes ou seu interesse jurídico em ver admitido o fato provando, mas sim a maior facilidade em sua demonstração, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos ou pela detenção de informações sobre os fatos da causa” (WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini;

diante das necessidades do direito material e das posições sociais das partes, propiciando maior celeridade, efetividade e paridade de armas²⁹⁰, a restrição ou a ampliação dos poderes do órgão julgador, entre outros. Indubitavelmente, a aplicação, em maior ou menor medida, destas técnicas e princípios exerce, sem dúvida alguma, impacto na construção da decisão a ser proferida no caso concreto.

Do mesmo modo, os fatores sociológicos também impactam a aplicação das normas processuais. Assim, as mazelas sociais, a pobreza, a brutal diferença social, as vulnerabilidades de todas as ordens, as ideologias dominantes são dados da realidade que podem ser reproduzidos por meio de normas processuais, que, travestidas de um teor jurídico legitimador, podem conformar o direito material que lhe é subjacente.

Mais uma demonstração de que as técnicas processuais interferem e contam com uma boa dose de participação na construção do provimento jurisdicional é a analogia que Piero Calamandrei faz do processo com a dinâmica de um jogo, em que o jogador mais habilidoso é, coincidentemente, o vitorioso. E, assim, em vez de instrumento de realização de justiça, o processo torna-se instrumento para dar vitória também ao mais astuto²⁹¹, a quem melhor usar a técnica em seu favor. Na visão de Calamandrei, a técnica altera o conteúdo do produto final, ou seja, interfere na aplicação e concretização do direito material em favor daquele que melhor sabe manipulá-la em benefício de seus interesses.

Esta natureza integrativa do processo é identificada quando analisamos as novas perspectivas metodológicas do processo civil. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira defende que ultrapassamos a fase instrumentalista e que, portanto, a ciência do processo insere-se na quarta fase, a do formalismo-valorativo. Para ele, a técnica deve estar em segundo plano e deve ceder para que os direitos fundamentais efetivamente conformem o instrumento. E, continua o autor, o escopo do processo não é somente a efetivação do direito material, mas a concretização da justiça material²⁹². Há nesta assertiva uma interessante premissa: se é

WATANABE, Kazuo; NERY Jr. Nelson (Org). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 6).

²⁹⁰ Luiz Guilherme Marinoni denuncia que, em muitos casos, a legislação prevê procedimentos especializados para privilegiar bens e posições sociais. Como exemplo, cita os procedimentos diferenciados para a proteção da tutela preventiva do direito de propriedade e a previsão de rito próprio para tutelar as liberdades públicas (mandado de segurança), ambos de acordo com os valores liberais. Por outro lado, a tutela jurisdicional diferenciada não é franqueada quando o escopo é defender direitos da personalidade, deixando-os, intencionalmente, submetido à “ordinariedade, a frieza e a indiferença da tutela ressarcitória” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 62-67).

²⁹¹ CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. *Direito Processual civil*. vol. 3. Trad. Luiz Avezia; Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller. 1999, pp. 223-224).

²⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

isso que se espera do processo, se é esta a função do processo, que transcende a mera aplicação do direito material, por intermédio de uma lógica argumentativa, participativa e de racionalidade prática, não há como negar a natureza construtiva do *iter* processual²⁹³.

Estas assertivas não pretendem levar à conclusão do protagonismo do procedimento frente ao conteúdo material na concepção de justiça. Nem, tampouco, defender que o direito material nada mais é do que o Direito Processual em movimento, como verdadeira a inversão da lógica do Direito Romano, em que a *actio* era compreendida como o direito material em movimento²⁹⁴. Trata-se, sem dúvida, de categorias autônomas, cada qual com a sua importância e função social.

O propósito é aclarar a conclusão de que o processo também tem importante participação na aplicação da norma ao caso concreto e, da mesma forma que seu objeto, também está exposto a diversos fatores culturais, sendo que uns são eticamente orientados, já outros são fruto do natural desvirtuamento de interesses que se distanciam do verdadeiro bem comum e privilegiam determinados setores da nossa sociedade. E, assim, a técnica ideologicamente orientada e os demais valores que permeiam o processo produzem impacto no produto final, na concretização da norma jurídica individualizada.

A proposta também está longe de reprimatizar aos tempos da defesa da neutralidade processual, de torná-lo um mecanismo acultural, até porque o Direito Processual Civil alcançou uma maturidade científica suficiente para saber que isso seria impossível. E ainda que fosse possível, não seria desejável, pois este propósito se afasta dos escopos do processo, que é justamente o de apurar do litígio todos os vícios existentes no conflito sociológico, para que o valor justiça possa efetivamente imperar.

Enquanto produto cultural, o processo deve se manter na sua linha de evolução, o que quer dizer que deve se deixar permeável pelos valores insertos em nossa sociedade. Ser permeável não quer dizer não ter filtro e aceitar que qualquer ideologia ou interesse

²⁹³ O compromisso do *iter* processual com uma justiça substancial corrobora para afastar o processo da divisão estanque entre direito e processo: “Neste contexto, o processo vive uma tensão entre, de um lado a tradicional separação absoluta entre os planos processual e material, o processo regido pelo paradigma legalista, mero instrumento da jurisdição, correspondente ao modelo clássico liberal de separação rígida e estanque entre poderes; e de outro vértice, a absorção pelo processo do compromisso de realização de direitos, em especial os fundamentais” (ZANETTI Jr., Hermes. Democracia e Judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte 1). *In: Poderes do juiz e controle das decisões judiciais: Homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 208).

²⁹⁴ “O bom entendimento sobre o modo como os antigos romanos desenvolviam o seu judiciarismo deve partir de que o direito era uma consequência da ação; noutras palavras, não havia *ius* se não estivesse preestabelecida a correspondente *actio*” (SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado: (histórico e contemporâneo)* à luz do código de processo civil brasileiro modificado até 1996. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977, p. 29).

desvirtue o cumprimento de seus escopos, das necessidades, angústias e dramas existenciais vividos no seio da sociedade²⁹⁵. Espera-se mais do processo do que a simples concretização do direito material. A expectativa é de concretização de uma justiça substancial²⁹⁶, é de compreender a jurisdição como mecanismo de inclusão social²⁹⁷, o que, destaca-se, representa ampla responsabilidade ao processo. Para tanto, partindo de um movimento cultural crítico, cabe aos processualistas identificar os descaminhos que levam o processo em contramão à justiça social.

Identificar estas disfuncionalidades exige o cotejamento entre as normas processuais pelos tribunais, o seu produto final e a realidade social que os permeiam. A acareação entre estes fatores poderá impulsionar uma necessária autocrítica do processo, de modo a revelar qual está sendo a sua real função perante a sociedade e sua contribuição para o atingimento de determinados objetivos constitucionais.

Estas premissas são essenciais para justificarmos a razão pela qual o processo tem importante papel para as decisões dos conflitos fundiários que deságuam no Poder Judiciário. Posse e propriedade, direitos materiais comumente discutidos neste tipo de conflitos, têm, inegavelmente, seu desenvolvimento científico e doutrinário no ramo do Direito Civil, mas, ao serem aplicados, recebem interferência direta dos valores processuais e de sua técnica, que são decisivos para o seu delineamento no caso concreto.

As ações possessórias, notoriamente reconhecidas pela imbricação entre direito e processo, constituem-se um excelente campo de pesquisa sobre o assunto. Assim, vamos a ela.

²⁹⁵ “(...) toda tentativa que se fizesse de superar as carências contra as quais se debate o dispositivo judiciário, sem ter presente a relação necessária entre os objetivos e aspirações da sociedade moderna e as possibilidades de instrumento que a deverá servir; entre a própria sociedade, vista através de suas necessidades e inclinações, de seus dramas existenciais e suas angústias, e as formas de tutela jurisdicional capazes de dar-lhe resposta adequada e satisfatória, seria, no mínimo, uma empresa quimera” (As implicações de tudo isso no campo do Direito Processual civil são imensas, embora raramente sejam consideradas (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 103).

²⁹⁶ “O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo a sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20).

²⁹⁷ Ver: PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002.

4.3. Procedimento Especial Possessório: análise crítica

Almeja-se, neste momento, fazer uma análise crítica do procedimento especial destinado às ações possessórias típicas, partindo da perspectiva de que se trata de instrumento permeável a diversas ideologias, as quais produzem fortes impactos na construção dos provimentos jurisdicionais advindos dos litígios fundiários.

Para tanto, concentramos nosso estudo nos procedimentos especiais possessórios, pois a maioria dos conflitos fundiários levadas até o Poder Judiciário se expressa por meio das ações possessórias, regra geral, ações de reintegração de posse²⁹⁸.

Inicialmente, faz-se importante entender o objeto subjacente a tais procedimentos, ou seja, o direito material, que recebe tanta importância de nosso sistema a ponto de interferir diretamente no desenho das normas processuais em busca de maior efetividade.

Posteriormente, será analisado o comportamento do processo frente às concepções de posse do direito material e, ainda, em relação ao conteúdo sociológico e ideológico que permeia as ações possessórias.

4.3.1. O Desafio Conceitual da Posse

Falar sobre o conceito de posse e imergir nas profundas controvérsias que pairam sobre este instituto é, sem dúvida alguma, tarefa nada simples, que requer tempo e espaço. A missão, portanto, esbarraria nos lindes do recorte deste trabalho, que se concentra na análise do comportamento do instrumento processual diante dos conflitos fundiários. Por outro lado, a omissão quanto a este assunto poderia produzir uma lacuna importante no objeto de pesquisa, considerando que a posse é componente estrutural desta natureza de conflitos e elemento conformador de procedimentos diferenciados. Assim sendo, a sua abordagem é inevitável. De todo modo, faz-se importante esclarecer que o objetivo não está em discorrer ou identificar na doutrina um conceito mais acertado de posse, mas demonstrar, ainda que de forma sucinta, a diversidade conceitual deste instituto milenar que causa celeuma na doutrina atual e compreender a razão pela qual ainda ela mantém

²⁹⁸ Estes dados são da pesquisa “Conflitos Coletivos sobre a Posse e a Propriedade de Bens Imóveis”, elaborada no âmbito do Ministério da Justiça no ano de 2009, Projeto “Pensando o Direito”, sob coordenação do Professor Nelson Saule, Daniela Libório e Arlete Inês Aurelli. Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2012/11/07Pensando_Direito.pdf. Acesso em 26/03/2018. A pesquisa apurou que 75% das ações em curso perante o Tribunal de Justiça de São Paulo e o TRF 3 no período compreendido de 10/1988 a 10/1998 versavam sobre possessórias e 53% são procedimentos de reintegrações de posse.

estreita vinculação com o direito à propriedade, buscando-se uma explicação a partir da perspectiva histórica.

O instituto da posse remonta às origens do sistema romano e foi se moldando e ganhando novos contornos ao longo das fases do Império Romano (pré-clássica, imperial e justinianéia)²⁹⁹. De todo modo, os romanos sempre viram uma distinção clara entre posse e propriedade³⁰⁰, já que, em sua concepção, posse era um fato, enquanto a propriedade era um direito. Apenas no período pós-clássico é que surgiu a ideia de que a posse seria um direito, o que se infere pelas passagens nos textos romanos das expressões *ius possessionis*, para se referir à posse, e *ius domini*, relativo à propriedade. Para os romanos, posse seria constituída por dois elementos: o objetivo (*possessione corpore*) e um subjetivo, que era referido por meio da palavra *animus*. Contudo, não há nas fontes um conceito preciso sobre estes dois elementos, sendo que, ao longo da história, foram interpretados de forma bastante diversa pelos autores³⁰¹.

Diante do progresso e das especificidades que alcançaram os romanos, os elementos e conceitos da posse daquela época despertaram o interesse dos estudiosos que se seguiram. A mais importante delas foi travada entre Savigny e de Ihering, que, de tão intensa, acabou por franquear largo destaque ao instituto e, conseqüentemente, impulsionar o seu desenvolvimento científico.

Savigny, em sua obra “O Direito da Posse”, de 1803, resgatou o conceito de posse do Direito Romano. O autor desenvolveu a sua teoria fundamentalmente preconizada sobre o elemento subjetivo *animus*, que, para ele, representava o *animus domini*, ou seja, a intenção de ser proprietário, portanto, de o possuidor de ter a coisa para si e defendê-la contra a intervenção de outrem³⁰². O elemento objetivo (*corpus*) também fazia parte do conceito e se configurava na mera disponibilidade de dispor fisicamente da coisa e defendê-la contra as agressões de terceiros. Portanto, para Savigny, posse “é o poder que tem a

²⁹⁹ No período pré-clássico, posse era apenas considerada a senhoria de fato sobre a coisa, que não poderia se transformar em senhoria de direito. Já na época imperial clássica, a posse é senhoria de fato que se baseia nos elementos objetivos (*possession corpore*) e subjetivo (*animus possidendi*). Já no terceiro período, o significado da posse se altera, passando a ser considerada como exercício do direito de propriedade ou de qualquer outro direito real (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse: Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 10).

³⁰⁰ “Nihil commune habet proprietate cum possessione (a propriedade nada tem em comum com a posse) e separata esse debet possessio a proprietate (a posse deve ser apartada da propriedade) (Digesto, XLI, 2, 12,1; e XLIII, 17,1,2) (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 273).

³⁰¹ Op. Cit., p. 275.

³⁰² BARROS MONTEIRO, Washington de; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 16-17.

pessoa de dispor fisicamente da coisa, com intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem”³⁰³. Para o autor, sem o *animus domini* não havia posse, mas sim detenção. Entretanto, por este conceito bastante restrito, que exigia o referido elemento subjetivo, o autor não conseguiu explicar a situação do locatário, depositário, comodatário etc., que, inegavelmente, exercem posse, mas não com *animus domini*, mostrando-se, assim, falha a teoria. Posteriormente, para corrigir esta distorção, o autor cunhou o conceito de posse derivada, segundo o qual o precarista, o credor pignoratício e o depositário de coisa litigiosa teriam posse em razão de esta ter sido cedida pelo verdadeiro possuidor³⁰⁴. Mas nesta altura suas teorias já haviam caído em descrédito.

Rudolf Ihering, em 1889 publica a sua obra, contrapondo-se duramente à teoria subjetiva de Savigny. Na visão de Ihering, o elemento objetivo *corpus* era a relação de fato entre a pessoa e a coisa. Apenas este elemento era constitutivo da posse, pois, para ele, o *animus* estava implícito no poder de fato exercido sobre a coisa. Segundo o autor, o *corpus* é o único elemento visível e suscetível de comprovação e, portanto, a vontade de possuir a coisa não teria qualquer importância no reconhecimento da posse. Deste modo, ele compreendia a posse e a propriedade como institutos distintos, contudo, a posse nada mais era do que a exteriorização da propriedade e a sua proteção somente existiria em razão do direito de propriedade³⁰⁵.

Coerente com o conceito de posse por ele estabelecido, Ihering vislumbrou nas ações possessórias uma forma de proteger a propriedade, diante da dificuldade existente naquela época de demonstração da prova da propriedade³⁰⁶. Nisso residia o fundamento para o manejo das ações possessórias, segundo o autor. Na compreensão de Ihering, o proprietário deveria ter este privilégio de defender o seu bem apenas com a posse, que, para ele, fazia presumir a propriedade. Esta visão de Ihering não era inédita, pois, já no Direito Romano, era possível substituir a ação reivindicatória pela possessória mesmo para a defesa da propriedade, já que os interditos eram mais rápidos, convenientes e prescindiam da

³⁰³ Op. Cit. 17.

³⁰⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 276.

³⁰⁵ Nas palavras do próprio Ihering: “Onde não pode haver propriedade, objetiva ou subjetivamente, tampouco pode haver posse. A posse e a propriedade andam de mãos dadas; a falta de capacidade, na pessoa ou na coisa, para gerar uma relação de propriedade, implica em falta idêntica a respeito da posse” (IHERING, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Trad. Pinto de Aguiar. Salvador: Livraria Progresso, 1957, p. 33).

³⁰⁶ “A ação possessória mostra-nos a propriedade na defensiva, e a reivindicação na ofensiva. Exigir da defensiva a prova de propriedade, seria proclamar que todo indivíduo que não está em condições de provar a sua propriedade – o que, em muitos casos, é impossível, e mesmo na maioria deles, quando se trata de móveis – está fora da lei, e que, qualquer um pode arrebatá-lhe sua propriedade” (Op. Cit., p. 43).

demonstração da prova da propriedade³⁰⁷, tornando, assim, a prova mais fácil. Como veremos, esta compreensão acabou por se arraigar em nossa tradição jurídica e se mostra latente ainda nos dias atuais.

No Brasil, podemos dizer que a posse teve um papel importante na época da colonização portuguesa. Em primeiro lugar, as sesmarias nada mais eram do que a concessão da posse, e não da propriedade³⁰⁸, de glebas ao colono, condicionada ao aproveitamento da terra, segundo as diretrizes das Ordenações portuguesas³⁰⁹. Ao lado dos sesmeiros, estes, homens fortes e influentes com os respectivos títulos, havia também os colonizadores que passaram a ocupar e cultivar as terras devolutas³¹⁰. Em consequência, as questões possessórias se tornavam frequentes no foro, sempre ladeadas de grandes dificuldades, resultando em complexos processos. Com a independência (1.822), herdamos os conceitos de posse do direito português, inclusive quanto aos interditos possessórios³¹¹.

Seguindo a linha evolutiva, a Lei de Terras³¹² revalidou as sesmarias, transformando-as em propriedade, e, com ela, chancelou as propriedades de grandes extensões (aliás, gênese dos latifúndios atuais) e também as pequenas ocupações, mas, daquele momento para frente, condicionou a aquisição de terras à compra e venda, tornando este meio a única forma de aquisição de propriedade das terras devolutas. A partir de então, a posse passou a ter bem menos prestígio e a propriedade passou ao posto de protagonista.

Foi no Código Civil de 1916 que a teoria objetiva de Ihering foi, pela primeira vez, albergada em nosso ordenamento jurídico³¹³. Naquele diploma processual, não se conceituou propriamente a posse, mas sim o possuidor, descrito como: “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade”.

³⁰⁷ FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

³⁰⁸ Até 1850 a propriedade de terras era estatal ou semiestatal, sendo vedada a sua comercialização.

³⁰⁹ Havia, à época, diretrizes insertas nas Ordenações Filipinas e Manoelinas relacionadas à produtividade das terras, com a ecologia, uso do solo e até mesmo técnicas agrícolas. Por essa razão, a doutrina reconhece a gênese da função social de nosso país ao referido período.

³¹⁰ “Sendo oneroso e torpido o processo de obtenção das sesmarias, os colonizadores, desde os primeiros tempos da conquista do solo, assenhoreavam-se dos terrenos não aproveitados que se lhes deparavam, de um a outro extremo do Brasil. Surgiram assim as posses” (FONSECA, José Eduardo da. *Legislação de Terras*. Revista Forense, n. 38, 1922, p. 161).

³¹¹ Após a independência, em 1822, a Lei de 20 de outubro de 1823 dispôs que continuavam em vigor as Ordenações do reino de Portugal. Em 1858, sobreveio a Consolidação das Leis Civis, mantendo os princípios da posse herdados do direito português.

³¹² Art. 1º: “Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”.

³¹³ “A teoria de Ihering foi acolhida pela lei civil pátria de 1.916, que se tornou o primeiro código a consagrá-la, posto que em um ou outro lance revelasse ainda persistência das ideias de Savigny, como, por exemplo, o artigo 493” (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18).

Não obstante o largo lapso temporal e todas as grandes transformações sociais por que passaram a nossa sociedade e nosso ordenamento jurídico, o Código Civil de 2002 quase que reproduziu os termos normativos anteriores, pois apenas suprimiu a palavra domínio³¹⁴, ratificando as teorias do século XIX. É verdade que este código trouxe alguns novos institutos³¹⁵ relacionados à posse, que procuraram dar mais socialidade a este bem jurídico. No entanto, sem uma alteração conceitual mais profunda no conceito de posse, inclusive ignorando o requisito constitucional da “função social”, abriu-se a brecha para a defesa de que a teoria de Ihering continua a ser reproduzida no Código Civil em vigor e, portanto, de que a posse mantém-se sendo um mero apêndice da propriedade.

Por esta razão, partindo do conteúdo meramente normativo codicista, que está amarrado aos dogmas privatistas e individualistas que pairavam no momento de elaboração da teoria por Ihering, compreende-se a razão pela qual a posse é ainda vista por parte da doutrina como mero apêndice da propriedade, assim, apenas como uma forma de sua exteriorização.

Ocorre, no entanto, que o Direito Civil não está apenas delimitado nos códigos, pois deve necessária obediência às normas constitucionais e aos valores sociais nela proclamados. E, diante de uma Constituição em que a dignidade da pessoa humana torna-se fundamento e pilar do Estado Democrático de Direito, a guinada de paradigma é, ou melhor, deveria ser, sentida bruscamente: de “patrimonialização” para a “repersonalização” das relações jurídicas. Isso representa, sem dúvida alguma, uma mudança paradigmática do conteúdo axiológico de qualquer direito e que parece transportar os institutos da posse e propriedade para outra dimensão, remodelando completamente os seus contornos.

Pelas normas constitucionais, há uma interrelação entre posse e propriedade, que longe está de se caracterizar pela dependência e submissão da primeira em relação à segunda. O ponto de diálogo entre estes dois institutos ocorre na expressão “função social”,

³¹⁴Artigo 1.196 CC: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

³¹⁵ É o que se pode verificar pelo parágrafo único do artigo 1.242 do CC, que reduz o prazo da usucapião quando o possuidor tiver estabelecido a sua moradia ou realizado obras e serviços (“Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”). Podemos mencionar ainda o artigo 1.228, parágrafo 4º do Código Civil (“O proprietário pode também ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas houverem nela realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”), chamado pela doutrina de “desapropriação judicial”, valoriza os atos possessórios multitudinários.

que é utilizada pela Constituição de 1988³¹⁶ para definir o que é propriedade, enquanto bem jurídico protegido por nosso ordenamento. Isso porque “função social” se traduz em atos concretos e parte de quem efetivamente tem disponibilidade física do bem, ou seja, do possuidor³¹⁷. Daí, portanto, podemos dizer que a posse qualificada do bem é a expressão concreta da função social da propriedade, ou, melhor definindo, “posse-conteúdo do direito de propriedade regularmente exercido”³¹⁸.

Esta pequena expressão promove uma verdadeira revolução conceitual entre os dois institutos, levando-os para novos prismas, forçando-os a abandonar qualquer resquício que não os valores sociais e os objetivos de justa distribuição de recursos, objetivos constitucionais e, portanto, vetores que necessariamente devem ser perfilhados.

Os conceitos e axiomas trazidos pela Constituição Federal de 1988 estão alinhados com o conteúdo construídos pelas Teorias Sociológicas da posse³¹⁹, que se particularizam pelo esforço em demonstrar a evolução e autonomia deste instituto frente a propriedade e o rompimento com a dogmática privatista da posse nos dias atuais. Um dos seus porta-vozes, Hernandes Gil, preceitua a relação intrínseca entre posse e sua função social, colocando-a como mecanismo essencial para a justa distribuição de recursos entre a coletividade³²⁰. E, assim, quando o mesmo autor diz que o fundamento da posse repousa sobre a garantia da segurança jurídica, de modo a impedir que se altere injusta e ilegitimamente uma situação de fato, não está se referindo à posse como mero desdobramento da propriedade, como um exercício fictício, mas sim atos concretos perpetrados por aqueles que a exercem.

Outra correlação que a doutrina faz do requisito da função social da propriedade com a posse é que, diante do descumprimento da primeira, a proteção possessória fica completamente inviabilizada. Este é o entendimento de Fábio Konder Comparato, que afirma que há perda de todas as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse,

³¹⁶ Foi na Constituição de 1967 que a função social foi elevada a princípio constitucional. De todo modo, foi na Constituição de 1988 que a função social da propriedade ganhou relevante destaque, seja como elemento intrínseco à propriedade (art. 5º, inciso XXIII), seja como princípio da ordem econômica (art. 170).

³¹⁷ZAVASKI, Teoria Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no novo Código Civil. In: *Direito e Democracia*. vol. 05, n. 1, ano 2004, p. 8.

³¹⁸TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 345.

³¹⁹ Novas teorias da posse defendem o seu caráter social da posse, compreendendo-a como fator social, ou relacionando-a a apropriação econômica do possuidor, ou mesmo, ao cumprimento da função social e, portanto, como recursos da coletividade. São os principais expoentes das Teorias Sociológicas da posse: Perozzi, Saleilles e Hernandez Gil.

³²⁰ “La “función social”, encarecida respecto de la propiedad desde tantos puntos de vista ideológicos, corrige y modera su organización individualista y liberal, dando entrada al interés colectivo” (*La Función Social de la Posesión*. Madrid: Alianza Editorial. 1969, p. 8).

seja o desforço imediato, seja as ações possessórias³²¹. No mesmo sentido, Eros Grau, para quem a proteção possessória tem como pressuposto o cumprimento da função social da propriedade³²².

Posse e propriedade são, portanto, dois institutos autônomos, sem dúvida alguma. Mas, adotada uma interpretação constitucional coerente com os valores de justiça social, podemos dizer que há, entre eles, uma relação de complementariedade³²³, um diálogo harmonioso, pois devem concorrer para os mesmos objetivos (art. 3º, CF/88).

Saindo da teoria e passando a nos focar em nossa realidade social, podemos afirmar que boa parte da população brasileira que tem acesso a algum bem imóvel, apenas tem a sua posse e não a propriedade. Várias são as causas, mas nos limitamos a trazer três principais: ignorância da população quanto à forma de transmissão de propriedade, entraves burocráticos para proceder à escritura pública e ao registro imobiliário³²⁴ e, por fim, limitações econômicas, já que ter um título registrado no Brasil custa muito caro³²⁵. Este contexto nos leva até mesmo a afirmar que o regime jurídico da propriedade cartorial está absolutamente desconexo com o contexto de nosso país e parece ter sido construído de olhos fechados para a realidade. A posse, por outro lado, nos é muito valiosa para regulamentar as relações sociais, e, como norma de comportamento, deve ser apta a franquear segurança jurídica e pacificação social.

Tem-se, portanto, no aspecto fundiário, que o direito à moradia e a terra produtiva para o trabalho se perfaz, na ampla maioria dos casos, pela posse e não pela propriedade. Apenas olhando para os dados da realidade é que poderemos ter a real dimensão da importância que a posse exerce perante nossa sociedade e para a concretização dos direitos fundamentais. A posse está estreitamente relacionada às necessidades vitais das pessoas³²⁶, portanto, bem mais próxima dos direitos de personalidade do que aos direitos patrimoniais.

³²¹ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 145.

³²² GRAU, Eros. Parecer. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 201.

³²³ “Fenômenos jurídicos autônomos, posse e propriedade convivem, de modo geral, harmonicamente, em relação de mútua complementariedade, refletindo, cada um deles, princípios constitucionais não excludentes, mas, ao contrário, também complementares um do outro” (ZAVASKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil. In: *Direito e Democracia*. vol. 05, n. 1, ano 2004, p. 9).

³²⁴ Artigo 108 e 1.226 do Código Civil.

³²⁵ Encampamos a doutrina de Eusébio Carvalho. Direito à Propriedade: do discurso à realidade. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil*. O Direito Civil Constitucional em Concreto. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 273-286.

³²⁶ FACHIN, Luiz Edson. O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil: O Direito Civil Constitucional em Concreto*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 270.

É o que se conclui quando se analisa este instituto sob a perspectiva do Direito Agrário. Por este ramo do direito, a posse, assim como a propriedade, têm uma finalidade sociológica clara, que é o atendimento às necessidades vitais, não apenas de seu titular, portanto, dos cidadãos que vivem nas áreas rurais, mas também da humanidade em geral. E é com os olhos voltados sob este prisma há necessidade de frisar que a perspectiva e normativa adotada no Direito Agrário seja aplicada aos conflitos possessórios coletivos, em detrimento do conteúdo meramente privatista e patrimonialista da posse e propriedade do Direito Civil³²⁷. Neste caso, elementos como função social da propriedade (portanto, a aferição da produtividade do imóvel *sub judice*) e preceitos sobre reforma agrária e seus instrumentos correlatos devem também ser integrados à discussão judicial³²⁸. E, em assim fazendo, a discussão transcende os interesses das partes processuais para abranger toda a sociedade.

Esta mesma intelecção pode ser transposta aos conflitos fundiários no meio urbano. Isso porque as normas do Estatuto da Cidade, como outrora apresentado, trazem novos ingredientes às discussões, como aquelas pertinentes ao planejamento urbano para a garantia de cidades sustentáveis, ordenação e controle do solo, exigindo-se a utilização adequada dos imóveis e prestigiando a reforma agrária, gestão democrática dos recursos urbanos, garantia e respeito ao direito à moradia, entre outros. Assim, novos institutos necessariamente devem ser colocados em discussão, de forma a transcender ao debate posse-propriedade nos moldes tradicionais.

No entanto, o direito material está, da mesma forma que o processo, suscetível à ideologia dominante e aos fatores externos, que não necessariamente comungam do bem comum. Em outros termos, não são apenas os valores ético-normativos que determinam a conformação dos direitos. A cultura consumista e capitalista são importantes componentes, mormente quando o assunto em pauta é propriedade. Como discorre enfaticamente Boaventura, “a legitimidade da propriedade privada, independente da legitimidade do uso

³²⁷“A definição civilista que assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, bem como reavê-los de quem quer que injustamente os possua, não permite a exata compreensão da noção do direito de propriedade rural, porque não leva em consideração a natureza específica da terra, seu caráter sociológico, enfim, sua finalidade social, desconsiderando o cumprimento da distinção natural da terra, que visa ao atendimento das necessidades sociais e econômicas, não apenas do seu titular, mas da humanidade em geral. Pressupõe, a legislação civilista, a noção de terra essencialmente como um bem de valor, em que a salvaguarda do direito do proprietário está no seu título” (PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A Teoria da Função Social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. *In*: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 119).

³²⁸ STROZAKE, Juvelino. *A Função Social da Propriedade Rural sob a ótica dos direitos difusos e coletivos*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, p. 19.

da propriedade” é resultado da postura ideológica do individualismo possessivo que “induz o desvio das energias sociais da interação com pessoas humanas para a interação com os objetos, pois mais facilmente apropriáveis que as pessoas humanas”³²⁹.

Como visto, a propriedade, como símbolo de uma sociedade capitalista, ainda está arraigada em nossa cultura, com reflexos diretos não apenas nas relações privadas, como também nas atividades estatais. Neste ponto, há que se reconhecer que a base ideológica pouco mudou do conteúdo de Savigny e Ihering ou mesmo dos caracteres que conformavam a propriedade no Direito Romano, parecendo haver “uma resistência passiva a esse impulso de progresso”³³⁰, principalmente nos Tribunais. E é com esta carga e força valorativa que assistimos a uma blindagem aos preceitos constitucionais destes dois institutos na jurisprudência, em verdadeiro contraste, por exemplo, com a evolução do Direito de Família, ramo do direito em que houve avanços significativos em direção aos direitos fundamentais constitucionais³³¹.

E, assim, o conceito de posse e, conseqüentemente, dos remédios jurídicos para protegê-la, mantém-se em uma querela interminável, sem qualquer possibilidade de se compatibilizar os dogmas oitocentistas com os preceitos e princípios trazidos por nossa Constituição atual. E, enquanto se aguarda uma definição razoável do que se espera deste instituto, a terra vai sendo ocupada por aquisição baseada na capacidade econômica do proprietário, aumentando, cada vez mais, a desproporção entre o poder do mercado de terras e o poder das necessidades sociais dos não proprietários³³².

4.3.2. *Perspectiva crítica sobre o Procedimento Especial Possessório*

³²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pelas mãos de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994, p. 321.

³³⁰ ANDRADE, Adriano de Azevedo. *O Fundamento da Proteção Possessória*. BH: Imprensa da Universidade de Minas Gerais, 1964, p. 1.

³³¹ Esta percepção é de Joaquim Távora Alfonsin. “Outros direitos subjetivos, quando confrontados com direitos alheios, já obtiveram renovação histórica, até mesmo antes de entrarem em vigor as leis que modificaram sua disciplina, pressionados pela simples evolução na jurisprudência. O direito de família, em matéria de sociedade de fato e união estável, os direitos do consumidor antes da promulgação do Código respectivo, são exemplos mais à mão” (ALFONSIN, Jacques Távora. Os Conflitos Possessórios e o Judiciário. Três reducionismos processuais de solução. In: STROZAKE, Juvelino José (coord.). *O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 282).

³³² ALFONSIN, Jacques Távora. A Força Normativa das Necessidades frente ao Direito de Propriedade. Apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). *Questões Agrárias*. Julgados comentados e Pareceres. São Paulo: Método, 2002, p. 16.

4.3.2.1. Procedimento Especial das Ações Possessórias: tradição procedimental e reminiscências históricas

Como outrora adiantado, os debates que antecederam à consolidação do Novo Código de Processo Civil versaram sobre a pertinência de se manter ou não os procedimentos especiais. A proposta de permitir a *flexibilização procedimental* pelo próprio órgão julgador, ou, ainda, pelas partes³³³, com vistas a adaptar o procedimento às peculiaridades da causa e à generalização da tutela provisória, eram, segundo alguns³³⁴, suficientes para garantir que qualquer direito fosse tutelado de forma efetiva pelo procedimento comum, infirmando as bases para uma diferenciação entre os procedimentos³³⁵. Daí a discussão sobre a necessidade de se manter procedimentos diferenciados para a tutela de determinados direitos, diante desta nova proposta legislativa.

Estes mesmos argumentos também colocavam em xeque a existência dos procedimentos especiais possessórios. Afinal, a cláusula geral da antecipação da tutela infirmou a base que sustentava a especialidade do procedimento das possessórias nas ações de *força nova*, já que o que o tornava diferenciado era justamente a possibilidade de tutela satisfativa liminar nos casos em que a violação tivesse ocorrido em menos de um ano e dia³³⁶. Foi por esta razão que o Anteprojeto da Comissão Especial de juristas nomeada pelo Senado chegou a decidir pela exclusão do procedimento especial das possessórias³³⁷.

³³³ Cuida-se da flexibilização voluntária (art. 190, CPC).

³³⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os Procedimentos Simplificados e Flexibilizados no Novo CPC. In: MACEDO, Lucas Buril de. [et. al.] (Org.). *Coleção Novo CPC*. Parte Geral. Jus PodiVm: Salvador: 2016, p. 662.

³³⁵ A “Exposição de Motivos” do Anteprojeto do NCPC no Senado, elaborada por uma Comissão de Juristas, assim justifica a extinção de vários procedimentos especiais do CPC/73: “Ainda na vigência do Código de 1973, já não se podia afirmar que a maior parte desses procedimentos era efetivamente especial. As características que, no passado, serviram para lhes qualificar desse modo, após as inúmeras alterações promovidas pela atividade de reforma da legislação processual, deixaram de lhes ser exclusivas. Vários aspectos que, antes, somente se viam nos procedimentos ditos especiais, passaram, com o tempo, a se observar também no procedimento comum. Exemplo disso é o sincretismo processual, que passou a marcar o procedimento comum desde que admitida a concessão de tutela de urgência em favor do autor, nos termos do art. 273.

³³⁶ Bruno Dantas, que integrava a Comissão Especial de Juristas para reforma do CPC destacou: “Tivemos o cuidado de olhar o Código com uma percepção moderna e identificar o que não mais faz sentido ser disciplinado pelo CPC. Por exemplo: as ações possessórias estavam dentre os procedimentos especiais. Elas faziam sentido antes de 1994, quando não era permitido ao juiz que concedesse liminares. Agora, por que uma antecipação de tutela, quando juiz pode dar uma tutela de urgência em qualquer caso. Não fazia mais sentido termos um procedimento de ações possessórias, então vamos eliminá-lo” (Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-03/entrevista-bruno-dantas-ministro-tcu-professor>. CONJUR, maio de 2010. Acesso em 10/03/2018).

³³⁷ Cf:

<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=11&seqPaginaInicial=524&seqPaginaFinal=524>.

No entanto, no anteprojeto que foi efetivamente encaminhado para o Congresso Nacional, o capítulo das possessórias reaparece, sem alterações expressivas em relação ao código anterior. Sofre algumas inclusões na Câmara, mormente no que pertine aos litígios coletivos de posse, impulsionadas pela pressão de parlamentares ligados aos movimentos sociais, sendo tais acréscimos acolhidos na casa revisora. E, assim, as possessórias, enquanto procedimento expressamente diferenciado, resistiram, mantendo, repisa-se, grande parte das normas do código processual anterior, portanto, com alterações bastante tímidas.

A princípio, o fundamento de sua manutenção parece ser compreensível: o seu objeto, a posse, justamente por se tratar de direito tão valioso à sociedade atual, serve de amparo para a especialidade do procedimento.

A assertiva acima lançada procede a depender da perspectiva que se analise a questão. Se partirmos de uma visão constitucional de *posse*, como outrora exposto, a instituição de um procedimento diferenciado, com técnicas aptas a tornar a tutela da posse mais efetiva, de fato, tem razão de ser, pois, neste caso, estará a serviço das necessidades humanas básicas³³⁸, como trabalho e moradia, direitos, portanto, extrapatrimoniais e fundamentais. Aliás, se o procedimento possessório se deixar permear pelos valores da *função social da propriedade*, que tem a posse a chave condutora, podemos dizer que está eticamente orientado, e, enquanto meio integrativo de uma decisão justa, seu método adaptado, com a devida ponderação entre celeridade e eficiência, poderá concorrer para os fins sociais e para os resultados substancialmente justos, exatamente como esperam os processualistas contemporâneos. O procedimento especial possessório seria então “justificável em face da absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional, e até lesivo, adotar-se na sua inteireza o procedimento ordinário”³³⁹, em razão do valioso valor da posse, como forma de atender a direitos fundamentais.

Mas, antes de festejar a manutenção dos procedimentos especiais possessórios como instrumento processual capaz de garantir a posse enquanto fato e direito qualificado pelas necessidades humanas mais básicas, importante se faz uma análise sobre a evolução histórica dos institutos e, posteriormente, uma investigação crítica sobre a forma como vem sendo manejadas as ações possessórias, com vistas a aferir se, realmente, é nos trilhos proclamados pelos processualistas atuais que elas estão perfilhando.

³³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Salvador: JusPodiVm, 2007, p. 110.

³³⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. *In: Artigos e Ensaios*. Salvador: Jus PodiVm. vol. 2, 2016, p. 206.

Primeiramente, passemos à análise histórica. Se o conceito sociológico de posse é recente e espelha os influxos constitucionais do Estado Democrático de Direito e o procedimento é, por excelência, o canal de comunicação entre direito e processo, chama atenção o fato de que as ações possessórias descritas no Código de Processo Civil de 2015 ainda contenham vasta reminiscência dos interditos do Direito Romano, que ainda reproduzam regras datadas das Ordenações Lusitanas sem qualquer reflexão com o contexto atual e, ainda, que mantenham uma concepção da proteção possessória intimamente relacionada à propriedade, exatamente como ocorrida no Estado Liberal, em que a propriedade tinha valor absoluto. Nem mesmo por ocasião da recente revisão do Código de Processo Civil, que optou por manter as ações possessórias, despertou-se o interesse em promover reformas importantes para que o processo efetivamente estivesse mais adaptado ao direito material da posse, mormente diante das novas concepções constitucionais que lhe garantiram uma proximidade com as necessidades sociais. Repisa-se que algumas modificações foram feitas, mas se preservou grande parte das normas do CPC/73, o que reforçou o discurso sobre a desnecessidade da existência do procedimento diferenciado.

Iniciamos com uma afirmação ainda comum na doutrina atual de que um dos efeitos da posse é a sua proteção possessória³⁴⁰. Esta afirmação revela-se um retorno injustificável à compreensão imanentista da *actio* do Direito Romano, quando então ação e direito material representavam um único fenômeno e, portanto, os interdictos eram compreendidos como consequência da posse. No Direito Romano, a *possessio ad interdicta* representava o efeito primordial da posse contra turbação indevida e arbitrária³⁴¹. Malgrado o fato de que as disposições do próprio Código Civil em vigor sugiram este efeito³⁴², não há mais, no contexto metodológico e científico do Processo Civil, como aceitar que a ação se confunda com o direito material que lhe é subjacente. Como já exposto, evoluímos cientificamente a tal ponto que a afirmação mostra-se um retrocesso absoluto³⁴³. Como

³⁴⁰ “De todos os efeitos da posse, o mais importante é a proteção possessória” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52).

³⁴¹ MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Milesi, 1981, p. 113.

³⁴² Artigo 1.210 e 1.211 do Código Civil/02.

³⁴³ Maria da Silva Varela Coelho não vê sentido à crítica, pois, para ela, proteção possessória faz parte do direito material e se constitui a partir do momento em que a posse é ofendida ou ameaça. Assim, não se identifica com as ações possessórias, que integram o plano do Direito Processual (A Extinção do Procedimento Especial nas Ações de Reintegração e de Manutenção de Posse: causa e consequências. *In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/MARINA%20DA%20SILVA%20VARELA%20COELHO-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em 18/09/2017).

esclarece Antônio Marcato, “a proteção possessória, a ser buscada mediante a propositura da ação adequada, *não é feito da posse*, representando, sim, a *tutela jurisdicional* almejada pela parte”³⁴⁴. Podemos admitir que as ações possessórias revelam-se “faixas de estrangulamento” entre o sistema material e processual³⁴⁵ ou “pontes de passagem entre o direito e processo”³⁴⁶, mas a autonomia do último em relação ao primeiro não cabe mais questionamento. A posse é um importante fenômeno processual e, dela, decorrem inúmeras consequências jurídicas, como a usucapião, a concessão de uso especial para fins de moradia (MP 2.220/01)³⁴⁷, ou, mesmo, recentes institutos, como a legitimação fundiária e a legitimação da posse, institutos, aliás, que sequer dependem de chancela judicial. A proteção possessória por meio dos interditos, por sua vez, garante, ou melhor, deve garantir, a higidez da posse e dos direitos que dela decorrem, que, por uma interpretação constitucional, se mostra tão próximos às necessidades sociais³⁴⁸.

No Direito Romano, a proteção possessória, concedida por meio dos interditos (*interdicta*), tratava-se de um processo especial baseado no poder de mando do pretor, caracterizado pela maior rapidez e simplicidade em comparação com as ações do processo formular. O escopo dos interditos possessórios era proteger o possuidor contra turbação ou perda indevida de sua posse. Havia interditos contra a turbação da posse (*interdicta retinendae possessionis causa*) e interdito para a recuperação da posse perdida (*interdicta recuperandae possessionis causa*)³⁴⁹.

A possibilidade de uma decisão sumária, inclusive com a possibilidade de oferecer efeitos imediatos aos interditos, faz dos interditos romanos, segundo a doutrina³⁵⁰, a origem

³⁴⁴ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 117.

³⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50.

³⁴⁶ Como nos explica Dinamarco, há situações concretas de conflitos em que se percebe uma proximidade muito significativa entre certos institutos francamente processuais e a situação de direito substancial que deve atuar. Cuida-se, segundo o autor, de instituto bifrontes, “(...) são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material e – o que é mais importante – de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre si e com os bens da vida” (*Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46).

³⁴⁷ Importante o registro de que o artigo 1º dispõe sobre a expressão “possuir”: “Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.

³⁴⁸ A posse representa o reconhecimento de um fato, ou seja, a anterioridade do ser sobre o dever ser (HERNANDEZ GIL, Antônio. *La Función de la Posesión*. Madrid: Alianza, 1969, p. 13).

³⁴⁹ MARKY, Thomas. *Curso Elementar do Direito Romano*. São Paulo: Milesi Editora Ltda., 1981, pp. 113-114.

³⁵⁰ José Roberto dos Santos Bedaque diz ser possível uma comparação entre os procedimentos de cognição sumária e os interditos do processo romano. Neste último caso, admitia-se a ordem liminar, até mesmo sem

da tutela de urgência (cautelar e antecipatória) atual, já que, da mesma forma, também tinham o fim de reestabelecer uma situação violada. E, assim, o que se verifica é que os interditos do Direito Romano assumiram por muito tempo o papel de assegurar a paz social e de proteger a integridade do ser humano, exigindo um aperfeiçoamento constante ao longo da história romana³⁵¹.

Sobre a técnica de cognição sumária, é possível observar que o prazo de ano e um dia, que serve como um divisor entre posse de força velha e nova em nosso ordenamento jurídico atual, com implicações na dinâmica processual, também encontra raízes no Direito Romano. Tal lapso temporal era condição para o exercício do interdito *retinendae utrobi*, que se destinava à proteção da turbação de bens móveis. Compreendia-se que o prazo de um ano e dia, sem a manifestação do possuidor ofendido, estabilizava a posse em favor do réu, a ponto de afastar a proteção antecipada em favor do possuidor ofendido³⁵². O prazo também encontra raízes no Direito Germânico medieval, mais especificadamente, no instituto da *Gewere*, equiparada, segundo a doutrina, à posse romana. Se a *Gewere* perdurasse por um ano e dia, viabilizava a aquisição da *rechte Gewere*³⁵³.

A sumariedade da proteção possessória em favor do possuidor que tivesse sido esbulhado em sua posse há menos de um ano e um dia foi transposta para o Direito Português, nas Ordenações do reino. Havia dispositivo expresso autorizando à recuperação de início a posse, ordem a ser concedida pelo juiz, sem maiores delongas. O prazo de um ano e um dia também fez parte da histórica do Direito Português, constando expressamente nas Ordenações Afonsinas como critério de definição de foro em que seria julgado o processo³⁵⁴.

Em relação à nossa legislação, este prazo foi inserido expressamente no Código Civil de 1916 para diferenciar posse nova de posse velha, conferindo-se a possibilidade de

a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações do autor, feitas conforme o édito. Este procedimento diferenciava-se dos direitos obrigacionais, que versavam sobre as indenizações e eram amparadas pelas *actio*. Neste último caso, havia contraditório pleno desde o primeiro momento, não era admitida a emissão de mandado e a atividade cognitiva era privada (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-31).

³⁵¹ ARAÚJO, Fábio Caldas. *Posse*. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2007, p. 12.

³⁵² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 288.

³⁵³ JACOB NETTO, Fernando. *Tutela Processual da Posse*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013, p. 153.

³⁵⁴ BRAGA, Luiz Guilherme. A posse de ano e dia no Direito Hispânico Medieval. In: *Boletim de Direito de Coimbra*. Disponível em https://www.uc.pt/fduc/corpo_docente/galeria_retratos/braga_cruz/pdf/doutrina_bc_vol_XXV_1949.pdf. Acesso em 24/09/2017.

conceder liminar à primeira³⁵⁵. Passou também a constar no Código de Processo Civil de 1973³⁵⁶ e acabou por ser mantido no código processual de 2015³⁵⁷.

Da mesma maneira, a vedação à exceção de domínio, técnica de limitação do espectro cognitivo nas possessórias, também tem suas raízes históricas. O que a doutrina denomina atualmente de “técnica de cognição parcial”³⁵⁸ já era defendida por Ihering diante das dificuldades existentes à época para se provar o domínio. Portanto, a regra foi cunhada com o claro escopo de proteger o proprietário, evitando, assim, que ele perdesse o seu benefício da sumariedade do procedimento³⁵⁹ para a defesa deste bem tão prestigiado e que tinha conotação absoluta naquele momento da história.

Preconizado justamente nesta concepção de posse cunhada por Ihering, o art. 505 do CC/16 dispunha que “não obsta à manutenção ou reintegração de posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”. Posteriormente, o artigo 923 do CPC dispôs ser defeso intentar ação de reconhecimento de domínio pelo autor ou réu, ressaltando, entretanto, “que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio”. Tais artigos não deixavam dúvidas de que a propriedade deveria se sobrepor à posse.

A Lei 6.820/80 acabou por suprimir a segunda parte do art. 923 do CPC/73, eliminando, por fim, a *exceção de domínio* de nosso ordenamento jurídico, o que foi mantido no atual art. 557 do CPC³⁶⁰ atual. Ainda assim, e com base na influência histórica do instituto, não é difícil encontrar vozes que defendem que a *exceptio domini* pode ser suscitada quando com fundamento no domínio for disputada³⁶¹ ou, até mesmo, que poderá emergir nas ações possessórias nos casos em que a posse se apresenta duvidosa ou insuficiente para autorizar o julgamento apenas fundado neste instituto³⁶².

³⁵⁵ Artigo 507 CC/16.

³⁵⁶ Artigo 508 do CC/16

³⁵⁷ Artigo 558 do CPC.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

³⁵⁹ JACOB NETO, Fernando. *Tutela Processual da Posse*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013, p. 191.

³⁶⁰ “Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor, quanto ao réu, propor ação de reconhecimento de domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa. Parágrafo único: “Não obsta à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de propriedade ou de qualquer outro direito sobre a coisa”.

³⁶¹ MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Altas, 2016, pp. 121-122. Neste mesmo sentido, o seguinte julgado: REsp 671115-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 15.06.2005.

³⁶² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 189.

Deste modo, mesmo neste aspecto, que parece essencial para a separação definitiva entre posse e propriedade, não podemos falar em um rompimento com o passado, pois, ainda hoje, se insiste em subjugar a posse e sobrelevar a propriedade, em clara demonstração que a ideologia das concepções utilitarista e absoluta deste direito ainda está impregnado densamente em nossa sociedade.

Por este breve esboço histórico, podemos concluir que o modelo de proteção processual possessória atual está bastante arraigado na cultura do Direito Romano e do Estado Liberal, inclusive com a reprodução de inúmeros institutos e até lapsos temporais daqueles momentos histórico. Por certo que, não só a tutela possessória, mas todo o nosso ordenamento jurídico em vigor tem forte influência histórico-dogmática³⁶³, o que, a princípio, não parece ser negativo, pois a nossa conjuntura hodierna é fruto das contribuições oferecidas pelas civilizações anteriores, ou seja, somos fruto de uma construção histórica.

Todavia, evolução representa justamente um movimento de aprimoramento das boas técnicas e também de descarte daquilo que não mais tem funcionalidade, daquilo que racionalmente não mais serve aos fins propostos e de um movimento progressivo e prospectivo em direção a resultados mais efetivos e, principalmente, mais justos, à luz da realidade e dos valores que pairam no momento atual. Como dissemos no início deste trabalho, os conflitos fundiários acompanharam a história do homem, mas, por certo, que não permaneceram os mesmos das civilizações antigas, tampouco se mantiveram os mesmos da época oitocentista. Assim como também nosso parâmetro normativo mudou radicalmente e não há como comparar conceitos de propriedade e posse do Direito Romano e do Estado Liberal com o paradigma normativo atual. Se proclamamos que estamos imersos sob novos valores, principalmente trazidos pelos influxos da Constituição de 1988, precisamos fazer uma análise crítica à luz destes novos valores, caso contrário, evolução não há.

Posto isso, pode-se afirmar que nada justifica que o procedimento especial das possessórias não tenha sido objeto de paradigmáticas transformações, principalmente diante da revisão das normas processuais por ocasião do novo código. Bases sociológicas, e até normativas não faltam para impulsionar uma significativa reforma das ações possessórias, considerando que estas representam o instrumento mais comum para se veicular os conflitos fundiários. Demonstramos já neste trabalho que tais conflitos estão na

³⁶³ Não só o sistema jurídico romano que influenciou as ações possessórias, mas o germânico e canônico.

ordem no dia, na agenda de todos os Poderes. Mas tal clamor social não parece ter sido suficiente para sensibilizar as normas processuais civis a ponto de dar contornos mais humanísticos ao procedimento de posse, seja no seu delineamento legislativo, seja na sua aplicação.

Se não há interesse em melhor lapidar este procedimento especial para, de fato, sucumbir às necessidades sociais, qual a razão de mantê-lo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a flexibilização procedimental do procedimento ordinário, a autoexecutoriedade ampla das decisões judiciais, o sincretismo processual, a generalização da tutela de urgência e evidência? Se a premissa da existência de procedimentos especiais descritos em lei é a excepcionalidade, ou seja, encontra respaldo apenas quando o procedimento comum se mostrar completamente inadequado para o tratamento da matéria que lhe é subjacente, qual o fundamento para manter a especialidade de tal procedimento e, ainda, não realizar uma reforma importante de suas normas para se adequar a um conceito de posse mais próximo a direitos fundamentais, como direito à terra e à moradia?

Na doutrina, encontramos uma resposta: por apego irracional à tradição. Adroaldo Furtado Fabrício afirma que “o peso da tradição histórica, com as complicações e incongruências decorrentes de múltiplas fontes de influência, nem sempre coesas e entre si coerentes”, é um dos fatores que leva os legisladores à instituição de procedimentos diferenciados³⁶⁴. Neste mesmo sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica cita as possessórias de *força nova* como exemplo de apego injustificado a tradições históricas, assegurando que a sua previsão legislativa nada mais é do que reminiscências das Ordenações Afonsinas³⁶⁵.

Sob os auspícios dos valores do *instrumentalismo substancial*, do *formalismo valorativo*, do *neoprocessualismo* parece difícil justificar que o processo civil contemporâneo ainda se mantenha fulcrado numa irracional tradição, principalmente quando contrastado com o quadro sociológico dos conflitos fundiários, que, no momento atual, chama a atenção e à responsabilidade todos os Poderes constituídos e da própria sociedade, como outrora demonstrado. Manter um procedimento por mera tradição também vai de encontro aos princípios do Novo Código de Processo Civil, que traz a proposta de

³⁶⁴ O autor cita ainda outros fatores; razões de conveniência momentânea e local, com caráter emergencial; impaciência do legislador frente à morosidade do aparelho judiciário em contraste com a pressão da demanda social; eventual interpenetração, em um mesmo processo, de elementos de diversas modalidades de tutela jurisdicional (*Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf). Acesso em 20/09/2017).

³⁶⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. In: *Revista de Processo*. vol. 208. São Paulo: RT. Junho/2012, p. 61 (nota de rodapé 33).

tornar o processo civil menos burocrático, mais simples, mais racional, mais célere, mais efetivo e mais justaposto às necessidades sociais.

Fato é que a manutenção das possessórias em nosso ordenamento jurídico desborda a mera formalidade de atos neutros e burocráticos. Em outros termos, não se trata de um procedimento especial despiciendo e sem funcionalidade, fruto apenas de uma reprodução irracional e impensada da tradição histórica. Muito ao contrário, cuida-se de um resquício histórico intencionalmente preservado: ao final, o seu real escopo é a defesa do domínio, assim como ocorria na vigência do Estado Liberal.

Sensível a este fenômeno, a doutrina, há certo tempo, vem denunciando o fato de que o procedimento especial das ações possessórias se trata apenas de um instrumento a serviço do direito de propriedade:

A experiência tem nos mostrado que as ações de reintegração de posse ou de manutenção na posse são manejadas pelos proprietários que, de regra, preocupam-se em afirmar e demonstrar propriedade, para logo a seguir, sustentar posse com base na propriedade, o que de imediato se percebe, é exercida “solo animo, distante da realidade da posse, com o objeto de proteção de tutela imediata através da concessão da liminar³⁶⁶.

Em abordagem sobre a tutela possessória, Teori Zavascki afirmou que, pela análise da jurisprudência, é possível depreender que se tem privilegiado, de modo geral, a garantia do direito de propriedade³⁶⁷. Misael Montenegro Filho também compartilha desta visão, que, segundo ele, pode ser extraída facilmente da dinâmica forense, reforçando que as possessórias são usadas no lugar das reivindicatórias, estas sim, baseadas no domínio, mas sem as prerrogativas do procedimento especial³⁶⁸.

Estas ações, de clara natureza petitória, mas travestidas de tutela da posse, trazem em seu bojo como fundamento da pretensão inicial o título de propriedade, que parece ter força de abstração da realidade e das peculiaridades do caso, ainda que se trate de um conflito de espraiada repercussão e que esteja delineado por diversos fatores sociológicos de alta complexidade. Nesta linha, Jacques Távora Alfonsin:

A primeira coisa que chama a atenção de qualquer um em matéria de lei e sentença relacionada com os conflitos fundiários é o grande poder de

³⁶⁶ TORRES, Marcos de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 332.

³⁶⁷ ZAVASKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil. In: *Revista Direito e Democracia*. vol. 05. N. 1. Canoas. 1º semestre 2004. p. 21 (pp. 07-28).

³⁶⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Ações Possessórias no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

abstração que qualquer intérprete da realidade ou do ordenamento atribui ao título de propriedade, para a solução do caso³⁶⁹.

Para o autor, a “opacidade que a matrícula do imóvel levanta contra o conhecimento empírico do espaço disputado, chega a um nível que, por ele, ninguém obtém a mínima pista sobre o uso que o proprietário faz da coisa que é titular”³⁷⁰. E, com base nestes títulos, proferem-se as denominadas “sentenças cartoriais”, ou seja, decisões judiciais que, privilegiadamente, acolhem o título de propriedade como fundamento para se reivindicar a posse³⁷¹, no bojo de procedimentos especiais possessórios. Por certo uma contradição em termos, pois justamente a sua função é de se diferenciar das ações petitórias, por resguardar bem jurídicos distintos.

Há, ainda, quem justifique que a manutenção do procedimento especial das ações possessórias reforça a paz social e serve de desestímulo para a prática de atos de turbação e esbulho, atuando como um escudo contra a morosidade do Poder Judiciário³⁷². A resposta somente é verdadeira se há efetiva análise, no caso concreto, da referida turbação e do esbulho da posse anteriormente exercida. No entanto, o que se verifica nas decisões dos Tribunais é que a turbação, o esbulho ou a ameaça são atos ilícitos analisados sob a perspectiva do domínio e não perpetrados contra a posse, enquanto fato e direito constitucionalmente assegurado. Em última análise, tutela-se, neste caso, o direito da propriedade por meio das ações possessórias, da mesma forma como defendia Ihering.

Portanto, com apoio na doutrina e pesquisas realizadas sobre o tema, podemos afirmar que, assim como no Direito Romano e na mesma linha da proteção possessória defendida por Savigny e Ihering, estas últimas forjadas sob os valores liberais, as possessórias são comumente utilizadas para a defesa estrita do domínio, como tentativa de recuperar a posse de quem nunca ou deixou de exercitar há muitos anos³⁷³. Assim, há claro desvirtuamento de um procedimento especial para a tutela da propriedade e não da posse, vez que a causa de pedir está embasada no título dominial e nas normas que dele decorrem.

³⁶⁹ ALFONSIN, Jacques Távora. *O Acesso à Terra: como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 65.

³⁷⁰ Op. Cit., 65.

³⁷¹ PAOLLELLO, Renata Medeiros. *Conflitos Fundiários na Baixada do Ribeira: a posse como direito e estratégia de apropriação*. Tese apresentada à Universidade Estadual de Campinas. Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 1992, p. 183.

³⁷² JACOB NETTO, Fernando. *Tutela Processual da Posse*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 166.

³⁷³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Ações Possessórias no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

Como analisa a doutrina, os jurisdicionados preferem ajuizar ações possessórias por serem mais rápidas e efetivas ao seu direito, principalmente quando se referem à posse nova, não obstante a atual possibilidade generalizada de tutela de urgência³⁷⁴. Na verdade, os operadores do direito ainda compreendem as possessórias nos mesmos termos do período antigo e sob os dogmas construídos no final do século XIX. As concepções de Ihering parecem estar latentes no que se refere à posse e sua proteção processual.

Pode-se falar, do ponto de vista metodológico, que está havendo um nítido desvirtuamento do procedimento especial. Por outro lado, do ponto de vista histórico, trata-se apenas da manutenção da tradição, ou seja, manutenção do uso que se fazia em épocas passadas e que, até o presente momento, o processo civil tem falhado em superar.

Repisa-se que a responsabilidade não pode pairar apenas sobre o direito instrumental. Já salientamos a responsabilidade do direito material, vez que parte da doutrina ainda insiste em se manter preso à tradição e às concepções históricas, negando a realidade social e as mudanças no parâmetro normativo e constitucional. A reconhecida dificuldade em se definir o conceito de posse ao longo da história, bem como os valores liberais que propugnavam pela sobrelevação da propriedade enquanto direito absoluto, os quais encontram larga relevância nos dias atuais, funciona como uma força relevante para se manter o *status quo* da posse ao longo da história, mantendo-a como mero apêndice do direito de propriedade.

Outra variável importante que concorre para a ausência de sensibilidade no manejo dos procedimentos possessórios, retirando a possibilidade de tornar o procedimento sociologicamente orientado, é o perfil elitista do próprio órgão julgador, ou seja, da magistratura. Na obra “Corpo e Alma da Magistratura Brasileira”, fruto de pesquisa quantitativa realizada no ano de 1995, restou bem retratado o perfil da magistratura brasileira: ingresso de juízes extremamente jovens, e, portanto, sem experiências anteriores, advindos de famílias altamente escolarizadas e “desenraizadas”, ou seja, grande parte não está ancorada em nenhum segmento social em particular e, assim, não mantêm laços com camadas e classes bem definidas, o que faz com que a sua identidade seja construída com referência na própria corporação³⁷⁵.

Apesar de não nos apoiarmos, neste momento, em bases empíricas, podemos afirmar que a realidade sugere que as carreiras do sistema de justiça também apresentam

³⁷⁴ Op. Cit., p. 14.

³⁷⁵ VIANNA, Luiz Werneck. [et. al.]. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. *passim*.

este mesmo perfil, despido, portanto, de pluralidade social. Este retrato do perfil dos membros das instituições que operam o Direito concorre para a desrealização dos fatos objeto da controvérsia inserta na lide, à medida que retira da visão do juiz os fatores sociais e políticos que são extremamente importantes para a contribuição do Poder Judiciário na redução das desigualdades sociais e da pobreza da população. Daí decorre a investida do CNJ na própria formação do magistrado para os conflitos fundiários, como destacado no Capítulo 1.

Malgrado tais variáveis nada desprezíveis, o processo civil tem, sem dúvida alguma, sua parcela de responsabilidade. O procedimento especial da tutela possessória, que foi, em sua grande parte, preservado no Código de Processo Civil em vigor, ainda encontra lacunas que permitem que o procedimento funcione como a porta de entrada que conduz à defesa da propriedade, contribui para manter a ideologia da posse como mero apêndice da propriedade, assim como o instrumento se mostra bastante competente para compreender a posse estritamente pela lógica mercantil³⁷⁶.

Se partimos da premissa de que o processo civil também é elemento integrativo da concretização do direito material no provimento judicial, como outrora defendido, a responsabilidade por permitir uma construção liberal do conceito de posse certamente não é lhe exclusiva, mas, sem dúvida alguma, lhe é concorrente e, então, sua inefetividade e, conseqüentemente, a crise como método de solução de conflitos, no caso, dos conflitos fundiários. Como já afirmou Ovídio Batista, “no fundo, não seria o Direito Processual, como técnica de tratamento de conflitos sociais, que estaria submerso em uma crise irremediável, e sim a forma tradicional de processo civil, ainda muito ligada e dependente de conceitos e princípios herdados do Direito Romano”³⁷⁷. No que pertine às ações possessórias, podemos afirmar que nos mantivemos bastante dependentes do Direito Romano e dos preceitos do Estado Liberal, poucos foram os avanços e a técnica processual está em contramão aos escopos e princípios esperados por este Direito Processual justo e direcionado aos direitos fundamentais, como se espera de um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, a própria doutrina vem alertando, há tempos, que a armadura legal da proteção possessória tem respondido com relativa perfeição às necessidades do sistema

³⁷⁶ ALFONSIN, Joaquim Távora. *O Acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, p. 88.

³⁷⁷ BAPTISTA, Ovídio. *Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). São Paulo: RT, p. 100.

injusto de desenvolvimento do capital³⁷⁸. Ou seja, não estamos colhendo resultados socialmente justos por intermédio do processo civil, tampouco do procedimento especial destinado à proteção da posse.

É certo que, como visto, os entraves para isso também estão no próprio direito material, que insiste em se manter preso ao conceito de posse como apêndice do direito material. De todo modo, os procedimentos possessórios estão sendo usados em contramão às premissas subjacentes para a criação de procedimentos especiais, qual seja, a de adequar as regras inconvenientes e insuficientes para a prestação jurisdicional em face das peculiaridades do direito material³⁷⁹ e de corrigir as desigualdades sociológicas do conflito, buscando-se, assim, um maior equilíbrio e igualdade *no* processo.

Quanto ao primeiro aspecto, como demonstrado, o instrumento não está sendo efetivo para o resguardo da posse, em sua perspectiva civil-constitucional. Já no que pertine ao segundo escopo, tampouco o procedimento é justificável. Os obstáculos socioeconômicos enfrentados pelos possuidores dos assentamentos irregulares foram expostos no Capítulo 3 deste trabalho, com reflexos importantes ao direito de defesa. Afirmou-se, ainda, que também é de responsabilidade da ciência processual o enfrentamento de tais desigualdades e vulnerabilidades na esfera jurisdicional. Neste aspecto, sem embargos de outros institutos processuais, os procedimentos especiais têm clara responsabilidade de transformar o *locus* dos conflitos fundiários em mecanismo paritário para que se possa falar em procedimento justo. E, pela moldura normativa atual, não o fazem.

Como já afirmamos, a desigualdade real das partes reflete na decisão final do processo. E como proclama a doutrina, em nenhum tipo de processo a desigualdade entre as partes é tão flagrante quanto nas ações possessórias³⁸⁰. De um lado, estão os proprietários, regra geral, autores das possessórias. De outro, comumente no polo passivo da lide, estão os sem-teto, os lavradores sem-terra, com situação comparável aos grupos nacionais e étnicos marginalizados³⁸¹. Acirra ainda mais as distorções a moldura de um

³⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil: O Direito Civil Constitucional em Concreto*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 269.

³⁷⁹ SICA, Vitor Mendonça. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. In: *Revista de Processo*. vol. 208. jun, 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 63.

³⁸⁰ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *A Nova Proteção Possessória*. Disponível em <http://www.servulo.com.br/pdf/possessoria.pdf>. Acesso em 18/09/2017.

³⁸¹ Op. Cit., p. 2.

procedimento interindividual para instrumentalizar um conflito macropossessório, como será melhor analisado neste trabalho.

Sem dúvida alguma, é responsabilidade do Direito Processual Civil enfrentar os obstáculos processuais de acesso à justiça, mormente no que pertine ao direito de defesa. É certo que houve alterações no Código de Processo Civil de 2015, inclusive quanto ao objeto deste trabalho, que prende o seu olhar à defesa nos litígios fundiários coletivos. Mas, conforme se demonstrará a seguir e ao longo desta Tese, as mudanças foram tímidas e pouco impacto trouxeram para a melhor formatação do procedimento, frente aos obstáculos para aprimorar o fenômeno da construção do provimento jurisdicional.

Passemos a analisar as alterações legislativas a seguir pertinente ao objeto deste trabalho: litígio coletivo pela posse do imóvel.

4.3.2.2 Reflexões sobre as normas que regem o litígio coletivo de posse no Código de Processo Civil atual

A despeito da regulamentação pouco sistematizada, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao dispor sobre algumas normas atinentes às ações possessórias “em que figure no polo passivo um grande número de pessoas”, conforme preceitua o parágrafo primeiro do artigo 554, parágrafo primeiro, do CPC. Este parágrafo e os demais deste dispositivo estão todos relacionados a esta temática, o que é alvo de crítica na doutrina³⁸², pois, de fato, estão desconectados com o quanto regulamentado no *caput* do artigo, adequando-se melhor a um artigo autônomo. O Código volta a abordar o tema apenas no artigo 565, na Seção referente ao procedimento de manutenção e reintegração de posse. Neste caso, todo o artigo é destinado a regulamentar atos processuais atinentes a que o próprio dispositivo legal denominou de “litígio coletivo pela posse do imóvel”³⁸³.

Os dispositivos mencionados não constavam do Anteprojeto elaborado pela Comissão Especial de juristas nomeada pelo Senado³⁸⁴. Como já destacado, tal Comissão entendeu por bem, em um primeiro momento, excluir os procedimentos especiais das

³⁸² Para Adroaldo Furtado o parágrafo primeiro do artigo 554 do CPC se vestiria melhor de um artigo próprio, pois não guarda conexão temática com o *caput* (In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1517).

³⁸³ “No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º”.

³⁸⁴ A Comissão de Juristas para a elaboração do Anteprojeto se deu por ato do então presidente do Senado Federal José Sarney, pelo Ato 379, em 30 de setembro de 2009. Foram realizadas no total 13 reuniões e 8 audiências públicas.

possessórias do Anteprojeto³⁸⁵. Posteriormente, acabou por incluí-lo novamente, motivado após uma manifestação realizada em audiência pública, que mostrou receio em relação à extinção do procedimento especial para a posse de força nova, diante das inúmeras ocupações de propriedade que estavam ocorrendo pelo país³⁸⁶. Em análise às descrições dos debates realizados nas audiências públicas acompanhadas pela Comissão, a questão atinente à disciplina processual para regulamentar os procedimentos relativos às ocupações coletivas sequer foi aventada. E, assim, após algumas discussões, resolveu-se manter o procedimento especial possessório, sem qualquer alteração daquilo que constava no CPC/73, tampouco normas diferenciadas para o conflito coletivo pela posse. Posteriormente, o resultado da Comissão de Juristas foi convolado em Projeto de Lei 166/10.

Na verdade, a inserção destes dispositivos acerca do litígio coletivo de posse no debate sobre o novo código se deu em razão de pressão popular, quando do debate do Projeto do CPC na Câmara dos Deputados, o que já ocorria antes mesmo da discussão de um novo Código de Processo Civil. Em 2007, o Fórum Nacional de Reforma Urbana³⁸⁷, articulação nacional que reúne movimentos populares, enviou à Secretaria de Reforma do Poder Judiciário propostas de alteração relacionadas aos procedimentos possessórios, sendo que a grande maioria das propostas era destinada a regulamentar os conflitos coletivos de posse³⁸⁸. Em suma, as principais reivindicações da referida Frente eram: i) ampliação da atuação do Ministério Público para os conflitos coletivos urbanos; ii) exigência legal do cumprimento da função social da propriedade para nas ações possessórias; iii) audiência de justificação prévia, antes das decisões liminares de despejo nas ações possessórias coletivas. Tais propostas acabaram por ganhar fôlego quando da

³⁸⁵ A decisão sobre a extinção dos procedimentos especiais, em especial as possessórias, ocorreu logo na primeira reunião da Comissão de Juristas, constando da seguinte forma na ata: “Decisões acerca das proposições temáticas: 1- Fase anterior à elaboração da redação dos dispositivos - 2 – Procedimentos Especiais: b) Exclusão dos seguintes procedimentos especiais: ação de depósito, ações de anulação de substituição de títulos ao portador, ações possessórias, ação de nunciação de obra nova, ação de usucapião e ação de oferecer contas, compreendidos no processo de conhecimento” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Ata da 1ª reunião da Comissão de Juristas*, 2009).

³⁸⁶ “Ata da 8ª Audiência Pública Des. Mário Jorge Helton, sugeriu: Consolidação das normas extravagantes dentro do CPC, no que compatível com o processo legislativo. Contrário à eliminação da previsão de liminares nas ações possessórias de “posse nova”, especialmente com as grandes invasões de terra atualmente em voga” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Ata da 8ª Audiência Pública*, 2010).

³⁸⁷ O Fórum Nacional de Reforma Urbana é uma articulação nacional que reúne movimentos populares, sociais, ONGs, associações de classe e instituições de pesquisa com a finalidade de lutar pelo direito à moradia.

³⁸⁸ Disponível em <http://forumreformaurbana.org.br/manifesto-sobre-a-reforma-do-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 10/05/2017.

discussão do Novo Código de Processo Civil. Em diversos momentos do processo legislativo, houve mobilização social para que a normativa reivindicada fosse incluída na Câmara dos Deputados³⁸⁹. Por fim, malgrado a pressão social exercida, apenas parte das propostas acabou sendo acatada e inserida no CPC sancionado, e, mesmo assim, após intensa negociação entre os congressistas da bancada ruralista e a bancada ligada aos movimentos populares. Ao final do processo legislativo, com a sanção presidencial, os movimentos sociais externaram sua insatisfação com o que chamaram de vitória parcial³⁹⁰.

Neste aspecto, compartilhamos da opinião dos movimentos populares. O progresso legislativo parece ter sido mesmo parcial, pois, se por um lado houve avanços, por outro, pode-se dizer que tais avanços foram tímidos, mormente quando contrastados com a importância erigida pelos conflitos fundiários em diversas instâncias de Poder e da expectativa depositada na esfera judicial de que o litígio e o seu tratamento pudessem compreender integralmente o problema sociológico, com as complexidades inerentes ao fenômeno social.

De todo modo, deve-se reconhecer que, pela primeira vez, o Direito Processual não fechou os olhos para um fenômeno recorrente no âmbito judicial e que necessitava de uma melhor regulamentação para que o direito de defesa e seus corolários não ficassem subordinados apenas e tão somente ao casuísmo de interpretações judiciais. Neste sentido, houve alterações no procedimento especial das possessórias nos casos de litígios coletivos da posse. Considerando que os procedimentos especiais são, tradicionalmente, construídos e instituídos em favor do autor³⁹¹, pode-se falar até em uma sensibilização normativa, que teve o escopo de possibilitar um aprimoramento em relação às garantias processuais de uma pluralidade de réus, principalmente no que pertine à garantia do contraditório.

Se por um lado houve avanços quanto ao direito de defesa nos litígios coletivos de posse, por outro, mudanças essenciais nos procedimentos possessórios foram deixadas para trás. E, em assim fazendo, perdeu-se a oportunidade de revisar o procedimento especial, de modo desvencilhá-lo de uma tradição histórica desajustada dos valores e da

³⁸⁹ Citam-se dois momentos: o Fórum Nacional de Reforma Urbana desenvolveu uma campanha pela Função Social da Propriedade e junho de 2012 defendeu a necessidade de emendas ao Projeto de Lei do CPC sobre os conflitos fundiários na Comissão de Direitos Humanos e Minorias, na Câmara dos Deputados.

³⁹⁰ Ver *Nota do Fórum Nacional de Reforma Urbana sobre o Código de Processo Civil*. Disponível em <http://polis.org.br/noticias/forum-nacional-de-reforma-urbana-divulga-nota-sobre-o-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 12/09/107.

³⁹¹ FABRICIO, Adroaldo Furtado. Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. In: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf). Acesso em 30/03/2018.

realidade atual, furtando-se de efetivamente conformá-lo para que pudesse concorrer com a construção de um provimento jurisdicional em que a posse resguardasse bens jurídicos fundamentais, à luz de sua concepção delineada pela rota constitucionalista do Estado Democrático de Direito.

Sem dúvida, a principal mudança ignorada pela reforma processual foi a necessidade de condicionamento da proteção possessória à demonstração do cumprimento da função social da propriedade. Já abordamos este tema neste trabalho, mas vale a revisitação para registrar que a omissão quanto a este requisito faz com que os laços com as reminiscências históricas mantenham-se hígidos. Também já afirmamos acerca do entendimento exposto na doutrina de que a posse constitucionalmente moldada se revela por intermédio do exercício da função social da propriedade. Assim, constatada esta última, a posse, enquanto fato e direito, também resta demonstrada.

Esta condicionante se faz de suma importância em todas as ações possessórias. De todo modo, ganha bastante destaque nos casos dos litígios coletivos pela posse. Isso porque parte nada desprezível das ocupações coletivas é fruto de mobilização da sociedade civil organizada, como forma de expressão política para reivindicar políticas públicas relacionadas à moradia ou à reforma agrária, tendo como pano de fundo o questionamento sobre o retrato do sistema fundiário brasileiro: distribuição desigual de terras em nosso país e latifúndios improdutivos, os quais, portanto, não cumprem o requisito constitucional da função social³⁹². Assim, o ato de ocupação coletiva tem, ao menos do ponto de vista consequencial, uma razão de ser, pois a Constituição Federal estabelece um liame claro entre o descumprimento da função social e a desapropriação-sanção da propriedade, rural ou urbana³⁹³, que, também, de certa forma, pode estar relacionada com o instituto do abandono, previsto pela própria Lei Civil como hipótese de perda da propriedade³⁹⁴. Ou seja, a reivindicação inserta na expressão popular não é apenas de efetivação de normas programáticas, não se limita apenas e tão somente a chamar a atenção dos setores governamentais para implantar políticas públicas, mas almeja o cumprimento de consequências constitucionalmente e legalmente vinculadas. Por certo que não há

³⁹² Este, ao menos, é o posicionamento de um dos mais importantes líderes dos movimentos sociais, que utilizam as ocupações como forma de reivindicação e exigibilidade de cumprimento da função social: “As ocupações de terra, especial as que são organizadas pelos movimentos populares, ocorrem em grandes terrenos e prédios abandonados, que o proprietário – muitas vezes uma grande empresa, que tem também vários outros terrenos – utiliza para especular e lucrar” (BOULOS, Guilherme. *Por que ocupamos? Uma introdução à luta dos sem-teto*. São Paulo: Autonomia Literária, 2015, p. 76).

³⁹³ Artigo 183, inciso III e artigo 184, caput. Perda em caso de ato ilícito e indenização nos outros casos.

³⁹⁴ Artigo 1.275, III, CC/02.

determinação normativa da perda da propriedade ocupada e que não cumpre a função social em favor dos ocupantes daquele determinado imóvel, mas os efeitos do cumprimento da função social, inegavelmente, beneficiariam, ainda que indiretamente, todos aqueles que lutam para uma maior justiça quanto à distribuição de terras. Portanto, o ato de ocupação coletiva pode ser revestido de expressão política ou até mesmo pode decorrer da necessidade social, mas as consequências jurídicas deste ato não escapam a uma visão holística do sistema, em que a função social da propriedade é um dos componentes principais.

Outra consequência advinda do descumprimento da função social da propriedade, também já reportada, é a perda da proteção possessória. Sobre o tema, há na doutrina vozes que exortam, há tempos, a sua necessidade de aferição, principalmente nos conflitos possessórios coletivos, conforme a opinião de Luis Edson Fachin:

Aproxima-se a posse da vida e, por isso, no entrechoque de direito, a “constitucionalização” dos conflitos possessórios coletivos não permite outra conclusão senão a de que o bem imóvel, rural ou urbano, que descumpra a função social, não tem mais tutela possessória. O juiz do conflito fundiário não é mais o juiz do velho Código Civil e sim o magistrado da Constituição³⁹⁵.

Pode-se argumentar que a condicionante expressa de cumprimento da função social, como desejavam os movimentos sociais, mostra-se despicienda, vez que o artigo 561 do Código de Processo Civil atual, da mesma forma que o anterior, elenca a comprovação do exercício anterior da posse pelo autor como requisito para aferir o seu interesse de agir, no que se refere à adequação da escolha do procedimento especial. À luz de uma leitura constitucional, posse e função social da propriedade se imbricam em um só componente, razão pela qual a menção legal de um compreende, necessariamente, o outro. De todo modo, não é esta a interpretação dos Tribunais, os quais sequer aventam, em suas decisões proferidas nas ações possessórias, sobre a função social da propriedade e, assim, se mantêm satisfeitos apenas com a comprovação do domínio, presumindo-se, assim, a posse.

Essa assertiva pode ser traduzida em dados mais precisos: a pesquisa “Observatórios da atuação do Poder Judiciário nos Conflitos Agrários” analisou processos que estavam em 1ª instância dos Estados de Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná, entre os

³⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). In: *Leituras Complementares de Direito Civil: O Direito Civil Constitucional em Concreto*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 271.

anos de 2003 a 2011, resultando no universo de 127 processos. Dentre estes, foi encontrado um único julgado³⁹⁶ em que a função social da propriedade foi aventada. Mas, mesmo assim, a fundamentação judicial estava desacompanhada de qualquer prova concreta deste requisito, de modo que o discurso manteve-se acolhedor da leitura civilista tradicional.

Após o estudo do tema, é de se chamar a atenção o fato de que a doutrina civilista mostra-se mais sensibilizada com o mau uso das ações possessórias do que os processualistas. Ainda que o Direito Civil não tenha se despedido inteiramente do ranço privatista e patrimonialista nesta matéria, podem-se identificar opiniões mais progressistas em termos de posse e de sua proteção quando se analisa a doutrina civilista comprometida com o texto constitucional. Já para o Direito Processual Civil, o impacto da função social da propriedade nos procedimentos possessórios é muito pouco problematizado. E, se não há vozes na doutrina para problematizá-lo, perde-se uma importante fonte de influência da aplicação das normas processuais na esfera jurisdicional. E, assim, mais uma razão para que haja um dispositivo processual expresso sobre a necessidade de comprovação nas possessórias do cumprimento da função social da propriedade.

Com efeito, uma mudança legislativa que expressamente condicionasse a proteção possessória à demonstração da função social da propriedade se tornaria um ônus processual inescapável ao julgador, que, necessariamente, teria que adentrar ao tema, mormente diante do novo esquadro de seu dever de motivação³⁹⁷. As alterações legislativas poderiam passar também pelo posicionamento claro de que a comprovação da função social da propriedade é requisito essencial para demonstrar a adequação da escolha do procedimento. Esta posição iria abortar, logo no início, a pretensão de qualquer jurisdicionado de se utilizar da tutela possessória para resguardar estritamente o direito ao domínio, quando este não é acompanhado de atos possessórios, já que é dever do magistrado determinar ao autor que proceda à correção do procedimento, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 139, IX, CPC). É uma forma importante de superação do modelo histórico, deixando claro que as possessórias devem estar a serviço exclusivamente da posse, de modo a reajustar a função da tutela possessória

³⁹⁶ “O único caso em que a função social foi aventada se deu no caso do Processo nº 200804525352, da Comarca de Varjão. Ainda que a juíza, na liminar, não tenha exigido prova da função social nem do proprietário nem do arrendatário, tecendo, por consequência, um discurso acolhedor da leitura civilista tradicional individualista, recorrendo ao linguajar do “esbulho”, para qualificar a presença de pessoas que não o proprietário, o arrendatário ou empregados, no imóvel rural em disputa, na defesa, os réus colocaram em debate a função social do imóvel rural” (*Observatório da atuação do Poder Judiciário nos Conflitos Agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná*. Op. Cit., p. 56).

³⁹⁷ Artigo 489 do CPC/15.

para que franqueie efetividade ao direito material e um maior equilíbrio à relação processual.

No entanto, a inserção expressa da condicionante relativa à função social da propriedade nas normas processuais que regulamentam a proteção possessória é questão espinhosa, porque se desvela, concretamente, uma possibilidade de interrupção da tradição com que tal tema é, até o presente momento, conduzido. Deste modo, a despeito de uma emenda parlamentar³⁹⁸ ter sido apresentada ao Projeto de Lei que antecedeu o CPC/15, acabou por ser rejeitada pela maioria dos deputados que ali estavam, e, por certo, assim o fizeram em defesa da propriedade privada e todos os seus consectários patrimonialistas que dela decorrem.

Fazer, cientificamente, uma análise crítica do Processo Civil inclui também fazer uma abordagem crítica ao processo legislativo de sua formação, que não necessariamente leva em conta as necessidades sociais, mas, principalmente, os interesses específicos de suas bases eleitorais, sejam eles quais forem, e até financeiros do próprio parlamentar. Há décadas atrás, José Rogério Cruz e Tucci já chamava a atenção para este fato:

A ideologia conservadora, mesquinha e extremamente personalista, que predomina entre grande número de políticos brasileiros constitui inequívoco obstáculo para que haja uma mobilização destemida e disposta a pagar o preço e a suportar o peso da luta política para lograr meios e alternativas visando a implementar a operatividade da lei processual³⁹⁹.

Não obstante a resistência na inserção de dispositivos legais importantes para colocar as possessórias nos trilhos da posse sob o prisma dos direitos fundamentais, o CPC/15 manteve vários institutos do CPC/73, que estão dissonantes com a realidade atual.

Ainda sobre a linha conservadora do CPC/15, voltamos novamente a abordar o prazo de um ano e um dia, apontado no artigo 558 do CPC, para a adoção do procedimento diferenciado das possessórias, descrito na Seção II do referido código. A posse de força nova, portanto, ação ajuizada antes do prazo de um ano e dia contado da ofensa da posse, é o fator determinante para a adoção de um procedimento mais célere, pois autoriza a concessão da medida liminar de reintegração ou manutenção da posse, prescindindo da demonstração do risco. Neste caso, quando a ação é proposta dentro de um ano e um dia

³⁹⁸ Durante a elaboração do Projeto de Lei que originou o novo CPC, o Deputado Padre João chegou a encaminhar uma emenda parlamentar, acrescentando o cumprimento da função social da propriedade como requisito para a concessão da liminar.

³⁹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista de Processo, 1997, p. 100.

contado da turbação, a técnica processual exige requisitos mais simples para a técnica antecipatória. Para alguns, nas ações possessórias de força nova o risco de demora estaria presumido pelo legislador, dispensando o autor da ação de comprová-lo⁴⁰⁰. Outros, por outro lado, afirmam tratar-se de tutela de evidência⁴⁰¹.

Os requisitos para a liminar que qualifica o procedimento especial estão dispostos no artigo 561 do CPC, os quais se consubstanciam na demonstração da: i) posse do autor; ii) a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; iii) a data da turbação ou do esbulho; iv) a continuação da posse, embora turbada, no caso da ação de manutenção, ou a perda da posse, no caso de reintegração de posse. O julgamento do mérito se baseia nas mesmas bases fáticas e jurídicas, contudo, analisadas a partir de uma cognição exauriente do fenômeno.

Assim, como dito, considera-se que os requisitos para a concessão da liminar nas ações de força nova são mais simples do que aquelas descritas no artigo 300 do CPC, que versa sobre cláusula geral das medidas antecipatórias. Nos casos de ação de *força velha*, em que só se admite a possibilidade de liminar com fulcro no artigo 300, CPC, deve-se provar, além da probabilidade do direito, a existência do *periculum in mora*. Este último requisito, portanto, é, segundo a maior parte da doutrina, o que diferencia a natureza das liminares em comparação, já que é dispensado no procedimento de força nova. Por trás da diferenciação deste requisito, está apenas e tão somente prazo de ano e dia, mais nenhum outro critério que possa contribuir para uma análise mais real da ocupação e da suposta turbação ou esbulho.

Como já anteriormente afirmado, este prazo não encontra respaldo no contexto sociológico atual, tendo sido reproduzido apenas em razão da tradição multissecular. No passado, o prazo de ano e dia sem manifestação do possuidor supostamente ofendido ensejava a estabilização da situação fática do réu, cuja posse adquiria maior eficácia, a ponto de afastar a possibilidade de proteção antecipada em favor do possuidor ofendido⁴⁰².

No entanto, “em tempos de informação instantânea e agilidade extrema como os de hoje bem poderia ser reduzido”⁴⁰³, como bem destaca Adroaldo Furtado. Insiste-se que o lapso temporal demarcado parece não ter correlação com o ritmo cronológico

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 173.

⁴⁰¹ GAJARDONI, Fernando. In: *Revista Eletrônica Jota*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/os-conflitos-coletivos-pela-posse-de-imoveis-no-novo-cpc-04072016>. Acesso em 14/08/2017.

⁴⁰² FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 267.

⁴⁰³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. In: WAMBIER, Teresa Arruda; [et. al.]. *Breves Comentários do Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1526.

estabelecido no século XXI. Isso quer dizer que, em um ano, a ocupação pode sim tratar-se de um fenômeno social consolidado⁴⁰⁴, e, neste caso, o perigo de dano é claramente inverso, ou seja, em desfavor da coletividade ocupante. Em outros termos, este prazo alargado parece favorecer as ações possessórias que tem lastro na posse como mero adjetivo da propriedade e que estão em contramão à função social. Ao final, este descompasso entre a realidade e a abstração contida no texto legal concorre para acirrar a tensão entre as partes e, conseqüentemente, a violência no cumprimento dos mandados de reintegração de posse.

Como bem esclarece Marinoni, o que se discute na comparação entre as ações de força nova e força velha é apenas o procedimento, não a tutela possessória. Propor uma ação dentro do prazo de um ano e dia ou depois disso não altera a natureza possessória da ação (art. 558, § 1º, CPC) e, assim, não alteram todas as demais técnicas possessórias⁴⁰⁵, como, por exemplo, a fungibilidade da proteção possessória, a reserva de cognição, e, inclusive, as disposições processuais atinentes os litígios coletivos de posse.

Sendo assim, considerando tudo o que foi dito, torna-se difícil a defesa da necessidade de se manter um procedimento especial diferenciado para as ações de força nova, apenas fulcrado na maior simplificação dos requisitos para a liminar: o prazo de um ano está desatualizado e não encontra respaldo no contexto social atual; as demais técnicas possessórias se mantêm, independentemente de se tratar de posse de força nova ou velha; há possibilidade generalizada, nos dias atuais, de concessão da tutela provisória de evidência e de urgência. Enfim, a defesa desta distinção estaria apenas baseada em reminiscências históricas, o que não faz sentido em termos de evolução do Direito Processual.

Importante pontuar que, quando a doutrina fala em “provas mais simples” para as ações de força nova⁴⁰⁶, está se referindo apenas tão somente à desnecessidade de demonstração do *periculum in mora*. Observa-se que simplicidade, sem dúvida nenhuma, não é um adjetivo aplicável aos requisitos do artigo 561 do CPC, pois, ao analisá-los

⁴⁰⁴ Um exemplo é a ocupação Vila Soma, na cidade de Sumaré/SP. O local foi ocupado em julho de 2012 por 50 famílias. Em dois meses, havia mais de 300 famílias. Atualmente, a estimativa é de mais de 2.500 famílias, portanto, 5.000 famílias na área, que pertence à massa falida Soma Equipamentos Industriais Ltda. Além da ação de reintegração de posse proposta pelo proprietário, o Ministério Público também ajuizou uma ação civil pública para o desfazimento do núcleo habitacional e remoção dos resíduos sólidos. Contudo, diante da consolidação e da pressão política, os pedidos liminares foram suspensos pelo STF (AI 2088936-45.2015.8.26.000).

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 172.

⁴⁰⁶ Op. Cit., 173.

detidamente, percebe-se claramente que lhe são ínsitas densas questões de fato e que, por isso, encontram visíveis dificuldades de serem demonstradas apenas e tão somente por intermédio de provas documentais. Em termos mais claros, o fato de a posse ter sido, supostamente, violada dentro do prazo ânua não é motivo que justifique a facilitação da demonstração da posse anterior pelo autor ou mesmo a facilitação da demonstração da turbacão ou do esbulho e de suas respectivas datas.

Sem dúvida alguma, a prova da posse do autor (turbada ou esbulhada) é, definitivamente, o requisito mais difícil de ser demonstrado, ainda que em cognição sumária. Posse originária ocorre quando ela é desvinculada de qualquer título ou direito subjacente, como ocorre com a ocupação de algum bem móvel ou imóvel. Cuida-se, neste caso, da posse por si mesma. A posse pode ainda ser derivada, que ocorre quando alguém recebe a posse em razão de uma obrigação ou de um direito e, em assim sendo, geralmente, tem suas raízes em um título⁴⁰⁷. Ocorre que, independentemente de sua origem, posse é, além de direito, fato e, portanto, para perfazer a sua natureza e produzir seus efeitos jurídicos⁴⁰⁸, exige-se o exercício e o desenvolvimento de atividade humana sobre o solo, ainda que para meramente protegê-lo e resguardá-lo, como ocorre, por exemplo, nas áreas ambientalmente sensíveis, que restringem a ocupação humana. É acerca desta atividade humana sobre o solo, devidamente qualificada pela função social, que versa o requisito para a liminar, inscrito no inciso I do artigo 561, I, CPC. Daí a razão pela qual a prova documental, regra geral, é insuficiente para demonstrar um requisito legal tão complexo.

Sensível às dificuldades de se demonstrar os requisitos da liminar, o artigo 562, *caput*, CPC previu a possibilidade de designação de audiência de justificação, caso a petição inicial não venha instruída com a demonstração dos requisitos acima discriminados. Abre-se, assim, uma possibilidade de que, ainda que em cognição sumária, possa haver o depoimento pessoal e testemunhal, de modo a corroborar com a demonstração dos fatos exigidos para a demonstração da posse e de seus consectários. Ocorre que as pesquisas demonstram que esta audiência é dificilmente designada pelos magistrados. Estes acabam se contentando, primordialmente, com a prova documental, preferencialmente, a prova do registro de propriedade, para deferir a liminar.

Da mesma forma, são negligenciados outros mecanismos legais efetivos que estão à disposição das partes e do órgão julgador para melhor compreender os requisitos para a

⁴⁰⁷ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Rio, p. 53.

⁴⁰⁸ De acordo com a corrente sociológica, posse é fato e direito.

garantia da tutela possessória. Esta importante ferramenta é a inspeção judicial no local objeto do conflito. O artigo 565, §3º, CPC, traz esta hipótese, deixando a diligência à análise discricionária do órgão julgador, o que, na prática, a torna quase que inaplicável. Mas, sem dúvida alguma, cuida-se de uma importante forma de o magistrado aferir, sem intermediários, as características reais das posses contrapostas, inclusive, se os requisitos que a constituem realmente existem. Portanto torná-la obrigatória, inclusive antes do deferimento da liminar, concorre para sensibilizar o órgão julgador, combate a desrealização do conflito, como outrora abordado, qualifica as razões fáticas que vão subsidiar a decisão judicial, inclusive provocando o magistrado a tecer considerações acerca da função social da propriedade. É certo que, diante da necessidade de conceder a liminar sem a oitiva da parte contrária diante da extrema urgência em seu cumprimento, sob pena de perecimento do direito, a regra pode ser afastada, com a sua devida motivação.

Na prática, no entanto, não é isso que ocorre. As dificuldades acima mencionadas são facilmente superadas quando o autor suscita a proteção de posse relacionada com o direito de propriedade e seu respectivo título. Nestas hipóteses, a posse, na sua perspectiva fática, se desnatura para dar espaço a um direito unicamente apoiado sob ao título que lhe é subjacente. Em termos mais claros: pede-se a liminar autorizada pelo procedimento especial possessório, instruindo-se a petição inicial com o título de propriedade. Dispensa-se, assim, qualquer comprovação da relação fática e real entre o homem e a terra.

Em pesquisa realizada em 24 processos que versavam sobre litígios coletivos de posse⁴⁰⁹, no Foro Central da Comarca de São Paulo, Ana Carolina Cinoca Piovan identificou que, em 96%, portanto, 23 dos 24 processos analisados, o autor da demanda apresentava-se como o proprietário do imóvel. Em 92% dos casos, a comprovação se deu pela apresentação de documentos como matrícula do imóvel, compromisso de compra e venda, formal de partilha, instrumento de doação, entre outros. Dos 24 processos, apenas em quatro deles a liminar foi indeferida.

⁴⁰⁹ O objeto da pesquisa foi o de analisar o procedimento aplicado nas ações de reintegração de posse, de modo a investigar como eles impactam nos conflitos fundiários. Ao total, foram analisadas 24 ações de reintegração de posse, patrocinadas pelo Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, escolhidas de acordo com os seguintes critérios: i) presença de coletividade no polo passivo; ii) distribuição no ano de 2014; iii) tramitação no Foro Central João Mendes Júnior, o qual é territorialmente competente para julgar demandas de reintegração de posse no centro de São Paulo; iv) tramitação em varas cíveis, uma vez que o foro selecionado também possui Varas da Fazenda Pública (PIOVESAN, Ana Carolina Cinoca. Acesso à justiça e direito à moradia: uma crítica à atuação do Judiciário nos processos de reintegração de posse no centro da cidade de São Paulo. In: *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre, ABraSD, vol. 2, n. 2, p. 106-120, jul./dez., 2015).

Neste mesmo sentido, a pesquisa “Observatórios da Atuação do Poder Judiciário nos Conflitos Agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos Estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná” anotou a raridade ou ausência de designação de audiências de justificação prévia antes das liminares nas ações de reintegração de posse relativas aos conflitos agrários. Para os pesquisadores, este dado confirma o modelo técnico-burocrático e nada democrático deste tipo de ação, fechando, em muitos casos, a possibilidade de o movimento social ao menos adentrar no debate processual⁴¹⁰. Este dado ressalta a presunção da proteção possessória com base estrita no direito de propriedade e a reflexão de que a audiência de justificação é apenas um meio para se atrasar o andamento da causa e protelar a ilegalidade perpetrada em massa.

Ao contrário do que ocorre na prática e no dia a dia forense, as liminares nos litígios coletivos pela posse, seja ela com natureza possessória ou não, devem ter atenção redobrada. Isso porque elas não são apenas satisfativas, mas acabam por encerrar o processo no momento inicial, em cognição sumária. Quando é deferido e cumprido o mandado de reintegração de posse, com a execução da remoção compulsória no bojo de uma ação civil pública ou de uma ação reivindicatória, esgota-se, naquele momento, o objeto do processo. Assim, se a liminar é deferida *inaudita altera pars*, ou mesmo antes da citação e do prazo para a defesa, há pouquíssimas chances de este processo prosseguir de forma regular e respeitar o contraditório efetivo até o deslinde da cognição exauriente, diante do inevitável esvaziamento de interlocutores do polo passivo da lide. Uma vez retirados os ocupantes da área, sem identificá-los, dificilmente conseguirão ser citados e integrados ao processo, pois irão se dissipar, sem destino conhecido. Isso quer dizer, claramente, que, aos réus, o cumprimento de uma liminar, nestes termos, representará a negativa do acesso à justiça.

Outro mecanismo importante atinente às ações possessórias são as audiências de mediação. Malgrado a norma geral de obrigatoriedade de tais audiências prévias (art. 3º, § 3º, CPC), as normas atinentes ao procedimento possessório deixaram expressa a sua imprescindibilidade. Ocorre, no entanto, que esta imprescindibilidade foi, curiosamente, apenas vislumbrada nos procedimentos de força velha, consoante se denota do artigo 565 do CPC, que deixou expresso a sua aplicabilidade restrita a esta modalidade de litígios. O parágrafo único deste dispositivo também trouxe a necessidade de realizá-la, se, após

⁴¹⁰ *Observatórios da Atuação do Poder Judiciário nos Conflitos Agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos Estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná*. Op. Cit., p. 17.

concedida a liminar, esta não for executada no prazo de um ano, a contar da data de distribuição.

No início do projeto de tramitação na Câmara dos Deputados, o projeto previa a realização de audiências de mediação nas ações em que o suposto esbulho ou turbação havia sido praticado antes de um ano e dia. Fato é que, ao final da tramitação, em razão de uma emenda, as ordens foram invertidas⁴¹¹.

Esta irracionalidade da previsão normativa da audiência de mediação apenas às ações de força velha decorreu de uma posição intermediária, alcançada pelos legisladores, quando da discussão do Projeto do Novo Código de Processo Civil. De um lado, a bancada de deputados ligada aos movimentos sociais queria que a audiência de mediação antecedesse obrigatoriamente a tomada de decisão da liminar em qualquer procedimento. Este posicionamento, no entanto, encontrava sérias resistências na bancada ruralista, que via nesta audiência uma forma de protelar o litígio e o cumprimento da ordem de reintegração⁴¹². As negociações congressistas, no entanto, não se atentaram para a harmonia e razoabilidade legislativa, pois a solução encontrada não está preconizada sobre nenhum fundamento sociológico ou jurídico.

O modelo de citação dos réus neste tipo de conflito também foi objeto de alteração. Dispõe o § 1º do artigo 554, CPC que, nos casos em que figurar no polo passivo um grande número de pessoas, o oficial de justiça irá ao local apenas uma vez e deve citar aqueles que encontrar, sendo que os demais devem ser citados por edital (art. 554, § 2º, CPC). Sem embargo, o magistrado pode se utilizar de outros meios para dar publicidade aos réus da demanda contra eles proposta, nos termos do § 3º do artigo 554, CPC.

Deste modelo citatório, surgem inúmeras dúvidas. Considerando que ainda está arraigado no modelo clássico de citação ficta, é possível dizer que está de acordo com garantias constitucionais basilares, como o contraditório? Qual interpretação que se pode fazer acerca dos deveres do magistrado como garantidor do direito de defesa da coletividade, principalmente frente aos meios atípicos de publicidade? Há necessidade de integração com outras técnicas processuais para compensar a dispensa legal de citação de parte da coletividade?

⁴¹¹ AURELLI, Arlete Inês. Ações Possessórias. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58.

⁴¹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os Conflitos Coletivos pela Posse de Imóveis no Novo CPC. *In*: *Jota*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/os-conflitos-coletivos-pela-posse-de-imoveis-no-novo-cpc-04072016>. Acesso em 11/07/2017.

Uma vez que o Código não se referiu expressamente às técnicas da tutela coletiva, a constitucionalidade ou não deste modelo de citação está condicionada à leitura que se pretende dar.

Constou ainda no artigo 565, §, CPC/15 que a Defensoria Pública e o Ministério Público deverão ser intimados no procedimento em que há uma pluralidade de pessoas no polo passivo, inclusive para as audiências de mediação. Como mencionamos, esta era uma das reivindicações do Fórum Nacional de Reforma Urbana. Se bem aplicado, estas intervenções podem efetivamente contribuir para a garantia de um procedimento mais democrático e qualificado na solução dos conflitos fundiários. Este aspecto será melhor analisado no Capítulo 7, considerando a complexidade de se compreender a natureza jurídica e as atribuições destes órgãos neste tipo de conflito.

Ainda sobre as audiências de mediação, outra importante normativa dos conflitos possessórios coletivos trazida pelo CPC/15 refere-se à intimação dos “órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, Estados ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio” para participar da audiência designada. Este dispositivo apresenta, sem dúvida, um avanço, pois reconhece que o conflito social transcende a uma disputa possessória privativa entre as partes, trazendo a discussão, no âmbito das cidades, para incluir a normativa pertinente ao ordenamento urbano, em que inclusa está a política habitacional, e, no espectro do território rural, as discussões do Direito Agrário, que visam à melhor distribuição de terras para o trabalho. Partindo desta premissa, a única forma de tratar o conflito pelo viés do interesse público é promovendo o elastério do diálogo processual com os órgãos públicos responsáveis por tais políticas. Este é o intento do dispositivo, que, neste aspecto, vai ao encontro da necessidade de se alargar o debate judicial dos conflitos fundiários, questão já ressaltada neste trabalho.

A despeito do inegável avanço, parte da doutrina vem criticando a pouca efetividade do dispositivo, após a observância do que está ocorrendo na dinâmica forense. As audiências ocorrem, os órgãos públicos comparecem, mas pouca ou nenhuma alternativa tem sido apresentada por eles, mormente nos últimos três anos, em decorrência da crise econômica que assolou o país e que produziu grave impacto no principal, e, na grande maioria das cidades, o único programa público de construção de habitação de interesse social, o Programa Minha Casa Minha Vida⁴¹³.

⁴¹³ “Corte de Gastos reduz orçamento do PAC ao menor valor em 8 anos”. *Portal G1*. Matéria publicada em 13/08/17. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/corte-de-gastos-reduz-orcamento-do-pac-ao-menor-valor-em-8-anos.ghtml>.

Como já pontuado nos primeiros capítulos desta Tese, é necessário reconhecer as controvérsias e dificuldades para se estabelecer a densidade normativa do direito à moradia. Aliás, já chegamos a reconhecer que, levando-se em conta diversos fatores, principalmente os limites orçamentários, não é possível afirmar que o direito à moradia se satisfaça com a outorga de uma casa para cada cidadão. O direito, a depender do caso concreto, não atinge tal densidade normativa e, com esta conformação, não parece ser assim justificável. Por outro lado, não se pode negar eficácia normativa ao direito constitucional à moradia, expressamente mencionado no artigo 6º da CF/88, mormente no que diz respeito ao aspecto negativo deste direito, expresso por meio da segurança jurídica da posse.

Sobre este tema, a legislação agrária e urbanística teve reconhecidos avanços. Atualmente, a posse produz efeitos jurídicos que transcendem à aquisição por usucapião. Como exemplo, podemos mencionar a regularização fundiária rural (art. 2º e seguintes) e a regularização fundiária urbana de núcleos urbanos irregulares de interesse social (art. 14 e seguintes), regulamentados pela Lei 13.465/17, que alterou a Lei 11.977/09, que já tratava sobre o assunto. A regularização fundiária é definida como um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares, inclusive, franqueando titulação aos ocupantes, reconhecendo segurança jurídica àqueles que ocuparam, ainda que irregularmente, a terra. Neste aspecto, vale a ressalva, a Lei 13.465/17, retrocedeu em relação à lei anterior, vez que se mostrou focada em solucionar a titulação das áreas irregulares, contrariando o pressuposto necessário de que titulação e urbanização necessariamente devem andar juntas. Aliás, a referida lei vem sendo bastante criticada pelos urbanistas, sob o argumento de que foi encomendada para a regularização de titulação para a alta renda, inclusive que se estabelecem em área pública.

De todo modo, como mencionamos, a lei traz diversos institutos para a titulação de imóveis irregulares⁴¹⁴, inclusive, pode culminar com o título registral de propriedade em área pública ou particular, como ocorre com a legitimação fundiária⁴¹⁵. Vale ressaltar que

⁴¹⁴ Nos termos do artigo 15 da Lei 13.465/17, podemos mencionar: i) a legitimação fundiária; ii) legitimação da posse; iii) usucapião, em todas as suas modalidades; iv) a desapropriação em favor dos possuidores, inclusive nos termos do artigo 1.228, § 4º, CC/02; v) a arrecadação de bem vago; vi) consórcio imobiliário (art. 46, Lei 10.257/2001); vii) desapropriação por interesse social (art. 2º, IV, Lei 4.132/62); viii) o direito de preempção (art. 26, I, Lei 10.257/01); ix) a transferência do direito de construir (art. 35, III da Lei 10.257/02); x) requisição em caso de perigo público iminente (art. 1228, §3º, CC); xi) intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular (art. 40, Lei 6.766/79); xii) alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor (art. Art. 17, I, alínea f da Lei 8.666/93); xiii) concessão de uso especial para fins de moradia (MP 2.2220/01); xiiii) concessão de direito real de uso; xv) doação; xv) compra e venda.

⁴¹⁵ Artigo 23, Lei 13.465/17. Vale o destaque para o artigo 23, § 2º da lei: “Por meio da legitimação fundiária, em qualquer das modalidades do Reurb, o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação

este último instrumento de regularização fundiária sequer exige lapso temporal mínimo de ocupação para a sua aplicação, falando a lei apenas na exigência de “núcleo urbano informal consolidado”⁴¹⁶, sendo que tais requisitos devem ser analisados casuisticamente, por certo que não discricionariamente.

A regularização fundiária é uma política pública de responsabilidade solidária das três esferas governamentais⁴¹⁷. Cuida-se, por certo, de um instituto que tem origem na posse do imóvel, e, quando ela se destina à população de baixa renda, regra geral tem como gênese a ocupação coletiva do imóvel urbano ou rural, com efeitos transindividuais, diante da quase sempre necessidade de realização de obras de infraestrutura, que, por determinação legal, ficam a cargo do Município (art. 33, I, Lei 13.465/17). E, uma vez estabelecidos requisitos legais⁴¹⁸, pode-se até mencionar que se trata de direito subjetivo⁴¹⁹.

Outrossim, é possível identificar no próprio Direito Civil, além da regulamentação das modalidades diversas de usucapião - que inclusive valorizam a moradia e o trabalho⁴²⁰, com a redução de prazos em caso de cumprimento da função social -, outros institutos que se sobrepõe à posse consolidada da coletividade em detrimento da propriedade, quando a ocupação se deu no prazo de cinco anos e se no imóvel tiverem sido realizadas obras e serviços de interesse social e econômico, nos termos do parágrafo 4º do artigo 1.228 do Código Civil.

Portanto, tais institutos previstos em diversos diplomas legais devem ser aplicados quando presentes o seu substrato fático e jurídico.

Diante deste novo contexto legislativo, podemos afirmar que Pasárgada, nome fictício criado por Boaventura para se referir a um assentamento irregular, mais

urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado”.

⁴¹⁶ Artigo 23 da Lei 13.465/17.

⁴¹⁷ Artigo 23, inciso IX, CF/88.

⁴¹⁸ Malgrado a controvérsia, Nelson Saule é um dos que insiste em enquadrar a regularização fundiária, mormente de interesse social, na categoria de direito subjetivo (SAULE Jr., Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, pp. 342-343).

⁴¹⁹ No caso da regularização fundiária de interesse social, a lei traça os seguintes requisitos: i) aplicada aos núcleos urbanos até 22 de dezembro de 2016; ii) núcleos urbanos informais de baixa renda; iii) de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos; no caso de área de preservação permanente ou unidade de conservação de uso sustentável, ou de proteção de mananciais, a elaboração de estudos técnicos que justifiquem a melhoria ambiental.

⁴²⁰ Enunciado do 328 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: (arts. 554 e 565) Os arts. 554 e 565 do CPC aplicam-se à ação de usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.258/2001) e ao processo em que exercido o direito a que se referem os §§4º e 5º do art. 1.228, Código Civil, especialmente quanto à necessidade de ampla publicidade da ação e da participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos estatais responsáveis pela reforma agrária e política urbana (Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante).

especificadamente, uma favela, que lhe foi objeto de estudo, não mais faz parte apenas do espectro extralegal ou paralegal. A estrutura urbanística de Pasárgada agora é reconhecida por inúmeros institutos jurídicos, inclusive, para inseri-la na cidade formal. Neste sentido, não mais se pode falar, aprioristicamente, em uma ilegalidade coletiva do assentamento habitação, sem, antes, confrontar o contexto fático da posse coletiva com as normas de Direito Urbanístico que o rege.

Se partirmos da premissa de que grande parte dos despejos compulsórios⁴²¹ se dão perante as instâncias judiciais, desvela-se que o Direito Processual também tem ampla responsabilidade para que estes avanços do direito material possam ser aplicados à Pasárgada e a outros assentamentos coletivos que se enquadrem no esquadro legal.

Neste sentido, a audiência de mediação prevista no procedimento que regulamenta os litígios coletivos pela posse, com a intimação dos órgãos públicos responsáveis por tais políticas fundiárias, deve ser visto como uma das apostas do CPC para permitir que as normas de Direito Urbanístico ou Agrário possam ser integradas ao diálogo, colocando-o no seu devido lugar, como uma questão de verdadeiro interesse público. Assim, revela-se uma oportunidade para uma investigação mais aprofundada sobre a ocupação coletiva, aferindo-se a data de sua constituição e, portanto, a data do início da posse, o nível construtivo das casas (barracos de madeira ou casas de alvenaria), se são servidos por serviços públicos, principalmente aqueles relacionados ao saneamento básico⁴²², entre outros. Tais informações podem ser prestadas pelos órgãos públicos que serão chamados a este diálogo processual, sendo que tais informações são de suma importância para aferir a proteção ou não possessória do autor ou do réu.

Não se descure que, em razão dos limites subjetivos do julgado, não se pode falar em responsabilização, neste processo, dos órgãos públicos responsáveis pela política urbana e rural, vez que estes não figuram como partes. Daí a frustração para muitos desta discussão neste processo. Mas a negativa da pretensão possessória, por exemplo, de um ente federativo ou de um proprietário particular, por entender o magistrado que os instrumentos normativos urbanísticos ou agrários podem ser aplicados em favor do assentamento, já funciona como um bom indicativo da próxima pretensão judicial, se não houver observância voluntária daquele a quem incumbe a observância obrigatória deste direito.

⁴²¹ Denominação bastante utilizada pelos tratados internacionais sobre o tema, citados no Capítulo 1.

⁴²² Lei 11.445/07.

Por fim, quanto ao procedimento atinente aos litígios coletivos de posse, não se vislumbrou qualquer preocupação mais específica em dispositivos que pudessem ser efetivos para reduzir a violência que se tem visto no cumprimento dos mandados judiciais de desocupação. Por certo que as audiências de mediação visam justamente a uma resolução extrajudicial dos conflitos, contudo, a partir da aplicação restritiva às ações de força velha, conferidas pelo CPC, este intuito parece não ter tido qualquer relevância.

A propósito, chama a atenção a ausência de reprodução da normativa internacional de Direitos Humanos, pertinente aos “despejos compulsórios”, como já apresentamos no Capítulo 1, que traz inúmeras garantias à parte vítima de remoção compulsória, mormente quando esta é coletiva. Não obstante a execução dos mandados de reintegração e remoção serem reconhecidamente palco de larga violência, o Código Processual silenciou-se acerca de um procedimento executivo que pudesse afastar tais violações.

Expostas as críticas e omissões quanto ao sistema posto, ainda assim podemos afirmar, sem dúvida nenhuma, que há um procedimento especial diferenciado, moldado pelo CPC/15, aos casos dos litígios coletivos de posse, que, enquanto normas cogentes, devem ser aplicadas e interpretadas à luz da compreensão progressista e compromissada com os direitos fundamentais da posse. E este procedimento diferenciado não se apoia apenas e tão somente sobre a possibilidade de liminar possessória nas ações de força velha. As audiências de justificação, as audiências de mediação mais alargadas, com órgãos e entidades que não fazem parte da ação, mas que são essenciais para discutir a política habitacional e por terra, a integração à lide da Defensoria Pública e do Ministério Público, a ampla publicidade da ação proposta, todos estes são elementos essenciais que justificam e fazem dos litígios coletivos da posse um procedimento diferenciado às ações possessórias coletivas.

De todo modo, ainda que outorgado instrumentos que franqueiem alguma conotação de interesse público ao processo, este se mantém preso às regras de um litígio interindividual, e, portanto, com lindes bastante estreitos, inclusive para a solução da pluralidade subjetiva no polo passivo, o que acaba por esbarrar no direito de defesa da coletividade. O capítulo seguinte se dedica a dissertar sobre estas as limitações mais difíceis de serem contornadas: as de ordem ideológica.

4.3.2.3 A Ideologia Processual por trás dos Conflitos Possessórios Coletivos

Já afirmamos neste trabalho que os conflitos fundiários e as formas de compreendê-los acabam por colocar grupos que perfilham concepções ideológicas distintas em lados opostos, cada qual se valendo de uma retórica enviesada, consubstanciada em valores distintos e, conseqüentemente, em interpretações diversas dos dispositivos legais para a defesa de seus interesses ou de suas perspectivas. Os debates relativos a esta temática ocorridos perante o Congresso Nacional, por ocasião da elaboração do Novo Código de Processo Civil, demonstrou claramente que esta questão perpassa pelo embate entre forças políticas opostas, representativas de grupos ou classes polarizados.

Se no jogo político e legislativo não há como evitar, muitas vezes, a inclinação tendenciosa em favor dos interesses de setores com maior força na sociedade, aos olhos da Ciência Processual se faz importante encontrar caminhos para alinhar o processo aos objetivos e axiomas traçados nas normas constitucionais. Em assim fazendo, busca-se, da mesma forma, cumprir o escopo social do processo de trazer pacificação ao conflito⁴²³, e, deste modo, tornar o processo mecanismo apto a reduzir a tensão e, conseqüentemente, a violência em torno da disputa por terras em nosso país, atualmente em efervescência na dinâmica social.

Um ponto a ser destacado que merece nosso reconhecimento na regulamentação dos litígios coletivos pela posse pelo novo CPC foi o emprego correto da terminologia de alguns conceitos jurídicos indeterminados para descrever as situações jurídicas subjacentes ao conflito fundiário. Em primeiro lugar, a parte passiva que deve ser integrada à lide na ação possessória foi denominada, acertadamente, de “ocupantes” e não “invasores”. A palavra “invasores” para qualificar a coletividade ré que deve figurar no polo passivo é bastante usada na doutrina⁴²⁴ e na jurisprudência⁴²⁵, mesmo após a terminologia empregada

⁴²³ Dinamarco já destacou que o escopo social visa à pacificação social, mas por meio de uma decisão justa: “Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 191).

⁴²⁴ Como exemplo, Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 187.

⁴²⁵ Utilizado o termo “invasão coletiva” e “invasão multitudinária”: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INVASÃO COLETIVA DE ÁREA PARTICULAR. CONSOLIDAÇÃO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA ANTERIORMENTE AJUIZADA. TRÍPLICE IDENTIDADE. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COISA JULGADA. ALTERAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2). 2. A teor do disposto no art. 301, §§ 2º 3º, do CPC/1973 (correspondente ao art. 337, §§ 2º e 4º do CPC/2015), ocorre a coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por

pelo CPC/15. Invasor quer dizer “agressor, assaltante, atacante”⁴²⁶, portanto, expressão que remete aos vícios que perfazem a posse injusta, maculando-a imediatamente, antes mesmo de se ter uma radiografia um pouco mais real do conflito *sub judice*. O emprego do termo é pejorativo e desqualifica a situação jurídica da parte⁴²⁷. Já ocupação vem de *capere*, que significa pegar, apoderar-se⁴²⁸. É certo que ocupação⁴²⁹ e posse, apesar da proximidade de conceitos, não se confundem⁴³⁰. De todo modo, trata-se de expressão bem mais adequada para ser utilizada pelo legislador, pois contempla uma maior neutralidade para se referir ao conflito coletivo, já que, no momento inicial do ajuizamento da ação, pode não ser possível saber se a parte ré exerce efetivamente posse ou, esta, por estar maculada de algum vício ou inserta em uma das hipóteses do artigo 1.208, CC/02, veste-se, na verdade, da roupagem jurídica da detenção⁴³¹. A propósito, a recente lei que versa sobre regularização fundiária também trabalha com o conceito de ocupante para nomear o sujeito da regularização

sentença contra a qual não caiba mais recurso, adotando-se para a configuração desse instituto a teoria da tríplice identidade, segundo a qual, uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, mesma causa de pedir e o mesmo pedido. 3. Hipótese em que a agravante ajuizou, primeiramente, ação de desapropriação indireta (cumulada com perdas e danos) contra o estado e o município, em razão de terem realizado obras de infraestrutura no local, com o objetivo de garantir a função social da propriedade, colaborando com a **invasão coletiva** perpetrada no seu imóvel. 4. O Tribunal de origem julgou extinto o aludido processo sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, ao fundamento de que a **invasão** do terreno se consolidou por inércia do proprietário, não vislumbrando nenhuma ilicitude, conivência ou apossamento que se pudesse atribuir aos entes públicos, para ensejar o direito à indenização. 5. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que a extinção do processo anterior sem julgamento de mérito, em face da impossibilidade jurídica do pedido, não tem o condão de formar a coisa julgada material, mas apenas formal, sendo, por conseguinte, possível a propositura de nova demanda, desde que sanada a irregularidade da ação anterior. 6. No caso concreto, não prospera a tese do ora agravante de distinção da causa de pedir formulada na demanda anterior, pois, na presente ação ordinária, manejada exclusivamente contra o Município de Canoas/RS, também se postula o reconhecimento do dever de indenizar, em virtude da inércia da administração pública quanto à **invasão** multitudinária ocorrida em sua propriedade, tendo sido extinto o feito, com fulcro no art. 267, V, do CPC/1973, diante da ocorrência da coisa julgada, cuja revisão demandaria o exame do conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável no âmbito do recurso especial (Súmula 7 do STJ). 7. Agravo interno desprovido”.

⁴²⁶ Conceito extraído do dicionário: <https://www.dicio.com.br/invasor/>.

⁴²⁷ “O termo ocupação é utilizado pelo próprio movimento de moradia, bem como pela sua rede de apoiadores, para se contrapor ao termo “invasão”, cujo sentido pejorativo é evidente. Afinal, quem “invade” está tomando algo que não é seu, e, portanto, cometendo um delito” (TRINDADE, Thiago Aparecido. *Ampliando o Debate sobre a Participação política e a Construção Democrática: o Movimento de Moradia e as Ocupações de Imóveis Ociosos no Centro da Cidade de São Paulo*. Tese apresentada à Universidade de Campinas, 2014, pp. 15-16).

⁴²⁸ Extraído do Dicionário Aurélio: <https://dicionariodoaurelio.com/ocupacao>.

⁴²⁹ Segundo Sérgio Sérulo da Cunha, a ocupação, exige um liame físico com a coisa, sendo que este liame já se abstraiu na ideia de posse, que é relação entre pessoas tendo como objeto a coisa, e não a relação entre pessoa e coisa (*A Nova Proteção Possessória*, p. 12. Disponível em <http://www.servulo.com.br/home.html>. Acesso em 20/09/2017).

⁴³⁰ O termo ocupação abrange não apenas posse, como também detenção.

⁴³¹ Há, em nosso ordenamento jurídico, quatro hipóteses de detenção: i) o fâmulos da posse (art. 1198, CC); ii) atos de permissão e tolerância (artigo 1208, CC); iii) os vícios que inquinam na posse (violência e clandestinidade), nos termos do artigo 1208, CC; iv) os bens públicos de uso comum do povo ou de uso especial (art. 100, CC).

fundiária, assim o definindo: “aquele que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal das terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais”⁴³².

Neste mesmo sentido, a expressão “litígio coletivo pela posse do imóvel”, estampada no *caput* do artigo 565 do CPC, preserva, neste início, a natureza jurídica de pretensão possessória da posse da coletividade ocupante, ao menos, como dito, antes de se apreciar mais profundamente o conflito, evitando desqualificações, *a priori*, com base apenas em preconceitos, que podem ser despertados pelo denso contexto ideológico que o conflito fundiário está imerso.

O emprego da terminologia correta para abordar conceitos jurídicos indeterminados é, sem dúvida alguma, questão de larga importância, pois, estes, enquanto conceitos normativos abertos, acabam por dar mais liberdade e, em consequência, mais poder ao intérprete de definir, diante de determinada hipótese fática, o real sentido da norma, ou seja, de dar concretude a tais conceitos. Ocorre que, em assim sendo, os conceitos jurídicos indeterminados também estão mais expostos à ideologia do intérprete, havendo, inegavelmente, maior o risco de subjetivismos e decisionismos.

A questão mostra-se de relevada importância nas possessórias coletivas, que trazem, como já mencionado, um peso ideológico maior, justamente porque, nestes casos, a contraposição entre grupos sociais distintos é mais clara e a força dos valores em jogo ganha tons mais fortes. E, neste embate de valores, o pêndulo se inclina em favor da propriedade, valor secularmente arraigado e prestigiado em nossa sociedade atual.

Ilustramos esta assertiva com um exemplo colhido na doutrina: Romeu Marques Ribeiro, na obra “Das Invasões Coletivas: aspectos jurisprudenciais”, defende haver uma correlação direta entre o que ele denomina de “invasão coletiva” com o que ele também chama de “esbulho coletivo”. A correlação é feita sem qualquer ressalva quanto à investigação sobre os aspectos fáticos do conflito e desconsiderando a normativa de interesse público (Direito Urbanístico e Direito Agrário) atualmente existente, que, como demonstramos, deve ser aplicável ao conflito. A gravidade da afirmação está na conclusão de que, pelo fato de ser coletiva a ocupação, esta é, por si só, fator suficiente para levar à presunção de uma posse viciada:

Em se tratando de invasões coletivas, portanto, quer urbanas ou rurais, a prática de esbulho ou turbação pelos violadores mostra-se palmar e cristalina. Conforme já enfatizado, trata-se de posse de má-fé, eivada de

⁴³² Artigo 11, VIII da Lei 13.465/17.

vício de origem, de clandestinidade ou violência, quando não de ambos⁴³³.

Para o autor, o que é compartilhado por parte expressiva da doutrina, a mácula da posse está pré-concebida no fato de esta ter ocorrido sem o consentimento do proprietário. A gravidade do ato aumenta por se tratar de atentado ao direito de propriedade feito de forma coletiva e organizada. Para muitos, isso representa um atentado arquitetado contra um dos principais valores, se não o principal, que ainda paira em nossa sociedade atual.

Os vícios que tornam a posse injusta, inscritos no artigo 1.208 do Código Civil atual, são os mesmos daqueles que vigiam no Direito Romano e se perpetuaram no Estado Liberal⁴³⁴. Por uma necessidade de contextualização histórica, para terem validade, os conceitos de clandestinidade, precariedade e violência devem ser atualizados de acordo com a realidade e os preceitos normativos atuais. Neste sentido, difícil afirmar que a posse coletiva de um imóvel urbano mantém-se clandestina, até porque, quase sempre, a intenção dos possuidores não é de camuflar o ato, nem de terceiros, tampouco do proprietário. Da mesma forma, violência não há quando esta é empregada contra os objetos materiais, como cadeados, cercas, portas para possibilitar que um imóvel abandonado seja adentrado⁴³⁵. Da mesma forma que a precariedade por subserviência da posse pode ser contornada no caso concreto, o que se denominou de intervenção da posse, quando há alteração do caráter da posse. O que se pretende afirmar é que, de acordo com o ordenamento jurídico atual, os vícios que maculam objetivamente a posse não podem escapar de uma interpretação à luz do ônus social imposto à propriedade pelos princípios constitucionais.

Mas estas dificuldades hermenêuticas são facilmente superadas quando tem por trás um conceito absoluto de direito de propriedade. O dever de fundamentação do magistrado torna-se até mais simples, porque, para a sociedade atual, o conceito absoluto de propriedade, e, em consequência, sua subserviência absoluta, ainda encontra amplo

⁴³³ O raciocínio do autor é de que o esbulho coletivo tem proporções de fato notório e, portanto, está a independe de quaisquer outras providências probatórias a fim de configurar a sua ocorrência. Para ele, o fato de haver ocupação coletiva é prova suficiente de que evidenciada está a violência e a clandestinidade do ato pelo que ele denomina de invasores (RIBEIRO, Romeu Marques. *Das Invasões Coletivas: aspectos jurisprudenciais*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 41).

⁴³⁴ No Direito Romano, nem toda a posse era tutelada, mas apenas aquela que não tinha sido obtida por meio de *vi, clam* ou *precario* em relação à parte contrária, denominada na teoria clássica de posse injusta. Assim, o *interdito uti possidetis* destinava-se à proteção de bens imóveis e tutelava aquele que tinha posse justa. Por meio deste interdito, o pretor proibia a perturbação da posse daquele que possuía sem vício, inclusive autorizando o recurso à autodefesa privada.

⁴³⁵ “A injustiça da posse é excepcional e o art. 1.200 do Código Civil deve ser interpretado restritivamente. Assim, não é considerada violenta a posse caso o uso da força realize-se para a remoção de obstáculos físicos para o ingresso em bens abandonados (v.g., destruição de cadeados ou supressão de cercas) (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Reais*. Salvador: JusPodiVim, p. 76).

respaldo e aceitação social, aliás, até mais larga do quando comparada com uma interpretação comprometida com o conceito de *função social da propriedade*. E esta ideologia pauta não apenas o Direito Civil, mas também o Processo, que ratifica esta interpretação liberal, proporcionando meios rápidos e eficientes para a defesa da propriedade, sem qualquer senso crítico quanto à obrigatoriedade do cumprimento da função social⁴³⁶.

Diante deste contexto, já se afirmou na doutrina que, nos litígios coletivos possessórios, “a aplicação objetiva da norma processual caracteriza uma prática que intenciona a “desqualificação da posse”. Todo este processo de desqualificação leva a uma tentativa de negação dos direitos dessas comunidades”⁴³⁷. E, como dito, o processo civil exerce um papel de relevância na invisibilização desta população hipossuficiente e tem a sua dose de responsabilidade na forma arbitrária e violenta como são tratados os denominados os “despejos compulsórios”.

Como já aventado, atento ao despreparo dos magistrados que lidam com tal espécie de conflitos, o CNJ, por meio do Fórum Nacional para o Monitoramento e Resolução de Conflitos Rurais e Urbanos, encaminhou, entre suas pautas principais, medidas relacionadas à capacitação e aperfeiçoamento desses juízes⁴³⁸, que visam justamente fomentar a sensibilidade do órgão julgador em relação aos direitos envolvidos no conflito. Esta tentativa de sensibilização está intimamente ligada à preparação dos juízes para a melhor percepção e compreensão da função social da propriedade, como princípio determinante para a resolução do conflito fundiário⁴³⁹.

Posto isto, podemos afirmar que há uma desqualificação jurídica pré-estabelecida pela doutrina e pelos operadores do direito nos casos das ocupações coletivas, que tendem, *a priori*, ao enquadramento teórico único deste fenômeno sociológico, descurando a possibilidade de estarem inseridos em diversos matizes. Na verdade, são estes contextos

⁴³⁶ “O Direito brasileiro considera que a posse oriunda de ocupações realizadas sem o consentimento do proprietário é injusta. Como regra adicional dos sistema jurídico, a posse injusta não pode se converter para justa, o que impediria a defesa possessória dos ocupantes. Deste modo, ao ver o seu imóvel ser ocupado contra a sua vontade, o proprietário facilmente pode se valer de uma ação possessória alegando que o grupo de pessoas que adentraram o seu bem o fizeram de forma ilegal. Não resta qualquer dúvida quanto a isso” (CARVALHO, Cláudio Oliveira de; RODRIGUES, Raoni. O Novo Código de Processo Civil e as Ações Possessórias: Novas Perspectivas para os Conflitos Fundiários Coletivos? *In: Revista de Direito da Cidade*. Vo. 07, n. 4, p. 1756).

⁴³⁷ SAULE Jr., Nelson. DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Conflitos Coletivos sobre a Posse e a Propriedade de bens imóveis*. Série Pensando o Direito. Ministério da Justiça. p. 22.

⁴³⁸ “Fórum apresenta sugestões para redução de conflitos agrários”. CNJ – Conselho Nacional de Justiça: Brasília: 2009. Disponível em www.cnj.jus.br. Acesso em 20/09/2017.

⁴³⁹ Esta conclusão é de Marcus Eduardo de Carvalho Dantas. *Função Social da Tutela Possessória em Conflitos Fundiários*. *In: Revista Direito GVOL*. São Paulo. 9(2), p. 465-488. Jul-dez, 2013).

fáticos diversos que são relevantes para aferir o enquadramento jurídico aplicável, que, também por sua vez, encontra diversas tonalidades, podendo até mesmo se inserir na normativa que desborda os interesses particulares das partes no conflito.

Concorre para acentuar a construção negativa do fenômeno da ocupação coletiva as dificuldades de identificação e qualificação individual dos réus nas ações coletivas. Esta dificuldade, de fato, existente, acaba por dar uma brecha ao autor para denominar a parte passiva da lide da maneira que lhe aprouver na petição inicial, fazendo-a, em prol de seus interesses, quase sempre de maneira depreciativa. Deste modo, as expressões “esbulhadores” ou “invasores” são comumente usadas para definir o polo passivo da lide. Sem identificação alguma dos indivíduos contra qual a pretensão é dirigida, a estigmatização torna-se ainda mais intensa, porque corrobora para a abstração destes sujeitos, dificultando que sejam vistos como cidadãos inseridos na sociedade, titulares de deveres e também de direitos e necessidades.

Podemos afirmar que esta construção negativa que acima nos referimos pode ser traduzida na palavra preconceito, questão pouco abordada na discussão do Direito Processual, mas com inegáveis reflexos nesta esfera. Na verdade, preconceito e processo tem uma relação mais próxima do que imaginamos, porque contam com o mesmo tipo de tijolo em sua construção: o estereótipo⁴⁴⁰. Sobre o tema, L.A. Becker afirma que os processos civis e criminais abusam de estereótipos, os quais são manipulados por advogados e juízes segundo a sua ideologia, que, como visto, é majoritariamente conservadora e elitista. E assim, “o réu, que deixa de ser pura e simplesmente o estereótipo chamado ‘réu’, passando a ser julgado juntamente com sua qualificação racial, sexual ou socioeconômica: e o réu negro, ou nordestino, pobre, sem-terra”⁴⁴¹. Por fim, concluiu Becker que o preconceito e a personalidade autoritária acabam por superar tranquilamente os limites impostos pelo processo para garantir um julgamento neutro⁴⁴².

No caso dos conflitos possessórios e por tudo o que foi anteriormente afirmado, podemos acrescentar que o processo civil também concorre para estabelecer estereótipos pré-definidos. Em análise à possibilidade de liminar *inaudita altera pars*, no caso do procedimento especial possessório, Ricardo Antônio Arcoverde Credie destaca que o réu é colocado em uma posição claramente odiosa perante a lei, comparado a um caráter delitual,

⁴⁴⁰ E. L. Silva. Processo Civil e Função Social: duas fábulas para o vazio. In: *Elementos para uma teoria crítica*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 102.

⁴⁴¹ BECKER, L. A. *Processo e Preconceito*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 57.

⁴⁴² Op. Cit., p. 57.

tratamento que, inclusive, era defendido por Von Ihering⁴⁴³. Para Credie, há um nítido preconceito contra o réu, que concorre para o esvaziamento completo do gozo de suas garantias constitucionais⁴⁴⁴.

E este quadro se agrava quando a pretensão inicial afirma que a coletividade é a turbadora ou esbulhadora. Neste caso, o réu perde a sua face, a sua personalidade e, conseqüentemente, perde a sua qualidade de sujeito de direito.

Nosso país conta com o maior déficit habitacional do mundo. Podemos falar em mais de 22 milhões de pessoas vivendo às margens de um conceito minimamente digno de direito à moradia⁴⁴⁵. Por outro lado, batemos o recorde também em relação a imóveis abandonados nas cidades, o que, a propósito, seria suficiente para sanar o déficit habitacional anterior mencionado⁴⁴⁶. Nosso país também conta com os piores índices de concentração fundiária no meio rural⁴⁴⁷. Tais distorções geram conflitos fundiários de alta tensão entre setores diversos da sociedade, que, em muitos casos, deságuam perante o Poder Judiciário. Diante desta realidade, a pergunta que surge é: qual é a contribuição do processo civil frente a esta realidade?

Em razão das complexidades que envolvem o retrato acima, mormente a dificuldade de se definir a densidade normativa do direito de moradia, talvez a pergunta seja melhor respondida da seguinte maneira: considerando a importância da função social da propriedade, elemento constitucional ínsito ao direito de propriedade, que se expressa por meio da posse como fato socialmente relevante, qual seria a contribuição do processo civil na efetivação desta norma constitucional e fundamental? Ou, ainda de forma mais clara: quais os instrumentos processuais aptos a garantir a efetividade deste direito constitucional e fundamental, que redesenha o direito de propriedade e a posse, trazendo-as para um contexto mais socializante?

⁴⁴³ Ihering defendia que a posse estava sempre atrelada à propriedade. Segundo ele, os institutos podem estar separados em apenas duas hipóteses: no caso de o proprietário transferir a posse para outrem, quando então haveria a posse justa (*possessio justa*) ou quando a posse lhe é tirada contra a sua vontade, quando então ela seria injusta. Assim, para o autor, a posse desvinculada da propriedade somente se tornaria justa e legal se concedida voluntariamente pelo proprietário. Hipótese contrária, maculada estaria de vício absoluto (IHERING, Rudolf Von. *Teoria da Posse Simplificada*. Salvador: Livraria Progresso, 1957, p. 9)

⁴⁴⁴ As ações de manutenção e imissão na posse. *In*: Revista de Processo Civil. N. 22, ano VI, abril-junho de 1981, p. 62 (pp. 47-79)

⁴⁴⁵ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatísticas e informações. *Deficit habitacional no Brasil: ano de 2013 e 2014*. Belo Horizonte: FJP, 2017.

⁴⁴⁶ Idem.

⁴⁴⁷ Segundo o Censo Agropecuário de 2006 feito pelo IBGE, o índice Gini de concentração fundiária brasileira é de 0,872, ocupando, assim, a segunda posição mundial de concentração de terras.

Assim como ocorre com outros direitos extrapatrimoniais, não há procedimentos especiais que proporcionem tutela diferenciada para franquear maior efetividade a importantes institutos da legislação civil relacionados ao cumprimento da função social da propriedade. Como exemplo, o artigo 1.275, inciso III do Código Civil fala em abandono como forma de perda da propriedade, mas não há um procedimento judicial específico para que o instituto seja aplicado. Da mesma forma, o artigo 1.228, parágrafo 4º e 5º do Código Civil não conta com qualquer respaldo das normas processuais, que poderia contemplar um procedimento desburocrático, simples, mas legítimo para o procedimento desapropriatório judicial. Portanto, a inércia do Direito Processual Civil contribui, definitivamente, para a inefetividade atual dos importantes dispositivos mencionados.

Em estudo específico sobre o tema, Laércio Becker demonstra como o processo civil, por meio de seus procedimentos especiais⁴⁴⁸, contribui para a concentração de propriedades para fins de moradia. Por trás, estão as instituições financeiras, ou mesmo as Companhias de Moradia Popular, a quem é delegado o *munus* de realizar as políticas públicas habitacionais, que cuidaram de moldar inclusive procedimentos extrajudiciais, para se ver livre da morosidade do Poder Judiciário⁴⁴⁹. Finaliza o autor concluindo que é com este grau de eficiência que o processo civil responde aos interesses do capital financeiro⁴⁵⁰.

Não podemos nos olvidar da importância da tutela coletiva, que tem sido aclamada pela doutrina processualista como o *locus* mais adequado para se buscar os direitos relacionados à cidadania⁴⁵¹, principalmente o direito à moradia e à terra, que, sem descurar de seu espectro individual, também gozam de uma essencial perspectiva social e coletiva. Neste sentido, ações civis públicas que veiculam pedidos de regularização fundiária são importantes instrumentos para o resguardo da função social da propriedade.

É bem verdade que, no aspecto relacionado ao Direito Processual coletivo, o Brasil tem destacado reconhecimento, por conter técnicas processuais progressistas. Isso, no entanto, não significa que nossa legislação não tenha falhas e que não necessite de ajustes, até porque as leis que compõem o microsistema processual coletivo, Lei 7.347/75 e Lei 8.078/90, precisam ser atualizadas. Neste sentido, várias foram as tentativas de

⁴⁴⁸ Entre eles, o autor destaca a execução hipotecária judicial (Lei. 5.741/71).

⁴⁴⁹ Como exemplo, a execução extrajudicial de cédula hipotecária (DL 70/66) e o leilão extrajudicial de imóveis objeto de alienação fiduciária. Op. Cit., p. 411.

⁴⁵⁰ Op. Cit., p. 60.

⁴⁵¹ Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

construir códigos específicos à temática da tutela coletiva⁴⁵², ou mesmo a reunião da sistemática processual coletiva em uma legislação única⁴⁵³. Entretanto, os Anteprojetos de Lei que conseguiram se tornar Projetos de Lei no Congresso Nacional foram barrados antes mesmo de seguirem para o Plenário. As razões da rejeição eram claras: iam de encontro aos interesses financeiros e políticos dos setores mais influentes⁴⁵⁴. A rejeição perante o Poder Legislativo foi recebida como um recado pela Comissão formada para a elaboração do Novo Código de Processo Civil, para que afastasse qualquer tentativa de incluir a processualística coletiva no Código, sob pena de as reformas processuais não seguirem no seu todo⁴⁵⁵. E assim foi feito. Salvo mecanismos de coletivização preconizados em precedentes, o CPC/15 silenciou-se a respeito de técnicas para a efetivação de direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos, esses mais próximos dos direitos sociais e que se revelam instrumentos eficazes para resguardar os direitos advindos da posse coletiva.

E, ainda, como dito, a legislação coletiva atualmente existente tem também seus limites e, em muitos casos, esbarra em uma concepção pouco democrática de justiça. A legitimação coletiva, por exemplo, contempla a escolha, *ex lege e numerus clausulus* de determinados legitimados, que têm a prerrogativa de substituir processualmente a coletividade, que é a verdadeira titular do direito, atuando, portanto, como legitimados extraordinários. A escolha dos legitimados foi feita diante da representatividade que tais órgãos e entidades exercem perante a sociedade, vislumbrando um potencial maior de litigarem de forma isonômica contra eventuais violadores dos direitos coletivos. Entre os órgãos públicos legitimados destacam-se o Ministério Público e a Defensoria Pública. Estes são denominados pela doutrina de legitimados ideológicos⁴⁵⁶. E justamente por serem ideológicos, podem também se deixar permear pelo preconceito e pelos valores mais arraigados na sociedade. Aliás, a crítica anteriormente feita aos integrantes do Poder Judiciário, sem dúvida alguma também se estende àqueles que compõem os órgãos do

⁴⁵² No início dos anos 2000, foi elaborado, no âmbito nacional, dois Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos: um resultante dos estudos realizados na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, que foi, posteriormente, encampado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e o segundo, nascido do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá, coordenado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. As propostas foram um avanço no âmbito doutrinário, mas nenhum deles sequer virou projeto de lei.

⁴⁵³ PL 5.139/09.

⁴⁵⁴ Na tramitação do projeto legislativo, houve um forte lobby contrário ao Projeto de Lei pelas Confederações representativas do setor da indústria.

⁴⁵⁵ Entrevista com Bruno Dantas na revista Eletrônica do Conjur: (Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-03/entrevista-bruno-dantas-ministro-tcu-professor>. CONJUR, maio de 2010. Acesso em 10/03/1018).

⁴⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Repro*. São Paulo: RT, n. 5, pp. 128-129, jan/mar. 1997, pp. 148-149.

sistema de Justiça, até porque todos eles têm em comum a formação tradicional e conservadora dos cursos de direito e o perfil elitista e pouco democrático das carreiras. Portanto, não é raro de se ver as ações coletivas serem utilizadas em desfavor dos assentamentos irregulares, sob o argumento de que violam o modelo urbanístico contemplado na Lei 6.766/76, sem qualquer sopesamento sobre as imensas dificuldades habitacionais que assolam nosso país. Do mesmo modo, não é incomum ver ações coletivas em que o pedido principal consubstancia-se na desconstituição do assentamento irregular, sem qualquer problematização sobre os aspectos urbanísticos que perfazem a comunidade e os graves problemas sociais de nosso país, tampouco sem qualquer preocupação com alternativas habitacionais aos afetados⁴⁵⁷. O tratamento, em determinados casos, é de invisibilidade absoluta, tratado como um problema cuja solução é simplesmente varrer a comunidade da área.

De outro vértice, ainda no que pertine à legitimação coletiva, pode-se argumentar que a previsão das associações enquanto legitimadas ao processo coletivo representa o empoderamento da sociedade civil organizada. Ocorre que a potencialidade do ente legitimado se frustrou na prática. Em primeiro lugar, o associativismo, principalmente aquele exercido nos bairros, como ocorria em Pasárgada, se enfraqueceu com o passar dos anos, como já pontuamos. Quando há associação constituída, esta quase nunca é acompanhada de alta representatividade de seus moradores. E este enfraquecimento se reflete no âmbito jurisdicional. Na prática, as associações renunciam a prerrogativa de ajuizarem ações civis públicas, preferindo fazer representações perante os órgãos públicos, para que estes tomem as medidas judiciais cabíveis. As razões da renúncia são várias, mas a principal delas é o que a doutrina denomina de “custos de informação”⁴⁵⁸ para o ajuizamento de uma ação civil pública, os quais vão desde profissionais técnicos necessários, até a reunião de provas e documentos para instruir a petição inicial. Sobre este último aspecto, vale lembrar que o inquérito civil, instrumento administrativo e investigatório que potencializa e qualifica a ação civil pública, é exclusivo do Ministério

⁴⁵⁷ O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs, no ano de 2013, na Comarca de Poá/SP, 13 ações civis públicas idênticas, todas com o escopo de compelir o Poder Público Municipal a proceder a demolição de construções existentes em diversos assentamentos irregulares constituídos nos lindes do município, por estarem em desacordo com as normas urbanísticas (Processo 1003635-90.2013.26.8.0462).

⁴⁵⁸ SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e Processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 180.

Público⁴⁵⁹. Não é por outra razão que este órgão ainda se mantém o protagonista na tutela coletiva. Sobre os aspectos acerca da associação, voltamos a abordá-los no Capítulo 7.

Estes e outros empecilhos apontam para a necessidade de avanços e reformas na legislação processual coletiva, a fim de que atendam às expectativas para as quais foram criadas e, assim, possam funcionar como um mecanismo contramajoritário efetivo para perfazer as normas constitucionais. No entanto, as resistências políticas para os avanços são muitas. E, sem instrumento efetivo, os progressos obtidos no direito material perdem também sua efetividade quando inobservados espontaneamente.

Deparando-se com este contexto de “portas fechadas” em todas as esferas de poder, a alternativa encontrada pela população mais vulnerável é reivindicar, politicamente, o cumprimento da Constituição Federal em uma espécie de autotutela⁴⁶⁰, como as ocupações em imóvel público ou particular. Ocorre que, contra este ato, quem responde é o próprio processo civil, por meio do procedimento especial possessório, mas que tem como causa de pedir o domínio, aniquilando de vez qualquer possibilidade de que a posse seja analisada por uma perspectiva socializante dos direitos fundamentais.

Para ilustrar estas assertivas, vale trazer parte do julgado proferido em uma ação de reintegração de posse ajuizada pelos proprietários registrais contra uma coletividade ocupante do imóvel. Para se escusar de analisar a função social da propriedade *sub judice*, utilizou-se do seguinte fundamento:

[...] é curial que não compete ao Poder Judiciário, e muito menos a grupos invasores organizados, eleger ou mesmo apontar qual propriedade está ou não cumprindo sua distinção social. Pois, como visto, tal competência, consoante ao mandamento constitucional exposto, é exclusivo do Poder Público municipal e da União, conforme o caso⁴⁶¹.

Ocorre que, diversamente do quanto afirmado no referido julgado, os instrumentos indutores do cumprimento da função social da propriedade urbana, expostos de forma clara no artigo 182, parágrafo 4º da Constituição Federal, são flagrantemente inobservados pelo Poder Legislativo, a quem cabe regulamentar o dispositivo constitucional, e pelo Poder Executivo, a quem cabe executar (inclusive por meio de regulamentação) o imperativo legal. Em pesquisa realizada sobre o tema, constatou-se que

⁴⁵⁹ Artigo 8º da Lei 7.347/85.

⁴⁶⁰ BECKER, L. A. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 220.

⁴⁶¹ Julgado TARGS, n. 97, pp. 260-262, extraído do livro de Romeu Marques Ribeiro Filho, “Invasões Coletiva. Op. Cit., pp. 69-71.

são poucos os Municípios que estão aplicando os referidos instrumentos⁴⁶², como manda a Constituição, malgrado o dispositivo constitucional esteja em vigor há quase trinta anos. O pano de fundo da inércia dos Poderes representativos em cumprir a determinação constitucional não é difícil de apontar: a resistência política de ir contra a concepção absoluta de propriedade.

E neste mesmo caminho parece perfilhar o Poder Judiciário, que, a despeito de ser o responsável pela aferição da violação das normas constitucionais pelos demais Poderes, seja por ação ou omissão, também se escusa de cumprir o seu papel no sistema de freios e contrapesos, contribuindo para tornar a função social da propriedade letra morta. O que se verifica, portanto, é que o Direito Processual, seguindo a tendência de outras esferas de expressão do poder, está instrumentalizado para fazer valer a ideologia do sistema patrimonialista, calcado na concepção da propriedade ainda como um bem de maior grandeza.

E, por tudo o que foi exposto, os litígios coletivos de posse de hoje deixam transparecer toda esta ideologia, e, em assim fazendo, dão larga contribuição para os efeitos antissociais da concepção absoluta de propriedade, inclusive com graves consequências para o próprio desenvolvimento econômico de um país.

⁴⁶² Segundo a pesquisa realizada no ano de 2015, apenas oito Municípios estavam aplicando ou aplicaram os instrumentos em algum período. São eles: Curitiba, Palmas, São Bernardo, Goiânia, São Paulo, Maringá, Santo André, São Bernardo do Campo e Diadema (Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios e IPTU progressivo no tempo: regulamentação e aplicação. Pesquisa Pensando Direito. Brasília, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/PoD_56_web1.pdf).

CAPÍTULO 5 CONFLITOS PLURISSUBJETIVOS E OS OBSTÁCULOS PROCESSUAIS AO DIREITO DE DEFESA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS

5.1. Réus desconhecidos e a desnecessidade legal de qualificá-los (art. 319, parágrafo 3o, CPC): apontamentos e considerações

Além das alterações pertinentes aos litígios coletivos de posse em Capítulo próprio do Código de Processo Civil de 2015, houve também mudanças pontuais no Capítulo relativo aos requisitos da petição inicial, que nos interessam por dizerem respeito às ações caracterizadas pela ampla plurissubjetividade no polo passivo. Observa-se que o código manteve, com alguns acréscimos, os mesmos requisitos que devem ser observados pelo autor para a regularidade da petição inicial, os quais agora estão disciplinados no artigo 319 do recente diploma processual civil. Entre eles, está o inciso II, que exige dados completos e bastante detalhados relativos à qualificação das partes processuais, de modo a possibilitar a exata identificação daqueles que devem figurar no polo passivo, com vistas a integrá-los à lide e, assim, permitir o exercício do contraditório.

Ocorre que, mais a frente, os próprios parágrafos deste artigo flexibilizam o dever processual do autor de proceder à exata qualificação do réu em sua petição inicial. Neste sentido, o parágrafo 1º do artigo 319 discorre que, caso o autor não disponha previamente de tais informações, pode requerer ao juiz diligências necessárias à sua obtenção; o parágrafo segundo dispõe que a petição inicial não será indeferida quando, a despeito da falta das informações descritas no inciso II, for possível a citação do réu; e, por fim, o parágrafo terceiro enuncia que a petição inicial não será indeferida, mesmo diante da ausência de informações do inciso II, “se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça”.

Inicialmente, o parágrafo 1º permite que o autor ajuíze a ação e requeira, posteriormente, diligências ao juízo com vistas à identificação e à devida qualificação daqueles que figuram no polo passivo, a exemplo da expedição de mandado de constatação e de qualificação daqueles que ocupam determinada área. Não obstante se tratar de uma forma encontrada pelo ordenamento jurídico para contribuir com o autor na difícil identificação do polo passivo por meio dos auxiliares do juízo, quando, por seus meios próprios, este desiderato não for de possível alcance, tal solução esbarrará nos casos em que a numerosidade dos réus torna a diligência judicial inexequível. Assim, da mesma forma que se mostra um entrave para a citação pessoal, a constatação e identificação

também ficará vulnerável ao número de partes que devem ser integradas ao polo passivo da lide.

O parágrafo 2º do artigo 319 do CPC parece ter instituído a dispensa da apresentação pelo autor de dados que qualifiquem aqueles que irão figurar no polo passivo quando, mesmo sem tais informações, for possível a sua citação pessoal. No caso das ações que veiculam conflitos fundiários pode haver, a princípio, dificuldade de se obter dados qualificativos precisos dos ocupantes, principalmente quando entre eles e o autor não tiver havido relação jurídica prévia. Por outro lado, a área *sub judice* coincide com o domicílio dos requeridos e, deste modo, com o local onde deve ser procedido o ato citatório. Pode-se entender, pela previsão legal, que estaria autorizada a citação conjuntamente com o ato de identificação e qualificação dos requeridos, evitando-se, assim, a duplicidade de atos processuais. Ressalve-se, no entanto, que as limitações às citações pessoais e à identificação de cada sujeito processual também estaria condicionada a um número razoável de ocupantes, sob pena de tornar o ato processual de identificação impraticável. Daí, mais uma vez, tratar-se de uma solução que comporta em si mesma efeitos restritos.

Por fim, o parágrafo 3º do artigo 319 afasta qualquer mácula decorrente de irregularidades na petição inicial quando a qualificação dos réus tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça do autor. Permite-se assim dizer que o referido dispositivo, de forma expressa, dispensa a identificação e a qualificação daqueles que serão atingidos pelo provimento final da decisão, nos casos de impossibilidade ou de excessiva onerosidade relativas às diligências necessárias para a qualificação dos integrantes do polo passivo.

A despeito de causar estranheza à primeira vista, deve-se reconhecer que o dispositivo nada mais fez do que positivizar entendimento já sedimentado pelos tribunais. Colhem-se das experiências do dia a dia forense, mormente no caso de litígios possessórios, petições iniciais que descrevem o polo passivo apenas com as expressões “invasores”, “réus desconhecidos”, “fulano de tal”, sem apresentar qualquer dado qualificativo mais preciso sobre aqueles que serão atingidos (ao menos do ponto de vista material) pelo provimento jurisdicional. Repisa-se que os próprios Tribunais Superiores já vinham afastando eventual irregularidade na petição inicial nestas hipóteses, autorizando o prosseguimento da ação nestes termos⁴⁶³.

⁴⁶³RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INVASÃO DE IMÓVEL. QUALIFICAÇÃO INDIVIDUAL NA EXORDIAL. DESNECESSIDADE. POSSE. EXAME DE PROVAS. ATO JUDICIAL. SÚMULA 267/STF. 1. Nas hipóteses de invasão de imóvel por diversas pessoas, não é

A hipótese de impossibilidade de qualificação dos réus ocorre quando nem mesmo as diligências prévias, ainda que onerosas, possam auxiliar na identificação de dados qualificativos dos demandados. Exemplifica-se: ações ajuizadas por *shoppings centers* de São Paulo com pedido para proibir a realização dos chamados “rolezinhos”⁴⁶⁴ em suas dependências. Nestes casos, não se sabe e não há meios de se saber contra quem é direcionado o provimento jurisdicional. Por se tratar de um pedido preventivo e direcionado contra uma coletividade indeterminada e indeterminável, torna-se impossível identificar pessoalmente os destinatários da ordem judicial.

Nas ações que veiculam ações de reintegrações de posse contra uma coletividade, que, como visto, é a modalidade de litígio fundiário mais frequente, o ajuizamento da ação, regra geral, ocorre *post factum*, ou seja, quando já houve a suposta violação ao direito descrito na petição inicial, com mais chances de tornar identificável o espectro subjetivo da situação de direito material quando comparado com as ações preventivas. Assim, a princípio, pode-se dizer que aqueles contra quem a demanda é dirigida são determináveis, mas, a depender da numerosidade, podem tornar a sua identificação excessivamente onerosa, dificultando, de forma desproporcional, o acesso à justiça do autor. Neste caso, o conceito de determinabilidade que ora se discute é mais restrito do que o conceito utilizado no Processo Coletivo, que serve, inclusive, para distinguir os direitos difusos dos direitos *stricto sensu*⁴⁶⁵. Na primeira hipótese, a determinabilidade quer dizer a possibilidade de identificação e integração à lide por meio de diligências a serem realizadas apenas neste processo, limitação que não ocorre com a “determinabilidade” do Processo Coletivo.

Não obstante, pode ainda sobrevir dúvida real sobre a determinabilidade dos sujeitos processuais passivos nestes casos. Variáveis como transitoriedade dos ocupantes e recusa dos próprios citados na sua identificação podem tornar uma coletividade de indivíduos indetermináveis, culminando na impossibilidade de qualificação minimamente suficiente para a sua identificação e integração individual à lide.

exigível a qualificação de cada um dos réus na exordial, até mesmo pela precariedade dessa situação. Precedentes. 2. A alegação de que a posse dos impetrantes é legítima depende de dilação probatória, providência incompatível com o rito do mandado de segurança.3. Nos termos da Súmula 267-STF, não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso. 4. Recurso ordinário desprovido (RMS 27691 / RJ, Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJe 16/02/2009).

⁴⁶⁴Os “rolezinhos” foram a denominação dada aos encontros de centenas de jovens em locais públicos como praças, parques e shopping centers, marcados por meio das redes sociais.

⁴⁶⁵O artigo 81, inciso II da Lei 7.078/90 dá duas características atinentes aos direitos coletivos *stricto sensu* que os diferencia do direito difuso: determinabilidade e relação jurídica entre o grupo ou com a parte contrária. Talvez um seja consequência do outro: a determinabilidade somente é possível em razão da estabilidade da relação jurídica firmada.

A impossibilidade ou a excessiva onerosidade na identificação e qualificação dos réus são critérios legais que se inserem nos denominados conceitos jurídicos indeterminados. Vale dizer, cabe ao órgão julgador, casuisticamente, integrar aos conceitos jurídicos abstratos descritos na legislação os elementos fáticos característicos do caso concreto, a fim de revelar a verdadeira interpretação do dispositivo legal naquela hipótese concreta.

Indubitavelmente, é ônus processual do autor demonstrar a impossibilidade ou a excessiva onerosidade na identificação e na qualificação pessoal dos sujeitos processuais passivos⁴⁶⁶. A simples afirmação na petição inicial de que a parte ré é formada por uma coletividade indeterminável ou de difícil determinação para integração individual à lide não satisfaz o requisito legal. Este ônus processual imputado ao autor é bastante claro e seu destaque parece ser, à primeira vista, até desnecessário. No entanto, a depender da natureza do conflito a que ele está inserido, repisá-lo é uma necessidade, pois, na prática, principalmente na aplicação da norma processual aos conflitos fundiários, a sua clarividência parece se esvaír. Como exposto, o que é comumente denominado de “invasão” de terras, mesmo sem uma prévia compreensão de suas razões e da forma como seu deu, acaba por ser historicamente compreendida como a própria denominação sugere, de caráter delitual, *status* que é repassado ao Direito Processual, colocando a parte ré, logo no início do processo, apenas com o ajuizamento da petição inicial e a narrativa unilateral do réu, em uma posição odiosa perante a lei, o que a faria desmerecedora até mesmo de ser qualificada e integrada à lide.

A propósito, estas assertivas retornam ao tema já abordado do preconceito na esfera processual, que, apesar de pouco ou quase nada comentado na doutrina, exerce impacto inegável na trajetória do processo. E o impacto, neste momento do processo, é a notória tolerância de nossos tribunais com a ausência de qualificação dos réus e a demonstração de absoluta despreocupação em outorgar-lhes a garantia do contraditório. Em outros termos, o simples esquadro fático no qual estão inseridos, unilateralmente definido pelo réu, parece fazer-lhes desmerecedores das garantias constitucionais ou parece

⁴⁶⁶“A circunstância da extrema dificuldade ou impossibilidade de citação dos réus deve ser comprovada no caso concreto (por fotografias, laudos etc.) e não meramente afirmada e presumida pela simples natureza possessória da demanda. Sendo possível a identificação de todos os réus, a petição inicial deve contê-la, ainda que se trate de demanda possessória. A hipótese prevista pelo §3º, por flexibilizar as garantias de contraditório inerentes ao ato citatório, em prol do exercício do direito de acesso à justiça, deve ser aplicada excepcionalmente e com parcimônia, em casos em que seus requisitos estejam inequivocamente comprovados nos autos” (COSTA, Susana Henriques da; FRANCISCO, João Eberhardt. Uma hipótese de *Defendant Class Actions* no CPC? O papel do Ministério Público na Efetivação do Contraditório nas Demandas Possessórias propostas em face de pessoas desconhecidas. *In: Revista de Processo*. Ano 40, n. 250, dezembro de 2015, pp. 315-337).

não haver muito esforço em fazê-las respeitadas, em razão das características fáticas que permeiam o conflito fundiário, consequência da inegável importância que a sociedade e o Direito ainda outorgam ao suposto bem violado, qual seja, a propriedade, esta apresentada na sua concepção mais tradicional e, conseqüentemente, absoluta.

Desta forma, quando a referida “invasão” é realizada por uma coletividade, independentemente de seu espectro, a ideologização negativa se acentua e contamina atos processuais essenciais às garantias constitucionais, como o contraditório. O apontamento genérico dos réus na petição inicial nas ações possessórias, sem a devida demonstração da impossibilidade de cumprir este dever processual, é um dado da realidade⁴⁶⁷ e sobre ele não está havendo qualquer problematização acerca de suas conseqüências em relação às garantias processuais constitucionais. Inseto neste ideário acrítico, tem-se aceitado o subterfúgio do autor de cumprir com o seu dever processual de identificação e qualificação do polo passivo por meio de uma simples assertiva na petição inicial de que o imóvel foi invadido por pessoas indeterminadas. Neste caso, o que se pode inferir é que as palavras desqualificadoras do autor dirigidas aos supostos integrantes do polo passivo na petição inicial desvela-se um fator significativo para corroborar com o assentimento judicial da dispensa de realização de atos elementares ao gozo das garantias processuais constitucionais.

Outro exemplo do desvirtuamento ideológico que o conflito fundiário está imerso é a afirmação feita pela doutrina de que o oficial de justiça está desonerado de ir a áreas inacessíveis, estas consideradas como os assentamentos informais de população de baixa renda, por haver presunção de riscos de quem irá cumprir a diligência, o que, então, autorizaria a citação de todos os réus por edital⁴⁶⁸. Como se vê, chega-se ao ponto de defender, preconizado sob o sistema legal e constitucional posto, que as garantias processuais constitucionais estão condicionadas à territorialidade de onde a diligência citatória será praticada. Isso demonstra claramente a facilidade com que os conceitos

⁴⁶⁷ Ana Carolina Cinoca Piovan, em pesquisa realizada em 24 ações de reintegração de posse patrocinadas pelo Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, identificou que 46% dos casos os ocupantes foram identificados por movimentos sociais; 33% dos casos estudados os ocupantes foram apontados de forma genérica, como “invasores”; em 21% houve a identificação precária de um ou alguns dos ocupantes (Acesso à justiça e Direito à Moradia: uma crítica à atuação do Judiciário nos Processos de Reintegração de Posse no Centro da Cidade de São Paulo. In: *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre, ABraSD, vol. 2. n. 2. pp. 106-120. Jul./dez, 2015, p. 109.

⁴⁶⁸ CRAMER, Ronaldo. In: CABRAL, Antônio do Passo. *Comentários ao NCPC*. São Paulo: Forense, 2016, p. 894.

jurídicos indeterminados podem ser manipulados, escamoteando a clara violação de direitos e garantias processuais básicas em nosso sistema.

Mas para além dos casos de absoluta impossibilidade de citação de todos os réus, o sistema autoriza a dispensa do ato citatório quando ele se tornar excessivamente oneroso ao acesso à justiça do autor. O conceito de onerosidade excessiva tem larga incidência nas discussões relativas ao equilíbrio das relações negociais no Direito Civil, principalmente quando há quebra da relação de equivalência das relações patrimoniais entre os contratantes, em razão de um fato gerador extraordinário e imprevisível, nos termos do artigo 478, Código Civil. No Processo Civil, sem dúvida alguma, o conceito é diverso, pois as premissas que embasam o seu significado não coincidem com as civilistas. O acesso à justiça do autor não é um ato negocial, ainda que possa ser oneroso para aqueles que não são beneficiários da justiça gratuita. Ademais, não incide o fator da imprevisibilidade, pois o autor está ciente, logo no início da demanda, da multiplicidade de réus que devem ser integrados ao processo. Ainda, diversamente do Direito Civil, não há apenas prejuízo de ordem material, pois o que se discute são garantias processuais e constitucionais de ambas as partes, não apenas sobre o acesso à justiça e contraditório, mas também em relação à duração razoável do processo e sua efetividade. Portanto, é a luz destes princípios e garantias que o conceito deve ganhar materialidade no caso concreto, por intermédio de uma interpretação ponderada e razoável. Ainda assim, fica difícil falar na aplicação de acordo com a isonomia entre as partes, pois a parte ré estará, necessariamente, em situação de inferioridade no plano processual.

Com efeito, nos conflitos fundiários, deve o autor provar que a área objeto da lide encontra-se densamente ocupada, de tal forma que a numerosidade dos indivíduos que deveriam ser integrados à lide torna-se óbice incontestado ao acesso à ordem jurídica da parte autora, seja em razão da impossibilidade prática de citação de todos os destinatários da pretensão inicial, seja em razão da onerosidade excessiva, que torna letra morta os princípios processuais mais basilares. Isso quer dizer que o autor deve lançar mão, logo no início do processo, de provas que demonstrem a numerosidade ou a instabilidade subjetiva do polo passivo, a ponto de comprometer a sua garantia de acesso à justiça. Fotos, recursos de imagens de satélites que apresentam fotos aéreas⁴⁶⁹, laudos de técnicos, provas testemunhais em audiência de justificação ou mesmo a realização de inspeção judicial, que, inclusive, conta com expressa previsão na tutela possessória (art. 565, § 3º, CPC), podem

⁴⁶⁹ A exemplo do *Google Earth*.

contribuir para melhor esclarecer como está posta a situação jurídica passiva que está subjacente ao espectro subjetivo da lide. Não é demais lembrar que cabe ao órgão julgador, por sua vez, fazer o devido controle dos conceitos jurídicos aplicados ao caso concreto, de modo a garantir o sopesamento entre as garantias processuais de ambas as partes da lide.

Ainda que tenha conceitos bastante restritivos como “impossibilidade” ou “excessiva onerosidade” como limitador da dispensa de citação, não há como negar que, do ponto de vista codicista, as normas processuais não sugerem um tratamento igualitário entre as partes, pois há uma clara inclinação às garantias processuais do autor. Neste sentido, não se pode deixar passar despercebido o parâmetro interpretativo utilizado pelo NCPC para dispensar a devida qualificação e, conseqüentemente, individualização dos sujeitos que devem integrar o polo passivo: tornar impossível ou excessivamente oneroso o *acesso à justiça* ao autor. Em outras palavras, a partir do momento que a exata qualificação do polo passivo torna-se óbice à garantia de acesso à justiça daquele que provoca o Poder Judiciário, o sistema dispensa esta formalidade legal, permite que o polo passivo seja indeterminado, afasta qualquer mácula de irregularidade ou de qualquer vício que o inquene e autoriza o processamento da ação sem a exata delimitação e individualização daqueles que deverão suportar os efeitos do provimento final. E tudo isso se faz estribado na garantia constitucional do acesso à justiça. Do autor apenas, ressalve-se.

Não há dúvidas de que o sistema processual deve resguardar o direito do postulante à efetiva prestação da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CF/88), esta compreendida como direito à sentença de mérito, conforme o entendimento desfilado pelo Processo civil Moderno. Isso certamente inclui a necessidade de ilidir os óbices processuais que se opõem a esta garantia e que desbordam a capacidade material daquele que provoca a atividade jurisdicional de superá-los. Reconhece-se que exigir o dever processual da parte autora de individualizar e citar pessoalmente todos os ocupantes nos conflitos fundiários que envolvem centenas ou até milhares de possuidores mostra-se barreira intransponível para o acesso à justiça. De outro vértice, aceitar a prescindibilidade de qualificação, que pode culminar na ausência total de identificação daqueles que deveriam obrigatoriamente figurar no polo passivo de uma ação, sem, em contrapartida, lançar mão de técnicas processuais alternativas, que sejam aptas a integrar, ainda que por representação, estes sujeitos da relação de direito material, resulta, necessariamente, em um esvaziamento total da cláusula de acesso à justiça do réu, pois inviabilizado estará o exercício do contraditório. Em outros termos, os dispositivos em análise franqueiam ampla e livre abertura para que o

autor perfilhe os trilhos que o leva ao exercício do direito de ação, mas, ao mesmo tempo, fere-se o direito de defesa em sua mais profunda essência.

Esta intelecção dos novos dispositivos legais nos remete à discussão verberada pela doutrina e outrora trazida neste trabalho sobre a sobreposição da posição do autor perante o sistema processual, expressa por meio da sua garantia ao direito à ação, frente ao direito de defesa do réu. Colhem-se ainda exemplos de que a própria técnica processual parece contrariar o paralelismo garantístico sufragado pelos preceitos constitucionais, denotando claramente que ainda está arraigado na processualística contemporânea o protagonismo daquele que primeiro movimenta a máquina judiciária.

Em assim fazendo, o sistema processual autoriza o esmaecimento do acesso à justiça do réu para permitir que o autor possa exercer o seu direito constitucional de ação, o qual, repisa-se, parece manter-se no cerne e como engrenagem de todo o sistema processual, perpetuando a tendência do “Processo Civil do autor”. Isso porque não se vislumbra nos dispositivos legais qualquer preocupação em sopesar as garantias das partes que se opõe no litígio, a exemplo de trazer ao sistema técnicas alternativas capazes de alcançar o equilíbrio entre o direito à ação e o direito de defesa.

Os dispositivos em análise parecem transparecer que a qualificação e a identificação dos indivíduos que constituem o polo passivo cuidam-se de formalidades que podem ser dispensadas assim que o direito de ação sentir-se ameaçado, prescindindo, reitera-se, de qualquer contrapartida para resguardar o acesso à justiça pela perspectiva do direito de defesa do demandado.

Todo este cenário retratado desconsidera que o exercício do direito de defesa é, em última análise, verdadeira expressão da garantia constitucional do direito ao acesso à justiça do réu e de que este também é merecedor da prestação jurisdicional do Estado em idêntica intensidade e hierarquia que o autor⁴⁷⁰.

De outro lado, se o próprio dispositivo legal não contempla uma alternativa como forma de compensar a não individualização dos integrantes do polo passivo e, conseqüentemente, a não citação de todos os réus, a primeira opção é verificar se há outras formas de compensação no próprio sistema processual. Em outros termos, faz-se necessário lançar mão de um mecanismo que funcione como integrador destes sujeitos processuais para fazer frente à multitudinarietàade que os caracteriza.

⁴⁷⁰ LANUSSE, Pedro P. *Proceso Jurisdiccional Eficaz*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 132.

Já mencionado neste trabalho, o artigo 554 do CPC traçou algumas regras para o caso de “ação possessória em que figure no polo passivo um grande número de pessoas”⁴⁷¹. Apesar de estar inserido no Capítulo III, que cuida das Ações Possessórias, alicerçado na interpretação sistemática, é possível afirmar que tais soluções devem superar os limites da tutela possessória para serem aplicadas a todas as hipóteses em que há efetivo óbice para a citação pessoal do réu, em razão da numerosidade e instabilidade subjetiva daqueles que devem integrar o polo passivo.

Não há dúvidas de que o fenômeno de haver uma coletividade indeterminável ou de difícil determinação no polo passivo não se prende à tipicidade da tutela. Isso sequer ocorre nos conflitos fundiários, os quais podem se expressar por variados tipos de tutela e procedimentos, como Ação Reivindicatória, nos termos da própria previsão do CPC/15⁴⁷², Ação de Desapropriação em que figuram como réus uma multidão de possuidores da área *sub judice*⁴⁷³, Ação Civil Pública para desfazimento de loteamento irregular, em razão de suposta violação ao ordenamento urbanístico⁴⁷⁴ ou, ainda, por violação ao meio ambiente⁴⁷⁵, entre outros exemplos.

O presente trabalho visa a investigar estas soluções e avaliar se elas são efetivas para acesso à justiça do réu, como uma forma de compensação à dispensa de identificação e qualificação do polo passivo, de modo a buscar o equilíbrio entre as partes processuais, e, assim, superar o protagonismo do autor na lide, que, principalmente quando uma coletividade está posicionada no polo passivo, desvela-se fato inconteste.

5.2. Citação nos Conflitos Plurissubjetivos e as dificuldades práticas para atingimento de seus escopos

5.2.1 Citação e seu significado para o direito de defesa

⁴⁷¹ Conforme a própria dicção do parágrafo 1º do artigo 554 do CPC.

⁴⁷² Artigo 565, § 5º, CPC.

⁴⁷³ O STJ entende que os possuidores são litisconsortes necessários na Ação de Desapropriação, ainda, que podem ser titulares de indenização quando no processo houver pressupostos fáticos suficientes para se concluir pela usucapião (AgRg no AREsp 761207 / RJ).

⁴⁷⁴ Resp 405.706/SP. Rel. ministro Luiz Fux, j. 06.08.02. Sobre o tema, o artigo de nossa autoria: CARVALHO, Sabrina Nasser. Judicialização dos Assentamentos Irregulares: reflexões necessárias. *In: Revista Magister*. Ano X, n. 58. Fev/mar, 2015, pp. 5-16.

⁴⁷⁵ REsp 1666027 / SP, Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 01/02/2018.

O Código de Processo Civil define a citação como “ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”⁴⁷⁶. A definição legal é bastante singela e, à primeira vista, pode não denotar a importância que o ato processual exerce para o resguardo de garantias essenciais àquele que deve integrar a lide, em razão da interferência direta do provimento jurisdicional sobre o seu patrimônio jurídico.

Em uma concepção mais tradicional, Sanseverino e Komatsu assim a definiram: “citação envolve, basicamente, a ideia de se dar a alguém oportunidade de ser ouvido a propósito de alguma coisa que, em juízo, lhe diz respeito”⁴⁷⁷.

“Oportunidade de ser ouvido”. A isso, os processualistas denominaram de Princípio da Bilateralidade da Audiência, que, desde à época romana, já vigia, logicamente com os naturais moldes e respectivos contornos que o momento delineava⁴⁷⁸.

Sobre a bilateralidade de audiência, Ovídio Baptista, apropriando-se um antigo provérbio alemão, aduziu que “a afirmação de um só homem não é afirmação”⁴⁷⁹. Para a busca da verdade baseada na contraposição dialética, e, portanto, para o alcance de uma escorreita e imparcial síntese, o magistrado deve ter acesso à tese e à antítese⁴⁸⁰. E, por esta razão, Ovídio Baptista assevera que a audiência bilateral é uma necessidade mais do órgão julgador do que das próprias partes, já que somente é possível alcançar um nível aceitável de segurança para o julgamento, ouvindo os argumentos e contra-argumentos dos litigantes⁴⁸¹.

Com o tempo, e, principalmente, com a constitucionalização do processo, os processualistas concluíram que era necessário ir além da bilateralidade da audiência. A simples oportunidade de ser ouvido não era suficiente para garantir o alcance de um processo eminentemente justo. Portanto, na linha de evolução de um Estado constitucional, passou-se a falar na garantia do contraditório, que, por seu perfil atual, permeado pelos direitos e garantias fundamentais, mostra-se tão rico e vasto, que dificilmente uma síntese poderia projetar toda a sua extensão⁴⁸².

⁴⁷⁶ Artigo 238 do CPC/15.

⁴⁷⁷ SANSEVERINO, Milton; KOMATSU, Roque. *A Citação no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 33.

⁴⁷⁸ Cf. MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*. Buenos Aires: Ediar. 1945.

⁴⁷⁹ *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 70.

⁴⁸⁰ “Somente pela soma da parcialidade das partes (um representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético (GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55).

⁴⁸¹ *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. I. 1996, pp. 70-71.

⁴⁸² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 161.

A evolução social, política e cultural de nossa época, a complexidade da vida atual e o incremento do ativismo judicial⁴⁸³, fizeram o caráter dialético do processo o seu fundamento de legitimidade. E a dimensão hodierna do contraditório se alargou de tal forma que o processo passou a ser concebido como *locus* do exercício da democracia que legitima o exercício do poder estatal⁴⁸⁴, portanto, ambiente de larga inspiração democrática.

Na busca por um processo mais participativo, Calamandrei já alertava para o fato de que o processo não pode ser compreendido como um monólogo, mas um diálogo, uma troca de proposições, de respostas, de réplicas, um cruzamento de ações e reações, de estímulos e contraestímulos, de ataques e contra-ataques. Segundo o autor, “*se trata de una esgrima de persuasions y de una contienda de razonamientos*”⁴⁸⁵.

Outra concepção formatada sob o auspício dos princípios do moderno Processo Civil é o seu não contentamento com o gozo meramente formal dos direitos e garantias. Nos moldes atuais, o binômio informação-reação deve ser concreto, real, permeado pelo ideário democrático. Não basta ao direito de defesa a mera resistência à pretensão inicial, mas o litigante deve atuar com paridade de armas, gozar de defesa técnica qualificada, ter efetivas possibilidades de produzir as provas pertinentes para a demonstração de seus argumentos, portanto, ser capaz de efetivamente influenciar a decisão do órgão julgador⁴⁸⁶.

Encampada pelo CPC/15, a doutrina brasileira vem, há certo tempo, defendendo o modelo cooperativo de processo. Nesta proposta de processo, o contraditório deve ganhar papel de destaque, “sendo o instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo”⁴⁸⁷. Incluso neste diálogo, o magistrado passa a ter “deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio com os litigantes”⁴⁸⁸. Daí decorre a

⁴⁸³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira faz uma correlação do Princípio do Contraditório com o princípio da igualdade, da cooperação, da efetividade, demonstrando a necessidade hodierna de não mais tratar esta garantia apenas pela perspectiva formal (A Garantia do Contraditório. In: *Revista de Direito da UFRGS*, n. 15, 1998. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70385>. Acesso em 20/12/2017).

⁴⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 145-146.

⁴⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960, pp. 150/151.

⁴⁸⁶ Comoglio, Taruffo e Ferri estabeleceram como conteúdo mínimo do contraditório a igualdade substancial das partes, a possibilidade de defesa técnica qualificada, a adequação das possibilidades de alegação e produção de provas capazes de influenciar o convencimento do juiz (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul Processo Civile*. vol. 1. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 70).

⁴⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

⁴⁸⁸ Op. Cit., p. 84.

importância ainda mais relevante dada contemporaneamente a esta garantia constitucional, já que a proposta é fortalecer a ampliação do diálogo no processo⁴⁸⁹.

É certo que o *iter* procedimental compromissado com os princípios democráticos pode, por si só, não ser suficiente para a garantia de uma decisão substancialmente justa, mas é inegável que o contraditório pleno concorre com participação considerável para a legitimidade das decisões judiciais. Isso porque a ampla contraposição dialética amplia o espectro de análise, constrange à comparação, atenua as concepções pré-concebidas, proporciona um juízo mais aberto e ponderado⁴⁹⁰. Em outros termos, este diálogo, que progride para uma efetiva cooperação entre as partes, revela-se essencial para a constituição de um processo justo.

A importância do direito de defesa e, portanto, da garantia do contraditório, é, como visto, questão amplamente explorada e festejada pela doutrina, principalmente diante da aproximação do Direito Processual aos pilares de uma democracia substancial e participativa. E cada vez mais são lapidados os instrumentos que garantem às partes constantes do litígio o direito à participação dialógica antes do provimento jurisdicional, a exemplo da proibição da decisão surpresa⁴⁹¹.

Por outro lado, pouco se tem aprofundado sobre o ato de citação, a despeito de se tratar de um dos meios mais importantes para garantir o direito de defesa. Como já se afirmou de forma bastante acertada, a tutela dos direitos fundamentais não está a depender de nenhuma reforma constitucional, mas o seu respeito se alcança muito mais pelo equilíbrio, no meio ambiente forense, de questões cotidianas relacionadas com o sistema processual⁴⁹².

É exatamente isso que ocorre com a citação. A princípio, pode ser compreendida como um ato simples, mas, na sua essência, revela-se o elo, o mais importante instrumento que liga o processo aos princípios democráticos. Ela é o pressuposto para o exercício do contraditório e, em última análise, para o acesso à justiça do demandado. Por esta razão, a

⁴⁸⁹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo Civil no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo; Saraiva, 2016, p. 85.

⁴⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório. *In: Revista de Processo*. 71/31, 1993, p. 34.

⁴⁹¹ Artigo 10 do CPC: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁴⁹² BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo: A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 22.

prática do dia a dia forense não pode menosprezá-la, pois, se assim o fizer, estará menosprezando garantias constitucionais basilares.

Portanto, quando se analisa o ato de citação, seus elementos e requisitos, o que se deve ter em vista é que se trata do meio mais importante para proporcionar acesso à justiça ao réu. O escopo do ato de citação é franquear informação e reação, é possibilitar ao réu o seu exercício do direito de defesa, é lhe dar acesso à justiça. E esta garantia de acesso à justiça tem exatamente o mesmo *status* e importância do acesso à justiça do autor.

Esta simetria entre o acesso à justiça do autor e do direito de defesa do réu já era percebida por Ada Pellegrini Grinover:

[...] a defesa representa, na realidade, um aspecto integrante do próprio direito de ação, os quais são a face e o verso da mesma moeda, até porque não se pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticas⁴⁹³.

José Frederico Marques também compreendeu a importância do direito de defesa, equiparando-a ao direito de ação:

O direito de defesa é em tudo semelhante ao direito de ação. Os característicos fundamentais do *jus actionis*, como direito abstrato, autônomo e público, integrando a categoria dos direitos processuais subjetivos, estão presentes no direito de defesa do réu⁴⁹⁴.

Para Nelson Nery, “ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se”⁴⁹⁵.

Portanto, da mesma forma que o direito do autor de acessar a esfera jurisdicional em busca de fazer valer os seus direitos é erigido ao mais alto grau da escala da fundamentalidade, assim deve ser tratado o direito de defesa e, conseqüentemente, os meios para fazê-lo concretizar, dentre eles, o ato processual da citação.

Na verdade, a citação mantém também estreita relação com outros princípios fundamentais, como o da Igualdade entre as partes, o da Paridade de armas, Princípio da Ampla Defesa⁴⁹⁶, pois é a informação que possibilitará à parte integrar-se à lide para o

⁴⁹³ *Novas Tendências do direito processual*: de acordo com a Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 5.

⁴⁹⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 119.

⁴⁹⁵ *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 79.

⁴⁹⁶ CORREIA, André de Luiz. *A Citação no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38.).

exercício de uma ampla gama de direitos, ônus e faculdades, e, por fim, como já abordamos, do acesso à justiça.

Sensível à importância do ato citatório, Sálvio de Figueiredo Teixeira já afirmou que a citação se trata de “direito fundamental do ser humano, essencial ao devido processo legal”⁴⁹⁷. Pontes de Miranda mencionou que “a citação é o alicerce do processo e o protótipo do ato processual”, afinal, é dela que se parte para o complexo de atos que vai terminar na prestação jurisdicional definitiva⁴⁹⁸.

Citação deriva do latim, do verbo *ciere*, que quer dizer produzir movimento, chamar, incitar⁴⁹⁹. Origem do termo traduz a completude do ato. A sua função é de promover o conhecimento dos termos da ação e, ainda, instigar, incitar, impulsionar a parte a produzir um movimento de reação ao seu destinatário, uma vez que ela adverte o réu quanto aos riscos de não preparar a sua defesa. É certo que, se devidamente cumprida, a inércia de seu destinatário não invalidará o ato, mas isso não infirma a sua dupla função: informação e possibilidade de reação. A tão-só possibilidade (em paridade de armas) que se dá ao réu de se manifestar no processo atende ao postulado do contraditório, não sendo necessário que ele, de fato, deduza resposta⁵⁰⁰.

Nesta linha de raciocínio, o processo em que se ignore ou anule o referido ato e, conseqüentemente, esbarre no direito de defesa, colocando o réu em flagrante posição de inferioridade jurídica, não é um processo legal, mas procedimento iníquo, potencialmente capaz de violar e ferir direitos subjetivos da mais alta relevância. Esvaziada a dimensão dialética, esvazia-se o modelo estrutural do processo moderno⁵⁰¹.

Com efeito, é fulcrado nesta dimensão principiológica que a citação de múltiplos réus será analisada no tópico seguinte, de modo a dimensionar o seu impacto sobre todos os princípios de estreita conexão com a citação, e, em última análise, a garantia do acesso à justiça ao réu.

⁴⁹⁷ *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 125.

⁴⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. São Paulo: Forense, 1974, p. 195.

⁴⁹⁹ MENDES Jr., João de Almeida. *Direito Judiciário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas de Barros, 1960, p. 35.

⁵⁰⁰ NERY, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 234. “O processo moderno não impõe a obrigatoriedade da presença do réu como condição essencial para que a relação processual se desenvolva e atinja normalmente o momento final da jurisdição. O que é indispensável é que se coloque na condição de se defender-se” (*Curso de Processo Civil*. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 315-316).

⁵⁰¹ Como afirmou Calamandrei, “sin esta dialéctica triangular no existe processo en el sentido moderno de la palabra, y se podría decir, parafraseando un antiguo lema, que *tres personae faciunt processum*” (CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960, p. 151).

5.2.2 Citação de múltiplos réus nos conflitos fundiários

5.2.2.1. Primeiro Ato: a tentativa de citação pessoal

Após a abordagem sobre a importância do ato de citação na efetivação da garantia do contraditório, passa-se a analisar o seu *modus operandi* no caso de ações “em que figure no polo passivo grande número de pessoas”, conforme dicção do próprio artigo 554 do Código de Processo Civil. Dispõe o referido dispositivo legal que, em primeiro lugar, deverá ser feita a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local, o que ocorrerá uma única vez. Os demais, continua o texto legal, deverão ser citados por edital.

Inicialmente, faz-se importante frisar que, malgrado o artigo esteja inserido no Capítulo das Ações Possessórias, a multidão de réus no polo passivo não se limita a esta espécie de tutela. Como será abordado nos itens seguintes, a complexidade dos fatos da vida estão a refletir diretamente nos aspectos subjetivos dos conflitos perante o Poder Judiciário, impactando o espectro subjetivo dos litígios, tornando-o também complexo. Por esta razão, tal dispositivo deve ser aplicado por analogia a outros procedimentos que também sejam caracterizados pela larga plurissubjetividade passiva. É certo que nas ações possessórias ou em outros procedimentos que versem sobre conflitos fundiários há um elemento facilitador para a citação pessoal dos demandados, ao menos em parte desta multidão de réus, pois o domicílio de seus destinatários é conhecido. De todo modo, conforme será verificado, a citação por edital é sempre excepcional e subsidiária e, como tal, é imprescindível que atos anteriores de tentativa de citação pessoal sejam realizados para se ter como válida a citação ficta. O que se pretende dizer é que a tentativa de citação pessoal, mesmo nas ações passivas plurissubjetivas, é pressuposto imprescindível para a validade do ato citatório e, conseqüentemente, para a legitimidade do processo, salvo a demonstração prévia inequívoca da impossibilidade absoluta da citação pessoal se realizar. A expressa necessidade de tentativa de citação pessoal descrita no artigo 554, parágrafo primeiro, CPC, apenas reforça esta premissa.

Outra questão que suscita dúvidas na doutrina⁵⁰² é sobre a intelecção que deve ser extraída do conceito jurídico indeterminado “um grande número de pessoas”, já que é esta hipótese que determinará a aplicação do artigo 554 e parágrafos, CPC. As dúvidas são

⁵⁰² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1140.

naturais e emergem da mesma forma que inúmeros outros conceitos jurídicos indeterminados insertos na legislação processual, considerando que, apenas à luz do caso concreto é que o órgão julgador conseguirá franquear-lhes valor.

Neste sentido, o artigo 319, parágrafo 3º, CPC, fornece vetores interpretativos, que também podem ser aplicados por analogia, de modo a corroborar na busca da interpretação a ser aplicada ao caso: *impossibilidade* ou *excessiva onerosidade* de citação pessoal de todos os indivíduos que deveriam figurar no polo passivo. Estes dois conceitos jurídicos indeterminados agregam-se aos demais requisitos da citação nos conflitos plurissubjetivos, tornando-os presença obrigatória para a validade do procedimento descrito nos parágrafos do artigo 554 do CPC. Vale repisar: a dispensa de citação individual de todos os réus se torna válida apenas quando for demonstrada, pelo requerente, a impossibilidade ou a excessiva onerosidade ao seu acesso à justiça. Portanto, mantém-se regra excepcionalíssima.

Assim, apenas a título ilustrativo, não se mostra impossível, tampouco excessivamente onerosa, a citação de 20 famílias ocupantes, que ergueram as suas casas ao longo das margens de um rio e estão sendo demandados em uma ação civil pública para desocuparem a área por se tratar de uma área de preservação permanente⁵⁰³.

É sempre importante considerar que, nesta hipótese, o magistrado deve fazer um juízo de ponderação entre dois princípios que estão posicionados, no plano abstrato, na mesma linha de fundamentalidade: o direito de ação, que representa o acesso à justiça do autor e, de outro lado, o contraditório, que, por sua vez, expressa a garantia do acesso à justiça do requerido. E, no processo intelectual de interpretação da norma, é necessário considerar que “impossibilidade” e “onerosidade excessiva” devem ser interpretados restritivamente, vez que limitam a efetividade do meio que perfaz uma garantia fundamental, qual seja, o contraditório. E, repisa-se, o ônus de demonstrar estes dois critérios é do autor, conforme outrora já afirmado.

E, mais uma vez, insiste-se que o fato de a área se tratar de favela, ocupação irregular, ocupação de movimento de moradia, não serve, por si só, como embasamento

⁵⁰³ No processo 4000515-13.2013.8.26.0292, ação civil pública, que teve curso perante a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Jacareí/SP, o Ministério Público Estadual pleiteou a remoção de uma comunidade por estar em área de domínio público e em área de preservação permanente. Ocorre que o autor apenas colocou no polo passivo o Município de Jacareí, em razão do dever do ente federativo de coibir assentamentos irregulares. Destaca-se que o pedido de remoção dirigia-se a 36 famílias, que ocuparam, de forma razoavelmente ordenada, a margem direita do Rio Paraíba do Sul há 45 anos, sem qualquer contestação anterior. O contexto desta comunidade demonstrava, a princípio, que era possível a citação pessoal de cada um dos moradores.

fático e jurídico dos conceitos legais “impossibilidade” ou “excessiva onerosidade”⁵⁰⁴. Vale dizer, o fato de se tratar de uma ocupação coletiva não justifica a aplicação automática da citação ficta, ao contrário do quanto afirmado pela doutrina, que argumenta que estes locais apresentariam um risco presumido para o oficial de justiça proceder a diligência⁵⁰⁵. Se assim fosse, estaria anilado, de forma sumária, o direito de informação e de reação de todos que integram esta comunidade e, conseqüentemente, usurpariam-lhes todas as suas garantias, corolários do devido processo legal. É como dizer que a um favelado não deve ser outorgada a garantia do contraditório, em razão do espaço territorial que ocupa. Seria reproduzir, agora por intermédio do Processo Civil, mais uma forma de exclusão, reforçando o que estas comunidades já sentem em diversas outras áreas.

O parágrafo 2º do artigo 554 do CPC complementa o dispositivo anterior, dispondo expressamente que o oficial de justiça “procurará os ocupantes no local por uma vez”. Esta parte do dispositivo, que limita a quantidade de vezes que o oficial de justiça deve ir até a área, foi exigência da Bancada Ruralista na Câmara dos Deputados quando da negociação da redação dos dispositivos atinentes ao Capítulo das Ações Possessórias do Projeto de Lei do CPC/15. O escopo da limitação é fazer com que a diligência citatória não se torne uma fase morosa, podendo, segundo esta linha de parlamentares, corroborar e até incentivar as ocupações ilegais⁵⁰⁶. De outro vértice, os deputados ligados aos Movimentos Sociais queriam que o texto legal dispusesse que o oficial de justiça fosse ao local três vezes, mas, ao final, tiveram que ceder para que um acordo legislativo fosse feito.

Não há dúvidas de que, a depender do espectro territorial da área e de sua densidade ocupacional, dificilmente uma única diligência, como determina a lei, será suficiente para cumprir com o desiderato de informação-reação que a citação deve produzir. Aliás, pode haver, no caso concreto, incompatibilidade de comandos normativos entre esta limitação quantitativa do comparecimento do oficial de justiça uma única vez na área *sub judice* (artigo 554, parágrafo 2º, CPC), com o dever imposto ao oficial de justiça de citar (podendo simultaneamente qualificar, se desconhecidos) os ocupantes que estiverem na área no momento da diligência.

⁵⁰⁴ Assim, confronta-se a afirmação de Erik Navarro Wolkart de que a área considerada inacessível pelo oficial de justiça pode acarretar a citação de todos por edital (*In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 894.*).

⁵⁰⁵ CRAMER, Ronaldo. *In: CABRAL, Antônio do Passo. Comentários ao NCPC. São Paulo: Forense, 2016, p. 894.*

⁵⁰⁶ A principal controvérsia que se deu na Câmara dos Deputados foi em relação à audiência preliminar obrigatória de mediação antes da apreciação do pedido liminar, em todas as ações possessórias. Mas a discussão acerca do número de vezes que o oficial de justiça deveria ir até a área para realizar a citação também dividiu ruralistas de um lado e bancada popular de outro.

A bem da verdade, a limitação legal do número de vezes que o oficial deve ir até a área *sub judice* não deveria estar prescrita em lei, mas apenas a obrigatoriedade de se viabilizar a citação pessoal de um razoável número de ocupantes da área litigiosa. Nos termos do Processo Civil moderno, a questão deveria ser controlada judicialmente e, portanto, casuisticamente, buscando-se nos vetores da proporcionalidade um equilíbrio entre a duração razoável do processo, a garantia do autor, e, de outro lado, a garantia do contraditório dos requeridos. Em obra específica sobre o Princípio da Proporcionalidade aplicado ao processo, Marcelo Bonício defende que o referido princípio concorre para a linha de equilíbrio apta a contribuir para a legitimação formal e material das decisões judiciais. É por meio deste princípio, afirma o autor, que se busca evitar excessos, procura-se a adequação dos meios e se estabelece uma proporção razoável entre os interesses em conflito⁵⁰⁷. Daí, portanto, ser o vetor interpretativo mais adequado ao controle do ato de citação e, ainda, das garantias e princípios que permeiam o ato.

A citação pessoal é medida impositiva, ainda que nos casos de ampla e complexa subjetividade da lide. E, se foi prescrita em lei, é porque dela se esperam resultados práticos (informação-reação) que devem ser alcançados, caso contrário, repristinamos para o Estado Liberal, em que as garantias e os direitos pairavam no plano da mera formalidade.

Portanto, a citação pessoal, assim como todos os outros atos processuais, têm escopos a colimar, têm função social a desempenhar. Com isso, queremos afirmar, por exemplo, que se mostra bastante razoável que a citação pessoal não atinja todos os ocupantes de uma área *sub judice* em que estão 100 famílias. Mas, sem dúvida alguma, citar apenas 10 pessoas deste contingente é subdimensionar a potencialidade e funcionalidade da citação pessoal, tornando-a, em uma intelecção mais abrangente, mera formalidade.

Nesta linha de intelecção, o oficial de justiça pode até ir uma vez na área, desde que demonstre que conseguiu proceder a citação pessoal de parte razoável da comunidade. Caso não consiga fazê-lo em razão da limitação temporal, é plenamente possível à parte prejudicada justificar a inconstitucionalidade difusa e *in concreto* do parágrafo 2º do artigo 554, CPC/15, em razão da violação do direito de defesa, contraditório, e, como mencionado, do acesso à justiça dos requeridos. Estaria, assim, a defender o espectro

⁵⁰⁷ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo: A Garantia Constituição da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 212.

substancial do ato de citação pessoal e, conseqüentemente, de todas as garantias e princípios que lhe são corolários.

5.2.2.2. Segundo Ato: Citação por Edital

Discorre o artigo 554, parágrafo primeiro do CPC que, aqueles que não forem citados pessoalmente, deverão citados por edital. Desta forma, para a legislação processual, a fase citatória estaria completa e, portanto, seria apenas legítima, com a necessária combinação entre estas duas modalidades de citação, a citação pessoal e a citação ficta, esta última realizada por intermédio do edital. As duas modalidades de citação são, portanto, obrigatoriamente cumulativas, sob pena de nulidade⁵⁰⁸.

A citação por edital se aperfeiçoa por meio da publicação de editais de natureza pública “na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça”, nos termos do artigo 257, CPC. Segundo o parágrafo único deste mesmo dispositivo, a publicação do edital em jornal local é medida excepcional, devendo a sua pertinência ser deliberada pelo órgão julgador, a luz do caso concreto.

O escopo das diligências legalmente prescritas é o de dar publicidade ao ato de chamamento dos réus ao processo. No entanto, é sabido que pouca ou nenhuma efetividade há na citação por edital nos dias atuais. No passado, a publicação de editais com o nome das partes em praças, pelourinhos e igrejas tinha um razoável potencial de atingir seu desiderato

⁵⁰⁸ A propósito, o STJ, sob a égide do novo código, já assentou: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INVASÃO COLETIVA DE IMÓVEL POR NÚMERO INDETERMINADO DE PESSOAS. CITAÇÃO POR EDITAL DOS INVASORES NÃO ENCONTRADOS PELO OFICIAL DE JUSTIÇA. NECESSIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO MULTITUDINÁRIO FORMADO POR RÉUS INCERTOS. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO FICTA. NULIDADE DO FEITO. 1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a ausência de intimação do Ministério Público não enseja, por si só, a decretação de nulidade do julgado, salvo a ocorrência de efetivo prejuízo demonstrado nos autos. 2. Nas ações possessórias voltadas contra número indeterminado de invasores de imóvel, faz-se obrigatória a citação por edital dos réus incertos. 3. O CPC/2015, visando adequar a proteção possessória a tal realidade, tendo em conta os interesses público e social inerentes a esse tipo de conflito coletivo, sistematizou a forma de integralização da relação jurídica, com o fito de dar a mais ampla publicidade ao feito, permitindo que o magistrado se valha de qualquer meio para esse fim. 4. O novo regramento autoriza a propositura de ação em face de diversas pessoas indistintamente, sem que se identifique especificamente cada um dos invasores (os demandados devem ser determináveis e não obrigatoriamente determinados), bastando a indicação do local da ocupação para permitir que o oficial de justiça efetue a citação daqueles que forem lá encontrados (citação pessoal), devendo os demais serem citados presumidamente (citação por edital). 5. Na hipótese, deve ser reconhecida a nulidade de todos os atos do processo, em razão da falta de citação por edital dos ocupantes não identificados. 6. Recurso especial provido (REsp 1314615 / SP, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 12/06/2017).

de dar conhecimento da propositura da ação e de integrar a parte principal⁵⁰⁹. Hoje, a citação por edital passou a ser reconhecidamente uma ficção jurídica, um ato revestido de mera formalidade, ou, para os mais críticos, uma forma de “fantasiar o Direito de um perfeccionismo inexistente”⁵¹⁰.

Por esta razão, a sua marca é a excepcionalidade. A regra é a citação pessoal. Nisso consiste o que se denominou de Princípio da Pessoalidade da Citação⁵¹¹, de modo a destacar a preponderância, imperativa e multimilenar, dada pelo sistema à citação recebida diretamente por seu destinatário. Nesta mesma linha, doutrina e jurisprudência já se consolidaram no sentido de que o pressuposto para o referido ato processual é o prévio esgotamento das tentativas de citação pessoal⁵¹² ou, ainda, quando se comprovar que não há outra forma de citação possível⁵¹³, o que, aliás, é ônus do autor. Portanto, se não está presente a excepcionalidade no caso concreto, o ato estará eivado de nulidade.

Na dicção do artigo 256 do CPC/15, a citação por edital será feita quando desconhecido ou incerto o citando (inciso I), quando ignorado, incerto e inacessível o lugar que se encontra o citando (inciso II) e nos casos expressos em lei (inciso III)⁵¹⁴. A primeira hipótese é denominada pela doutrina de subjetiva, pois diz respeito às características da

⁵⁰⁹ Luiz Carlos de Azevedo narra que, na vigência das Ordenações do Reino Lusitano, a citação por meio dos editos era utilizada nas hipóteses de ser incerta a pessoa a ser citada, quando certa a pessoa, mas incerto o seu paradeiro ou se a pessoa morasse em local inacessível ou sujeito a epidemias ou pestes (*O Direito de ser Citado*. São Paulo: Resenha Universitária, 1980, p. 282).

⁵¹⁰ SPEGLER NETO, Theobaldo. *O Princípio da Ampla Defesa e a Citação Editalícia*: institutos em conflito. In: Revista (RIDB), Ano 2 (2013), n. 5, p. 4407.

⁵¹¹ CORREIA, André de Luiz. *A Citação no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 39.

⁵¹² Neste sentido: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO ESGOTAMENTO DE OUTROS MEIOS DE CITAÇÃO. REsp 1.103.050/BA. ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 414/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A orientação firmada no acórdão recorrido, de que a citação por edital, na execução fiscal, exige a prévia frustração das tentativas de comunicação por correio e oficial de justiça, está de acordo com a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no julgamento do REsp 1.103.050/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 6.4.09, na forma do art. 543-C do CPC. 2. "A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades" (Súmula 414/STJ). 3. Tendo o aresto agravado assentado o entendimento de que não foram esgotados todos os meios de localização do executado, rever tal posicionamento demanda reexame do contexto fático-probatório do feito, vedado ao STJ na estreita via do Recurso Especial, ante o disposto em sua Súmula 7: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 4. Agravo Regimental não provido (AgRg nos EDcl no REsp 1330064 / AM, Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 19/12/2012). Para Hugo Mazzilli, a citação por edital somente está autorizada quando impossível a citação pessoal dos réus (MAZZILLI, Hugo Nigro. Réus Incertos ou Desconhecidos no Processo Civil. In: *Justitia*. São Paulo. 47(128): jan/mar. 1995, p. 60).

⁵¹³ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidieiro denominam de essencial a hipótese de citação por edital quando não há outra modalidade possível e de acidental, quando esgotados todos os meios de localização do demandado (*Código de Processo Civil Comentado: Artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 231).

⁵¹⁴ A redação do referido artigo continuou a mesma do CPC/73 (artigo 231). Houve apenas a retificação do termo técnico de réu para citando.

pessoa do citando; a segunda hipótese, de objetiva, pois se refere ao lugar onde o citando se encontra; e o terceiro, de legal⁵¹⁵, pois está a depender da escolha feita pela política legislativa.

Nos interessa os critérios subjetivos. Entre eles, está o fato de o citando ser desconhecido ou incerto (art. 256, inciso I, CPC). Pontes de Miranda estabeleceu a diferença entre réu incerto e desconhecido: incerto é o réu quando há dúvidas sobre a sua identificação⁵¹⁶; e desconhecido é o réu certo e determinado, mas cuja identidade se desconhece⁵¹⁷. Pontes de Miranda inclui na primeira classificação, de réu incerto, o caso de múltiplos réus, que, em razão da quantidade, torna a sua individualização impossível ou extremamente difícil, abrindo, então, espaço para a citação por edital.

No entanto, segundo a maioria da doutrina, a distinção de conceitos entre réus incertos e desconhecidos é desnecessária, pois despida de efeitos práticos, já que ambos os casos terão o mesmo resultado. Indiferente ao termo “desconhecido” ou “incerto”, Frederico Marques afirma que o critério subjetivo da citação por edital se perfaz quando não se pode individualizar o citando, ou ainda, em razão da dificuldade de se identificar a todos os réus, por serem muitos os interessados⁵¹⁸.

Sérgio Sérulo da Cunha compartilha de outro entendimento. Para ele, incerto é o réu nas situações jurídicas difusas, abstratas ou não personalizadas. Já o réu desconhecido seria aquele que, embora subjetivada a respectiva posição, não se definiu qual o seu titular. Ressalta o autor que o conceito de réu desconhecido é técnico-jurídico e não vulgar. Desta forma, conclui que as ações possessórias contra réus inominados não se enquadram em nenhuma hipótese de citação por edital, vez que não há incerteza ou desconhecimento sobre os réus. Para ele, “são pessoas, em maior ou menor número, mas perfeitamente determinadas, que têm a coisa em seu poder”⁵¹⁹.

Na visão de Adriano Stanley Rocha Souza, desconhecido é o réu ou terceiro interessado cuja identidade não se pode precisar, embora a relação jurídica seja

⁵¹⁵ MONIZ DE ARAGÃO. *Comentário ao Código de Processo Civil*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 1974, p. 234.

⁵¹⁶ “Incerto: a) por serem muitos, sem individuação possível, ou extremamente difícil; ou b) por ser *unus ex publico*; ou c) por haver dúvida sobre a sua identificação; ou d) por ser pessoa futura” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 289).

⁵¹⁷ “Desconhecido: ou a) por se lhe não conhecer o nome; ou b) sabendo-se-lhe o nome, não se conhecer a pessoa a que corresponda; ou c) não se lhe sabendo o nome, nem se tendo conhecimento da pessoa, se existirem dados para que o citando receba para si a notícia da citação” (Op. Cit., p. 289)

⁵¹⁸ MARQUES, Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II e III. Rio de Janeiro: Forense, p. 70.

⁵¹⁹ Ação Possessória contra Réu Inominado. In: *Revista de Processo*. vol. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 132.

perfeitamente subjetivada. É o que, segundo o autor, ocorre na falência, usucapião, insolvência, entre outras. Já incerto é o réu cuja existência não tem o autor a menor ideia de quem poderia ser, como nas ações propostas contra espólio, herdeiros ou sucessores. Souza distingue os exemplos acima mencionados da ação proposta por um fazendeiro contra ocupantes de suas terras, pois, nesta, não há desconhecimento ou incerteza acerca da existência dos réus. Ao contrário, para o autor, eles são certos e definidos, apenas o que não é possível é individualizá-los, identificá-los. Com fulcro neste entendimento, entende que não há respaldo legal para a citação por edital nestes casos⁵²⁰.

De fato, é difícil negar que não haja diferença entre os réus desconhecidos em sua identidade em razão de sua extensa numerosidade, como ocorre comumente nos conflitos fundiários, mas que, por outro lado, são certos em sua existência, da hipótese mencionada no artigo 259 do CPC, que prescreve a obrigatoriedade da citação por edital de réus incertos e desconhecidos nas ações de usucapião, recuperação e substituição de título ao portador ou outra ação que, por determinação legal, se faça necessário dar publicidade a eventuais interessados, quando então não é sequer possível saber se eles realmente existem. No primeiro caso, o grupo de réus é real, o que se torna difícil é individualizá-los e, conseqüentemente, citar individualmente todos eles. No segundo, não se sabe quem são e, ainda, se os interessados existem efetivamente ou se trata apenas de uma hipótese. Neste sentido, Hugo Mazzilli esclarece que “a citação editalícia genérica é antes meio legal de publicidade em certas ações, do que meio para obter uma revelia indeterminada”⁵²¹.

Esta diferença é relevante e deve ter efeitos práticos. Quando há certeza da existência de réus, esforços devem ser engendrados para a tentativa de citação pessoal, como primeiro passo da fase de citação, passando, em seguida, para a citação por edital. Se não é possível sequer saber de sua existência, não há que se falar na tentativa de citação pessoal, já que esta não seria materialmente possível.

De todo modo, as dificuldades de identificação e citação de um grande número de demandados, ainda que ciente do local em que estão, ainda persistem. A afirmação intransigente de que todos devem ser citados de forma pessoal, invariavelmente, sob pena de nulidade, pode, a depender do caso concreto, desbordar para a irrazoabilidade e fazer tábula rasa do direito de acesso à justiça do autor, o que o próprio CPC rechaça, como já

⁵²⁰ A Formação do Processo nas Ações Reipersecutórias Multitudinárias: a citação de réus inominados na petição inicial. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/inicial.pdf>. Acesso em 20/12/2017.

⁵²¹ Op. Cit., 61.

pontuado. Daí a imprescindibilidade da composição com outros meios, como a própria citação por edital, conforme determina e impõe a lei processual, sem mais margens para discussão.

Talvez parte da solução possa estar na necessidade de revisitação das formas de citação por edital, principalmente quando esta é analisada como um ato meramente formal, sem qualquer expectativa de efeitos práticos. Nesta linha, o que se faz necessário é transformar a citação edilícia em ato efetivamente funcional e não apenas na externalização e reprodução de atos solenes e formalidades infundadas. O objetivo da citação, em qualquer uma de suas modalidades, é o de dar conhecimento ao ato de chamamento do demandado ao processo, informando-o acerca dos prazos e dos riscos de eventual inércia. Se a citação por edital andar nos trilhos de uma efetiva publicitação, deixa de ser uma mera formalidade e solenidade e passa a ter um espaço de maior relevância para o Direito Processual.

No caso dos conflitos de larga plurissubjetividade passiva, a tônica de publicitação da citação por edital pelos meios mais eficazes é essencial, pois haverá demandados aos quais não serão possíveis diligências prévias de tentativa de sua citação pessoal. O fator de alta numerosidade é, por si só, excludente deste importante ato de chamamento ao processo, ao menos do ponto de vista individual.

Como bem observado por Susana Henriques da Costa e João Eberhardt Francisco, a citação por edital de pessoas desconhecidas afeta diversos outros aspectos processuais da controvérsia, como a possibilidade de intervenção de terceiros, a configuração da litispendência e a extensão subjetiva da coisa julgada. Ou seja, entendê-la como válida em uma demanda significa outorgar um impacto razoável nos diversos institutos processuais que permeiam o conflito. Daí o necessário cuidado com o instituto aplicado na prática, mormente quando ele se apresenta como uma ficção jurídica e, assim, uma presunção de citação, notoriamente sem qualquer respaldo prático.

Uma última anotação sobre a citação por edital. Ainda que se conclua que, nas ações com multiplicidade de réus, o contraditório deva ser exercido por representação, o que será mais a frente analisado, isso não descarta a necessidade de se buscar a ciência individual de cada um que compõe esta coletividade. Em primeiro lugar, porque isso irá franquear maior legitimidade às decisões, já que todos os que serão afetados em seu patrimônio jurídico pela decisão estarão cientes do processo e de seu objeto. Isso certamente contribui para reduzir o confronto e a resistência da implementação da decisão, questão bastante sensível em matéria de conflitos fundiários. Ademais, porque a defesa processual, ainda que una e por representação, não se faz baseada estritamente no

procedimento lógico e exclusivo do representante, mas, ao contrário, cuida-se, necessariamente, apenas de um portador dos interesses e da vontade da comunidade nos litígios locais. Não há como ser um porta-voz se que a comunidade não está cientificada e devidamente informada, pois este contexto dificilmente a mobilizaria para respaldar uma defesa efetivamente coletiva e em seu nome.

5.2.3. Princípio da Publicidade e a sua incidência sobre o ato de citação

Novidade trazida pelo CPC/15 está no poder-dever do órgão julgador de dar ampla publicidade à ação proposta contra uma multidão de réus e de seus respectivos prazos processuais, constando, a título de exemplo, a publicação em jornais ou rádio locais, a publicação de cartazes na região, entre outros meios (art. 554, § 3º). O rol, portanto, é exemplificativo, havendo margem de liberdade ao órgão julgador para determinar a utilização de outros meios que melhor se amoldem às circunstâncias do litígio local⁵²². Neste caso, a publicidade não deve dizer respeito apenas à propositura da ação, mas também aos prazos e as consequências advindas no caso de inércia da parte ré. Ainda que por outros meios, os escopos da citação devem permanecer os mesmos.

Assim, a citação, que sempre foi compreendida como ato formal e solene, recebe uma roupagem mais flexível e informal quando o escopo é atingir larga dimensão de demandados. Neste caso, há uma expectativa de que a publicidade do ato possibilite o alcance dos objetivos da citação, ou seja, a informação-reação.

Está ínsito à citação por edital a natureza pública do ato. Desta forma, pode-se afirmar que a citação por edital tem lugar “*siempre que la ley usa la publicidad como equivalente de la notificación personal*”⁵²³. O Princípio da Publicidade, portanto, não se revela questão inédita no que se refere ao ato de citação.

O que fez o Código de Processo Civil de 2015 (art. 554, § 3º e 257, *caput* e § único ambos do CPC) foi aprimorar os meios que promovam o ato de integração do réu ao processo, quando inviável a sua citação pessoal. Isso representa um Processo Civil mais

⁵²² “A referência legal aos meios de difusão (jornal, rádio, cartazes) deve ser tomada como apenas exemplificativo, de modo a não excluir outros que se afigurem adequados à finalidade pretendida. Os costumes do lugar têm a maior relevância no particular. Poderiam ser lembrados – ainda a título de exemplo – os serviços de alto-falantes, ou o pregão em igrejas, feiras e outros locais de grande afluência) (Adroaldo Furtado Fabrício. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1518).

⁵²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. vol. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2005, p. 27.

comprometido com os resultados do que com o formalismo, que, se excessivo e infundado, pode não cooperar com a justiça ou, pior, concorrer para se afastar dela⁵²⁴. Assim, na reflexão acerca da publicidade da propositura da ação e de seus respectivos prazos para a defesa nas ações plurissubjetivas passivas, não se pode perder de vista de que ela está umbilicalmente ligada ao Princípio do Contraditório⁵²⁵.

Colhe-se na doutrina⁵²⁶ quem entende que os litígios coletivos de posse trazem insito o interesse público, o que reforça a necessidade de ampla publicitação do ato. Sem dúvida alguma, a matéria sobre a qual versa o artigo 554 do CPC, os conflitos fundiários, tem relevância social e política, portanto, inegavelmente permeada de interesse público.

Por falar em interesse público, o Princípio da Publicidade também tem bastante prestígio no Processo Coletivo, nos termos do artigo 94 da Lei 8.078/90, que determina que a informação acerca da propositura da ação seja publicada no órgão oficial e receba ampla divulgação nos meios de comunicação social para que os interessados possam intervir como litisconsortes. A legitimação ativa na processualística coletiva tem natureza de legitimação extraordinária por substituição processual, portanto, o objetivo da norma é permitir que os substituídos tenham ciência da ação proposta, já que a ação versa sobre o seu patrimônio jurídico, e, assim querendo, possam se habilitar como litisconsorte⁵²⁷, na linha de intelecção do dispositivo mencionado. Neste mesmo sentido, o artigo 5º, parágrafo 2º da Lei 7.347/85, que se aplica complementarmente à Lei 8.078/90, dispõe que fica facultado ao Poder Público ou às associações habilitarem-se como litisconsortes das partes.

No que pertine ao artigo 94 do CDC, observa-se que o dispositivo não impõe a publicação em jornal local, mencionando apenas “ampla divulgação pelos meios de comunicação social”. Há, portanto, uma liberdade ao órgão julgador de conferir efetividade a este Princípio, a luz do caso concreto. Vige, assim, a atipicidade dos meios que possibilite dar maior alcance à informação contida no edital.

⁵²⁴ Este é a base do Formalismo Valorativo, quarta fase processual, que coloca os direitos fundamentais e a justiça material em primeiro plano (Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009).

⁵²⁵ AURELLI, Arlete Inês. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46.

⁵²⁶ Wolkart, Erick Navarro. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 895.

⁵²⁷ Neste caso, a habilitação como litisconsorte somente será possível no caso de direitos individuais homogêneos, já que nesta hipótese resguarda-se direito individual, tratado, fictamente, de forma coletiva. Segundo a doutrina, não seria possível o indivíduo se habilitar em ações coletivas que tenham como objeto direitos difusos e coletivos, diante da ausência de legitimação individual para tanto, salvo se o pedido formulado pudesse ter sido formulado em ação popular, a qual admite a legitimação do cidadão (DIDIER, Fredie; ZANETTI, Hermes. *Curso de Direito Processual*. Salvador: JusPodiVm, 2016, pp. 218-219).

A mesma lógica aplicada ao Processo Coletivo deve ser transposta aos litígios plurissubjetivos passivos: há interesse público subjacente ao conflito, da qual decorre a ampla necessidade de divulgação da demanda. Aliás, há um fator que outorga ainda mais importante: diversamente do processo coletivo, a publicidade no caso em comento versa sobre o ato de citação de uma ação, portanto, meio para o gozo da garantia do contraditório, sendo certo que a decisão a ser proferida nos autos pode vir a prejudicar direitos individuais dos requeridos, o que não ocorre no Processo Coletivo, em razão da flexibilização da coisa julgada *secundum eventum litis* ao plano individual⁵²⁸. Portanto, o Princípio da Publicidade é ainda de maior relevância e seus critérios devem ser mais rigorosos.

Para o melhor dimensionamento deste princípio nas ações plurissubjetivas passivas, podemos fazer um paralelo com o sistema adotado pela notificação das *class actions* norte-americana, que também mitiga a garantia individual de o indivíduo ser cientificado da existência de uma demanda em que seus interesses estejam envolvidos. Para atenuar o modelo representativo, a Regra 23 (c) (2) (B), da *Federal Rules of Civil Procedure* prevê a notificação dos membros do grupo individualmente, da melhor forma possível e de acordo com as circunstâncias, a todos os membros que puderem ser identificados, por intermédio de um esforço razoável⁵²⁹. É certo que, para a notificação, não se exige os requisitos formais da citação no Direito Norte-americano, mas é suficiente quando combinada com o modelo representativo das *class actions*.

Os conceitos jurídicos indeterminados acima mencionados podem ser transpostos ao nosso sistema de citação nos conflitos plurissubjetivos. Exige-se, nos litígios plurissubjetivos, que a citação pessoal e os meios de publicidade da citação por edital sejam feitos da “melhor forma possível”, por intermédio de um “esforço razoável”, o que será aferido a luz do caso concreto. Da mesma forma como ocorre nas *class actions*, o magistrado deve controlar os requisitos deste procedimento citatório, o que também está autorizado aos órgãos públicos intervenientes, como a Defensoria Pública e o Ministério Público e, por óbvio, aos próprios sujeitos destinatários da decisão judicial, considerando, como já foi exposto, que, para a qualificadora do conceito processual de *parte*, faz-se imprescindível a citação válida. Neste caso, assim como nas *class actions*, a flexibilização

⁵²⁸ Artigo 103, § 2º e § 3º, Lei 8.078/90.

⁵²⁹ Rule 23(c)(2)(b): “For any class certified under Rule (b)(3), the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort”.

da citação deve vir acompanhada de outro mecanismo processual de compensação, como a representação de interesses.

Reconhece-se, assim, que este modelo normativo proposto está a mitigar o espectro individual da citação. Destarte, importante frisar que a proposta não se está a dispensar a citação, mas apenas remodelá-la, de modo que o ato passe a ganhar contornos mais coletivos do que individual. Neste caso, a citação está a seguir a mesma linha de outros institutos que deixam de sobrevalorizar a participação individual para garanti-la apenas de modo mais instrumental, com o escopo de intervenção individual em uma perspectiva mais fiscalizatória, receita, a propósito, bastante compatível quando combinada com a técnica de representação de interesses, que será apresentada ainda neste capítulo.

5.2.4 O Papel do Curador Especial

O artigo 72 do CPC dispõe sobre os casos em que se deve nomear curador especial aos demandados que, por alguma razão, estão impossibilitados de promover a sua defesa de forma autônoma no processo. Entre eles, está a hipótese do réu revel, citado por edital (art. 72, inciso II). Esta, portanto, é uma consequência obrigatória no caso dos litígios de larga plurissubjetividade, quando então se mostra inviável a citação pessoal de todos aqueles que devem figurar no polo passivo, conforme disposto no artigo 554, parágrafo 1º do CPC.

A razão da nomeação desta figura processual nas citações fictas está baseada na presunção de o réu não ter conhecimento da existência da demanda e, portanto, de que não teria como ir a juízo apresentar eventuais argumentos contrários à pretensão inicial. Haveria, portanto, uma reconhecida vulnerabilidade processual do requerido, o que exigiria, em contrapartida, mecanismos que pudessem dar maior equilíbrio à relação processual.

Em estudo específico sobre vulnerabilidade processual, Fernanda Taturce assim a definiu:

Vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária, ensejada por fatores de saúde e/ou ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório⁵³⁰.

⁵³⁰ TATURCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Forense, 2012, p. 222.

No escólio de Taturce, permitem-se a estes litigantes em alta vulnerabilidade um tratamento jurídico diferenciado para que lhe sejam asseguradas a igualdade de oportunidades no processo⁵³¹.

Deste modo, a nomeação de curador especial ao réu revel citado fictamente é uma forma de compensar o estado de vulnerabilidade processual que reflete diretamente no Princípio da Isonomia entre as partes. Marinoni e Mitidiero afirmaram que a nomeação de curador especial tem como objetivo a busca pela paridade de armas no processo e, conseqüentemente, a manutenção de um processo justo⁵³². Antônio Cláudio da Costa Machado consigna que a exigência da nomeação de curador especial se faz por ser o contraditório e o direito de defesa garantias inalienáveis e indisponíveis⁵³³.

No mesmo sentido das importantes vozes doutrinárias, após pesquisa jurisprudencial perante os Tribunais Superiores, Carolina Brambila Bega identificou uma quantidade elevada de julgados, cujo resultado foi favorável ou parcialmente favorável ao curador especial, concluindo, assim, que a sua atuação contribui sobremaneira para a tutela dos interesses do vulnerável processual⁵³⁴. A importância desta figura processual, portanto, parece inegável.

O que se percebe é que, de um modo geral, a doutrina tende a afirmar que a atuação do curador especial seria expressão da garantia do contraditório efetivo e real⁵³⁵. E, assim, qualificam-na como verdadeiro exercício de um *munus* público⁵³⁶, com finalidade de garantir o direito de defesa e dos princípios e garantias correlatos. Nesta perspectiva, há quem afirme que, com a atuação do curador especial, “estará formado o diálogo processual, representado pela tese e antítese (significando ação e reação)”⁵³⁷.

Sem descuidar da importância e da relevância do curador especial, ousamos discordar das afirmações feitas no sentido de que a atuação do curador especial devolve os

⁵³¹ Op. Cit., p. 222.

⁵³² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*: Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 104.

⁵³³ *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. São Paulo: Manole, 2006, p. 684.

⁵³⁴ *Curadoria Especial: Tutela da Vulnerabilidade Processual. Análise da efetividade dessa atuação*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Associado Rodolfo de Camargo Mancuso. São Paulo. p. 284.

⁵³⁵ “Somente através dessa defesa dos interesses do demandado citado fictamente (por edital ou hora certa), efetivada pelo curador especial, estará formado o diálogo processual, representado pela tese e antítese (significando ação e reação)”. FARIAS, Cristiano Chaves de. A Atividade Processual do Curador Especial e a Defesa do Revel Citado Fictamente. In: *Revista Jus Navegandi*. Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>. Acesso em 13/12/2017).

⁵³⁶ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 400.

⁵³⁷ Op. Cit.

valores dialéticos ao processo. Creditar ao curador especial o exercício do contraditório é desconsiderar a densidade e o peso constitucional desta garantia atual.

De fato, o curador especial tem o dever de contestar a ação, ou seja, ir contra a pretensão inicial⁵³⁸, sendo-lhe defeso dispor de direitos. Isso quer dizer que o réu citado por edital que não apresenta pessoalmente a sua defesa torna-se revel, mas afastados estão os seus efeitos, justamente em razão da atuação do curador especial, sobre o qual não recai o ônus de impugnação especificada (art. 341, § único, CPC). Os fatos narrados na petição inicial tornam-se, portanto, controvertidos, demandando, a depender do caso, dilação probatória.

O curador especial pode também analisar as condições da ação, pressupostos processuais, irregularidades processuais, identificar prescrição da pretensão inicial, decadência do direito do autor, pode discutir sobre a distribuição do ônus probatório à luz da situação fática exposta, entre outras questões de sensível relevância ao direito de defesa do réu e que não demandam contato com a parte interessada. No entanto, o curador especial desconhece por completo os fatos não dispostos nos autos que permeiam o direito de defesa do réu e, conseqüentemente, não traz ao diálogo processual suas conseqüências jurídicas. Isso representa uma cognição estritamente limitada, que irá repercutir diretamente no estreitamento do contraditório. Pode até se falar em diálogo⁵³⁹, mas longe estará daquele processo pensado pelos processualistas constitucionais em que a dialética se faz ponto central da estrutura processual.

É verdade que, nos litígios fundiários, nada impede que o curador especial possa tentar entrar em contato pessoal com os réus, destinatários de sua defesa, já que o local em que eles estão é conhecido. Mas isso representa um desafio que dificilmente possa ser superado na prática. Se a própria estrutura do Poder Judiciário não conseguiu localizar e promover a informação e reação dos réus, dificilmente o curador especial, sozinho, sem nenhum auxiliar do juízo, conseguirá fazê-lo⁵⁴⁰. A propósito, a curadoria feita quando o réu

⁵³⁸ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 333.

⁵³⁹ No entendimento de Fernanda Taturce, a nomeação de curador especial ao réu revel citado por edital visa a viabilizar ao menos algum grau de contraditório (Op. Cit., p. 240).

⁵⁴⁰ Esta tentativa já ocorreu no caso concreto e se mostrou falha, conforme se infere do processo 0114619-93.2007.8.26.0002, Ação de Reintegração de Posse ajuizada pela EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia S/A, contra uma comunidade localizada no extremo sul da capital paulistana, denominada “Sucupira”. Não obstante a ocupação *sub judice* envolver 3000 famílias, houve apenas a citação de alguns poucos moradores. Sem ciência massiva do processo, nenhum possuidor apresentou defesa, tendo sido nomeado curador especial logo após a citação por edital. Com a intervenção da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que passou a atuar neste *munus*, houve uma tentativa da referida instituição de realizar uma intervenção na área (foram entregues panfletos nas casas e nas ruas) com vistas à mobilização da comunidade

é citado por hora certa ou por edital é denominada pela doutrina de indireta, justamente em razão da impossibilidade de contato entre o curador e a parte⁵⁴¹.

Em suma, não se nega a relevância da figura do curador especial, que, por meio da prerrogativa da contestação por negativa geral e de sua potencialidade para aferir a regularidade processual e, até mesmo, de adentrar em questões relativas ao mérito, quando os fatos estão expostos na lide, pode contribuir para amenizar o desequilíbrio entre os litigantes. No entanto, sem o contato direto com o verdadeiro titular do contraditório, o espectro cognitivo de sua defesa ainda se manterá bastante limitado e dificilmente se poderá falar que a sua intervenção é hábil a ilidir a vulnerabilidade processual do réu. O que o curador especial faz é impedir que o contraditório se desfaleça, é viabilizar algum grau de contraditório⁵⁴², é atuar para infirmar um desequilíbrio claro e visível entre as partes. Mas a sua atuação não devolve o tom democrático e dialético esperado do processo quando o réu atua pessoalmente na lide. Este *déficit* ainda permanece.

Por esta razão, se faz necessário encontrar outros instrumentos mais efetivos que garantam uma densidade mais profunda da garantia do contraditório no caso de ampla plurissubjetividade no polo passivo, para que se possa falar em contraditório substancial.

5.3. A coletividade em situação jurídica passiva nos conflitos fundiários: reflexão sobre mecanismos eficientes para a garantia do devido processo legal

5.3.1. Estrutura plurissubjetiva do conflito e a insuficiência dos institutos tradicionais

O triângulo é o clássico desenho utilizado pela doutrina para retratar a relação jurídica processual estabelecida entre o autor, juiz e réu, sujeitos de uma relação jurídica que não se confunde com aquela de traços angulares, em que delineada está a relação jurídica de direito material.

A estrutura tríplice da relação jurídica processual (“*judicium est actustrium personarum, judicis, actoris, rei*”) revela, no entanto, apenas o esquema mínimo da relação

para apresentar defesa e ajuizar ação de usucapião coletiva. No entanto, sem o ato de citação formal do Poder Judiciário, os esforços da Defensoria Pública foram em vão e nenhum morador compareceu na referida instituição para a apresentação de documentação. Ao final, foi proferida sentença, julgando procedente o pedido, o que foi confirmado pelo TJ/SP. Atualmente, os autos aguardam análise de Recurso Especial apresentado perante o STJ.

⁵⁴¹ BEGA, Carolina Brambila. *Curadoria Especial: Tutela da Vulnerabilidade Processual*. Análise da efetividade dessa atuação. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Associado Rodolfo Camargo Mancuso. São Paulo: 2012, p. 85.

⁵⁴² TATURCE, Fernanda. Op. Cit., p. 239.

jurídica processual⁵⁴³. A depender da complexidade subjetiva inerente à relação jurídica material, exsurge a pluralidade de partes no mesmo polo da demanda, dando ensejo também a desdobramentos no campo da dogmática processual. Os fenômenos tradicionais relativos à pluralidade subjetiva são o litisconsórcio e a intervenção de terceiros.

Se a relação triangular é apenas o esquema mínimo, o espectro da projeção subjetiva do processo pode se alargar ainda mais e ganhar largas proporções, até mesmo multitudinárias. Nestes casos, a complexidade dos fatos da vida que fazem repercutir e influenciar a situação jurídica desta multidão é transpassada para o processo, que deve responder de forma satisfatória, de modo a preservar as garantias fundamentais inerentes à condição de parte.

Partindo da sociedade atual, pode-se afirmar que o fenômeno do litisconsórcio multitudinário nada mais é do que o resultado das relações estabelecidas na sociedade atual, caracterizada pela pluralidade de interesses e por relações massificadas e extremamente complexas. Assim, sob os auspícios dos valores da instrumentalidade, o processo deve se amoldar às novas realidades apresentadas pelo direito material, a fim de efetivamente proporcionar um procedimento calcado sobre os valores do devido processo legal a ambos os polos da demanda, inclusive àquele em que se posiciona a multidão de partes.

Em direção às exigências advindas da complexidade dos fatos oriundos do seio da sociedade é que a Lei 8.952/94, promovendo uma minirreforma processual, incluiu o parágrafo único ao artigo 46 do CPC/73, que foi reproduzido no Código de Processo Civil de 2015, no artigo 113 do CPC/15⁵⁴⁴, com algumas poucas inclusões. Os dispositivos possibilitam ao juiz limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. A aplicabilidade do dispositivo legal, dirigido apenas aos casos de litisconsórcio facultativo, é para os casos em que a multidão de partes criar embaraços à celeridade processual e ao direito de defesa, evitando que um dos lados fique em situação de inferioridade em relação ao outro, de modo a evitar a afronta ao princípio da igualdade processual.

A solução, que foi mantida no CPC/15 para os casos de litisconsórcio multitudinário, portanto, é de fragmentação subjetiva do conflito de interesses determinada pelo magistrado no caso concreto até que o fenômeno da plurissubjetividade torne-se sustentável do ponto de vista processual.

⁵⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

⁵⁴⁴ O artigo 113, § 1º, CPC/15 apenas acrescenta que a limitação ao litisconsórcio facultativo pode ocorrer na fase de conhecimento, liquidação e execução.

Tal solução, no entanto, apresenta claros limites. Esbarra, por exemplo, nos casos de litisconsórcio passivo necessário multitudinário, o qual não autoriza a divisibilidade do conflito. Há, aparentemente, uma lacuna quanto a este ponto em nosso ordenamento jurídico, vez que não encontra regulamentação expressa e específica para lidar com as dificuldades e particularidades deste fenômeno.

Em um primeiro momento, houve na doutrina quem não visualizasse qualquer lacuna ou qualquer óbice ao devido processo legal no caso do litisconsórcio necessário multitudinário. A justificativa estaria no natural poder aglutinativo da necessariedade do litisconsórcio, que seria capaz de superar qualquer barreira, conforme obtempera Dinamarco:

[...] sendo necessário o litisconsórcio, tais e outras dificuldades não constituem óbice à sua admissibilidade porque as razões da própria necessariedade têm um poder muito grande de aglutinação e são suficientes para superá-las, determinando a todo custo o cúmulo subjetivo⁵⁴⁵.

Para fazer uma leitura acertada da assertiva lançada, faz-se importante compreender o que Dinamarco quis dizer “poder de aglutinação”. Prosseguindo em sua explicação, o autor afirma que sua conclusão mostra-se mais visível quando o litisconsórcio necessário é também unitário. Neste caso, a presença de muitas pessoas no polo passivo da lide é compensada pela unidade da *res in iudicium deducta*, o que faz com que um vultoso número de litisconsortes não seja portador de uma abrangência fática a considerar⁵⁴⁶. Deste modo, ainda na visão do autor, a convergência fática facilita o julgamento e torna possível a multidão em juízo.

A hipótese a que Dinamarco está a se referir é o litisconsórcio necessário unitário, em que, de fato, a comunhão de interesses é plena, de tal modo que os litisconsortes gozam efetivamente de destinos materiais e processuais comuns. No entanto, é importante ressaltar que, a despeito de unitariedade e necessariedade andarem juntos em grande parte dos casos, não há uma vinculação obrigatória entre elas⁵⁴⁷, já que são fenômenos autônomos. A

⁵⁴⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 402.

⁵⁴⁶ Op. Cit., p. 403.

⁵⁴⁷ Marcelo Bonício tem outro entendimento. Para ele, o parágrafo único do artigo 115 do CPC permite ao juiz que ele determine ao autor a citação de todos os litisconsortes necessários, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito, o que, segundo ele, é normativa suficiente para a conclusão de que todo o litisconsórcio unitário será necessário (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121).

propósito, neste aspecto, o CPC/15 retificou os erros conceituais do código anterior, deixando claro esta autonomia, à medida que estabeleceu premissas conceituais diversas.

Na dicção do artigo 114 do CPC, o litisconsórcio será necessário por expressa disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que deveriam ser litisconsortes. Revela-se, nesta hipótese, a obrigatoriedade quanto à presença de todos os legitimados em juízo. Caso não haja a integração de um litisconsorte necessário, sobrevém a nulidade da sentença de mérito, quando se tratar de litisconsórcio unitário, ou à sua ineficácia, no caso de litisconsórcio simples, conforme preceitua o artigo 115 do CPC. O vício que enseja a nulidade no litisconsórcio unitário está na ilegitimidade *ad causam* de uma só pessoa litigar isoladamente na demanda ou de ser isoladamente demandado⁵⁴⁸.

O litisconsórcio unitário, por sua vez, vem definido no artigo 116 do CPC, o qual dispõe que “será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes”. Para a caracterização da unitariedade, a situação jurídica substancial subjacente à demanda deve ser única e indivisível. Isso quer dizer que, aos litisconsortes, deve dar-se tratamento homogêneo ao longo do procedimento⁵⁴⁹, ainda que se trate de demanda subjetivamente complexa.

Se dúvidas não mais restam de que necessariedade não se confunde com unitariedade, não se pode descurar que a impossibilidade de cindir a relação jurídica material tem reflexos quanto à obrigatoriedade da pluralidade de partes. Vale dizer, o poder de aglutinação das partes tem como uma de suas causas o fato de se tratar de situações jurídicas incindíveis. As demais hipóteses de necessariedade ficam a critério da legislação, que entende, em determinadas hipóteses, conveniente a litigância conjunta, ainda que o objeto possa ser cindido. Isso quer dizer que, na ampla maioria das vezes, o litisconsórcio passivo unitário será necessário⁵⁵⁰. Nesta hipótese, o poder de aglutinação e a unidade da demanda concorrem para a maior convergência das hipóteses fáticas entre os litisconsortes, reduzindo a possibilidade de se criar óbices ao regular curso do processo, na linha de intelecção defendida por Dinamarco.

⁵⁴⁸ STELLITA, Guilherme. *Do Litisconsórcio no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

⁵⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47.

⁵⁵⁰ Excepcionalmente, pode haver litisconsórcio passivo unitário facultativo: i) litisconsórcio formado entre réu-denunciante e denunciado à lide (art. 128, I, CPC); ii) litisconsórcio formado entre réu alienante de coisa litigiosa e adquirente de coisa litigiosa (art. 109, par. 2º, CPC); iii) litisconsórcio entre devedores solidários de obrigação indivisível (art. 275, Código Civil) (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Salvador: Jus PodiVm, 2016, p. 461).

De fato, nos casos em que há um liame mais firme entre as partes, como ocorre no litisconsórcio unitário, a convergência fática é maior e inversamente proporcional são os óbices atinentes ao litisconsórcio multitudinário. A propósito, sobre o tema, há quem entenda que sequer há pluralidade de partes no litisconsórcio unitário. Para aqueles que perfilham este entendimento, o que haveria é uma pluralidade de pessoas que perfazem uma só parte⁵⁵¹. O embasamento científico para esta assertiva estaria no fato de que o provimento jurisdicional de mérito ou qualquer outra consequência processual recaem de modo uniforme sobre os litisconsortes unitários⁵⁵².

Sobre a possibilidade de multiplicidade de partes em juízo, Ovídio Baptista⁵⁵³ pondera que o fundamento para a limitação do litisconsórcio multitudinário não reside no elevado número de partes, mas sim em razão da diversidade de situações fáticas titularizadas pelos litigantes, o que ensejaria dificuldades à defesa e à marcha processual. *A contrário sensu*, pode-se depreender desta assertiva que, nos casos de litisconsórcio necessário, unitário, multitudinário, os problemas seriam reduzidos ou até inexistentes, pois não haveria uma larga extensão do objeto litigioso e, ademais, haveria uma reduzida autonomia entre os litisconsortes, em razão da unicidade da demanda. Ainda assim, para Cândido Dinamarco, os casos de litisconsórcio necessário multitudinário seriam raríssimos, já que, em sua visão, os casos práticos mais comuns e estudados pela doutrina dizem respeito apenas ao litisconsórcio facultativo, o qual, por sua vez, já encontra uma solução legal expressa⁵⁵⁴. Tratar-se-ia, para o autor, de um falso problema.

Ocorre que, com o tempo, a multitudinarietàade, seja ela conjugada com a facultatividade ou com necessariedade, afastou-se da raridade. As transformações nas relações sociais, e, portanto, nas relações substanciais, tornaram o fenômeno da pluralidade de partes um desafio cada vez maior aos institutos processuais mais tradicionais, como é o caso do litisconsórcio. E, quanto mais as premissas sociais vão se alterando e se transformando ao longo do tempo, mais este instituto processual revela a sua verdadeira

⁵⁵¹ ALVIM, Theresa. O Direito Processual de estar em Juízo. In: *Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 124).

⁵⁵² SOARES, André Matos. *A Facultatividade no Litisconsórcio Unitário Ativo*. Tese de Doutorado em Direito, sob orientação da Professora Doutora Cláudia Elisabete Schwerz Cahali. Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 37. Fulcrado neste argumento estão aqueles que se posicionam pela existência de substituição processual no caso de litisconsórcio facultativo unitário (GRINOVER, Ada Pellegrini. A coisa julgada no litisconsórcio facultativo unitário: O exemplo de ações coletivas e individuais no campo da saúde. In: AURELLI, Arlete Inês *et. al* (coord.). *O Direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 623-613).

⁵⁵³ BAPTISTA, Ovídio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. 6. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011, p. 2016.

⁵⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 403.

face: datada, limitada e insuficiente para abranger o espectro de relações massificadas e complexas que advém dos fatos da vida, da compreensão do cidadão além do viés individualista, e, assim, titular de interesses comunitários, enfim, do cidadão como um elemento na sociedade. Não há como olvidar que o litisconsórcio, regendo as ações plúrimas, ainda está estruturado sobre a clássica demanda bilateral, polarizada de Tício *versus* Caio, de lícito *versus* ilícito.

As transformações ocorridas nas relações sociais e espelhadas nas relações jurídicas levadas a juízo não apenas atingiram o número de sujeitos e partes vinculadas a uma demanda ou a várias demandas em um mesmo processo, como também a própria estrutura subjetiva do conflito, que de multitudinária passou também à multilateralidade. A pluralidade subjetiva da ação tornou-se mais constante e mais complexa e o instituto litisconsórcio um remédio processual com claros limites, com lacunas à mostra ou soluções inefetivas, que geram ainda mais desgaste ao já esgotado sistema de justiça.

E, assim, com o tempo, as assertivas lançadas anteriormente pelos processualistas pertinentes à matéria de pluralidade de partes demonstraram alguma incongruência quando contrastadas com as relações jurídicas estabelecidas no seio da sociedade. A multidão de partes no litígio, ainda que se refira a um objeto incindível e contemple uma maior convergência fática entre os titulares da relação jurídica material, encontra sérios entraves, difíceis de serem transpostos pelo litisconsórcio, pois este instituto pressupõe que o exercício das garantias do devido processo legal seja feito de forma pessoal, ou seja, que sejam concedidas oportunidades para que o seu exercício seja feito pessoalmente e, portanto, individualmente.

Um claro exemplo de óbice importante ao devido processo legal e seus corolários ocorre quando a multidão de partes se qualifica como litisconsortes necessários e é posicionada no polo passivo da lide. Nesta hipótese, logo no início da demanda, no ato de integração destes jurisdicionados ao processo, portanto, no ato de citação pessoal de cada um deles à lide, as dificuldades se materializam. E, ainda que vencida esta etapa, as dificuldades continuam a se projetar ao longo da marcha processual, diante dos óbices práticos decorrentes do exercício das faculdades e ônus processuais individuais e múltiplos de todos os réus.

A dificuldade de realização do ato de citação pessoal de um elevado número de litisconsortes é fato suscitado pela doutrina como uma das razões para embasar a limitação

prevista no parágrafo único do artigo 46⁵⁵⁵. No entanto, a fragmentação não se mostra solução razoável quando a multidão está no polo passivo da demanda. Esta solução clássica dada pela lei processual tem na necessidade o seu limite.

Se os limites do litisconsórcio já estão traçados, faz-se necessário que o Direito Processual apresente novas propostas para lidar com as relações plurissubjetivas em juízo, sem que ocorram embaraços ao gozo das garantias processuais. Buscar estas soluções significa focar os olhares nos dados da vida⁵⁵⁶, nas relações que se estabelecem no seio social. Em última análise, as soluções devem ser encontradas após detida análise na relação jurídica de direitos substancial subjacente à lide. Deve-se ter em vista que o tema relativo à plurissubjetividade e suas classificações sofrem influência direta do direito material. Mais especificadamente, é o objeto litigioso do processo que dará os contornos à formação litisconsorcial e a outros métodos de agregação processual, pois é por meio dos elementos objetivos da ação que é possível identificar como esta relação jurídica foi trazida ao processo. Assim, não há como, *a priori*, desvelar as consequências processuais advindas do tema da pluralidade de partes nos conflitos fundiários sem a apreciação casuística dos elementos objetivos da demanda. Vale insistir: é a relação jurídica de direito material, traduzida pela causa de pedir e pedido, que dará a nota quanto às classificações metodológicas do litisconsórcio e sobre a reflexão de novas formas de lidar com a plurissubjetividade no processo.

Vale dizer, está nas relações estabelecidas na sociedade e nas suas conseqüentes mutações ao longo da história as variáveis que irão forçar à evolução e a criação de novas formas processuais de lidar com a pluralidade e até a multitudinarietà de partes no litígio. A sociedade urbanizada, globalizada, com mercados financeiros interligados, permeada por alta inovação tecnológica e conectada por redes sociais que revelam uma intensa rede de comunicação impactaram e ainda impactam a sociedade e as suas relações sociais⁵⁵⁷, tornando-as mais complexas, massificadas, multilaterais.

⁵⁵⁵ “Os problemas decorrentes de um número elevado de demandados surgem desde o início do processo. Basta se pensar na dificuldade de se realizar a citação de diversos réus que, não raro, ocultam-se com o claro propósito de evitar o cumprimento da ordem judicial. Igualmente, não são poucos os casos em que os réus não são encontrados nas primeiras diligências pelo oficial de justiça ou, ainda, encontram-se em local ignorado e que, em razão disso, impossibilitam o início da contagem de prazo para oferecimento da contestação, conforme regra prevista no art. 241, III da Lei de Ritos” (SILVA, Michel Ferro e. *Litisconsórcio Multitudinário*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 110/111).

⁵⁵⁶ “As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que regula. Quanto mais consciência tiver o processualista desse fenômeno, maiores serão as possibilidades de construção de mecanismos aptos a alcançar os escopos do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Op. Cit., p. 15).

⁵⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 46.

Considerando a ressonância do Direito em relação ao Processo, a plurissubjetividade aplicada ao instrumento revela-se uma tendência cada vez mais em expansão. Amalgamados, o processo deve corresponder com efetividade às transformações sentidas pelas relações substanciais. Isso vai exigir, vale insistir, evolução e criação de novos institutos que também contemplem uma dimensão mais aberta e plural destas novas relações firmadas na sociedade e que considerem os laços comunitários, preconizados sobre interesses comuns. O desafio está em proporcionar mecanismos processuais sensíveis à compreensão do indivíduo inserido em grupos sociais interligados pela intercessão de interesses comuns, sem afrontar o seu espectro jurídico individual, principalmente quanto ao acesso à justiça.

Partindo deste novo paradigma social, tem-se que o litisconsórcio é um dos mecanismos processuais para situações processuais plurissubjetivas, mas, sem dúvida alguma, revela-se o mais simples deles⁵⁵⁸. Isso porque a sua estrutura não está formatada para dimensionar os conflitos de espectro de larga escala, implicando em clara limitação quando o objeto da ação é incidível ou quando a plurissubjetividade torna-se obrigatória. Claro exemplo disso é o fato de que, no caso do litisconsórcio multitudinário, a única proposta legal para que a ampla pluralidade de partes não se torne um óbice intransponível à fluidez processual é a sua fragmentação. Essa solução, no entanto, como já ressaltado, esbarra nos casos de litisconsórcio necessário e, ainda, está em contramão à tendência processual contemporânea de agregação de demandas conexas, impulsionada pela necessidade de racionalização da atividade processual em busca de uma maior eficiência. Em outros termos, ainda que se trate de litisconsórcio facultativo, a fragmentação das demandas que originam novos processos está em contramão à tendência de técnicas processuais de agregação e coletivização, úteis a resguardar a isonomia, a economia processual e para a harmonia entre os julgados.

Nesta mesma direção, Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que o artigo 113, parágrafo único do CPC, que versa sobre o litisconsórcio multitudinário, denuncia as inconveniências do contingente muito expressivo de sujeitos concernentes ao objeto litigioso, com claras dificuldades ao processamento via jurisdição singular. A proposta do autor é buscar novas alternativas que proporcionem uma resposta judiciária de qualidade,

⁵⁵⁸ *Federal Judicial Center. Manual for Complex Litigation*. 4. ed. Washington: Federal Judicial Center, 2004.

com os seguintes atributos: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a fruição efetiva do direito, do valor ou do bem da vida⁵⁵⁹.

Portanto, a plurissubjetividade, como resultado da modificação das relações sociais, tornou-se uma realidade tão latente e com reflexos diretos no sistema jurídico que até mesmo as demandas de massa que se expressam por meio do litisconsórcio facultativo, diante das naturais dificuldades, inclusive quanto às últimas manifestações em juízo, tornaram-se uma questão relevante para o estudo do aprimoramento da técnica processual, de modo a deixá-la mais palatável ao sistema de justiça, que, há tempos, apresenta sintomas graves de crise em razão da flagrante inoperância, causada, principalmente, em razão da ausência de alternativas processuais à massificação de ações judiciais.

Neste sentido, é forçoso reconhecer a necessidade de se lançar mão de novas técnicas de agregação e coletivização de direitos, com o propósito de acompanhar estas relações jurídicas de direito material que expressam a interconexão e, porque não assim dizer, a intercessão de interesses que há entre o indivíduo e os grupos sociais a que pertence.

No Brasil, a tutela coletiva revelou-se a expressão mais forte deste fenômeno. Erigidos a *status* de passaporte da cidadania e também visto como uma das formas de se perfazer a democracia substancial⁵⁶⁰, a processualística coletiva possibilitou a judicialização de direitos subjetivamente transindividuais e objetivamente indivisíveis, como os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, que antes não dispunham de instrumentos eficientes no sistema para efetivá-los. Da mesma forma, ofertou uma via para a agregação de direitos homogêneos, possibilitando-os serem demandados conjuntamente, como uma forma de garantir a economia processual e a isonomia dos julgados. E, assim, institutos de forte densidade dogmática, como a legitimação para agir e a coisa julgada, foram flexibilizados para se amoldar aos novos direitos que emergiam do seio social, pautados em laços de cooperação, pertencimento e solidariedade.

Com o tempo e diante das lacunas da tutela coletiva, outras técnicas para lidar com a agregação dos direitos de massa também foram delineados para um diálogo cada vez mais harmônico e coerente entre direito e processo. Atualmente, tem-se chamado de tutela pluri-individual a técnica voltada à composição das lides concernentes a direitos

⁵⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela judicial plurindividual: evolução da experiência brasileira com as demandas seriais. In: *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 245.

⁵⁶⁰ Já afirmou Rodolfo Camargo Mancuso que estamos a caminho de superar a concepção de democracia representativa para acendermos a democracia participativa, sendo a via jurisdicional um canal legítimo para a participação popular (*Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 2004, p. 132).

individuais, calcados sobre as mesmas questões de direito ou de fato, que acabam por se multiplicar em diversas demandas judiciais, de modo a racionalizá-las e a atribuir eficiência ao funcionamento do Poder Judiciário, garantindo, ainda, isonomia na aplicação do direito⁵⁶¹. Estes novos institutos tiveram real destaque no CPC/15, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e os Recursos Especial e Extraordinário repetitivos.

Portanto, podemos dizer que já está positivado como técnica de agregação de demandas plurissubjetivas, além dos clássicos institutos como o litisconsórcio e a intervenção de terceiros, o caso-teste, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos e, ainda, o processo coletivo. A técnica de conversão de demandas individuais em coletivas acabou por ser vetada no CPC/15⁵⁶², mas fato é que representava uma forma qualificada de técnica de agregação de demandas transindividuais, com objetos incindíveis, solucionando, inclusive, os problemas atinentes às ações pseudoindividuais⁵⁶³.

No Brasil e nos sistemas jurídicos de diversos países, as técnicas de agregação estão à disposição para lidar com as dificuldades advindas das ações plurissubjetivas. Cada uma delas apresenta a sua especificidade, com requisitos e funcionalidade diferenciada. Aliás, nunca estiveram tanto em evidência, considerando o esgotamento do sistema de justiça frente à massificação das relações sociais que se refletem nos tribunais.

A sociedade está em constante e rápida transformação e, assim, estes novos conflitos batem à porta do Poder Judiciário, sem prévio aviso. Diante deste contexto, se faz necessário pensar constantemente em novas formas de lidar com as relações jurídicas plurissubjetivas, que, conseqüentemente, se transformam em litígios plurissubjetivos, de modo que o exercício da litigância mostre-se sustentável e, ao mesmo tempo, que as garantias processuais sejam integralmente observadas.

⁵⁶¹ Op. Cit., 83.

⁵⁶² As razões ao veto do artigo 333 do CPC/15: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão da ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas”.

⁵⁶³ Nas palavras de Kazuo Watanabe, um dos grandes defensores do dispositivo: “O instituto da “Conversão da demanda individual em ação coletiva” procura evitar o conflito prático de julgados, que possa resultar da coexistência de ações individuais com o mesmo objeto litigioso (e não apenas identidade de questão de direito), nas situações especificadas nos Incisos I e II do art. 333, e mais do que isto, procura evitar a coexistência de demandas individuais que possam dar origem ao conflito prático de julgados, muitas delas ajuizadas com a inadmissível fragmentação conflito de interesses relativo a uma relação jurídica de natureza incindível. A solução adotada foi a da conversão das demandas individuais em coletiva” (A conversão da ação individual em coletiva. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro (Org.). *O Novo Código de Processo Civil: Programa de Estudos Avançados em homenagem ao Ministro Arnaldo Esteves Lima*. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura Regional Federal 2ª Região, 2016, p. 288).

Como já afirmado, muito embora a multiplicidade de partes em um só processo seja um fenômeno que mereça a atenção da técnica e dos princípios processuais para se tornar sustentável ao longo do tempo, o objeto deste nosso estudo centra-se na obrigatoriedade de uma coletividade estar no polo passivo da demanda, ou seja, quando o provimento jurisdicional a ser proferido em uma demanda necessariamente recair sobre a esfera de múltiplos réus, que, pelo Direito Processual clássico, deveriam figurar pessoalmente em juízo e exercer as suas garantias processuais também de forma pessoal e individual.

Apesar de o tema estar em evidência, a ênfase dos estudos relativos às questões processuais atinentes às demandas plurissubjetivas parece se concentrar quase que exclusivamente nas situações jurídicas processuais ativas, ou seja, quando a pluralidade está em juízo reivindicando o seu direito, inclusive, com larga preocupação da doutrina de que eventual técnica de agregação não resvale no acesso à justiça do autor⁵⁶⁴. Percebe-se claramente que não há, ou pouco há, de problematização na doutrina sobre os entraves e as propostas para a plurissubjetividade no polo passivo da lide. Ocorre que é nesta hipótese em que a violação às garantias e princípios constitucionais podem ser mais vilipendiadas, principalmente quando a fragmentação das demandas não for uma opção, ou seja, principalmente quando o objeto for indivisível e a presença de todas as partes titulares da relação jurídica substancial for obrigatória. A conclusão de que não é possível integrar individualmente todos os réus no polo passivo, por exemplo, pode ensejar a conclusão de não exercício pessoal do contraditório e, em última análise, da negativa da garantia do acesso à justiça do réu.

Daí a importância do olhar diferenciado para esta estrutura de conflito em que a coletividade está no polo contrário ao que costumamos estudar, principalmente porque, diversamente do quanto afirmado por Dinamarco, as situações jurídicas passivas massificadas obrigatórias existem e, com elas, os problemas processuais que lhe são decorrentes. E, atualmente, passam ao largo da raridade.

⁵⁶⁴ Alguns processualistas já sugeriram que a tutela coletiva de direitos individuais poderia vir a substituir a litigância individual nas demandas de massa (AREHART, Sérgio. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. *passim*). Outros (DANTAS, Bruno. *Teoria dos Recursos Repetitivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 37-45) veem nesta tentativa, uma forma de violação ao acesso à justiça do autor, tema, como dito, sempre objeto de preocupação dos processualistas.

5.3.2 Seleção de Casos Plurisubjetivos no Polo Passivo: fenômenos sociológicos desafiando a ciência processual

A afirmativa feita acima de que as formações sociais estão se alterando com o passar dos anos, tornando as relações e situações sociais cada vez mais plurais e massivas, com reflexos diretos nos litígios judiciais, não quer dizer que a questão atinente à multiplicidade de partes no polo passivo revelou-se inédita, um problema apenas da atualidade. Assim, faz-se importante registrar e ressaltar que a questão central tratada neste trabalho não é recente. Este fenômeno social e processual já vem dando seus sintomas há décadas, a despeito de ter se intensificado nos últimos anos.

Como exemplo específico do tema estudado, as ações de reintegração de posse ajuizadas pelos proprietários contra as ocupações coletivas no Recife, na década de 1980, conforme já abordado, denotavam que estes novos padrões de conflitos não se enquadravam no formalismo e nos moldes estreitos do processo individual, tampouco o instituto do litisconsórcio era capaz de dirimi-los. E a doutrina, já naquela época, passou a chamar a atenção para o fato de que tais litígios eram plurilaterais, e, como tal, não se amoldavam à relação binária oferecida pelo Processo Civil clássico⁵⁶⁵. Diante da ausência de respostas formais na legislação processual, os juízes passaram a lançar mão de técnicas que refugiam à norma formal, como a dispensa de qualificação e citação de todos os ocupantes para conseguir lidar com o fenômeno processual, agindo, muitas vezes, *contra legem*⁵⁶⁶. Tais decisões proferidas em contramão ao próprio sistema estavam a denunciar o verdadeiro sintoma da crise⁵⁶⁷, no caso, crise do método.

⁵⁶⁵ “(...) esta lógica, em princípio concebida para mediar, filtrar e compor de maneira “coerente” e “equilibrada” a incorporação do real pelo mundo jurídico (“o que não está nos autos não está no mundo” – esse é o espírito que perpassa os ritos e os procedimentos das atividades judiciais, tais quais foram forjadas pela racionalidade forma de inspiração liberal-burguesa), pode terminar sendo apropriada, justamente, por indivíduos e grupos empenhados em utilizar politicamente os formalismos processuais, valendo-se dos mais variados expedientes para acelerar e truncar o andamento dos processos, para incluir ou afastar determinadas pessoas de seu âmbito e para exigir respostas que, embora individualmente consideradas, sejam perfeitamente possíveis dentro das regras do sistema jurídico vigente, podem acabar gerando precedentes inéditos e uma perigosa sobrecarga para a funcionalidade do sistema. Um bom exemplo está nas invasões coletivas, por população social e economicamente marginalizada, de terrenos urbanos não-ocupados na região metropolitana da cidade de Recife, na década de setenta: envolvendo milhares de pessoas cuja alegação era a impossibilidade de pagar aluguel tais ocupações acabaram sendo equacionadas por uma sutil combinação entre as normas e os ritos estabelecidos pelo sistema jurídico em vigor e por outros procedimentos não-jurídicos, contrários, paralelos ou complementares” (FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 64-65).

⁵⁶⁶ FARIA, Jose Eduardo. *Justiça e conflito*: Os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 65.

⁵⁶⁷ SIMOKOMAKI, Giulia; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. Decisões *contra legem*, um sintoma ou uma saída? In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos (Org.). *Limites do Direito: Decisões contra legem*. Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma. Curitiba: Juruá, 2016, p. 118.

De certa forma, esta crise metodológica já era esperada. Se a arquitetura jurídica-política do conflito se altera, não há como evitar que o instrumento processual que o veicule corresponda com eficiência se ele ainda se mantém arraigado em dogmas liberais-formais, completamente alheios a esta espécie de conflitos. Insistir em esquemas racionais e formais para lidar com esta natureza de conflito é, sem dúvida alguma, conduzir a um provimento jurisdicional desconexo com a realidade e, em última análise, a uma decisão injusta⁵⁶⁸. É ignorar a importância que o procedimento tem como um importante componente da justiça.

Junto com as ocupações de Recife, vieram outros fenômenos sociais que envolviam situações jurídicas coletivas. E, então, tais fenômenos, em contraste com o sistema jurídico posto, impulsionou a discussão sobre as novas formas de litigância e serviu como impulso para discutir a necessidade de transformações no Direito Processual.

No entanto, a flexibilização de dogmas processuais clássicos em favor da efetividade e da justaposição aos anseios sociais, como a legitimação de agir e coisa julgada, - o que, sem dúvida alguma, foi paradigmático com o surgimento do Direito Processual Coletivo -, se limitou às situações jurídicas ativas. Malgrado as dificuldades processuais claras da coletividade no polo passivo, o fenômeno social e processual não serviu de *input* para a revisão do modelo de litigância coletiva no polo passivo da lide. Não houve o despertar para o aprimoramento de técnicas processuais que melhor lidassem com a plurissubjetividade no polo passivo, não obstante denotarem uma possibilidade de afronta ainda mais grave às garantias processuais.

Não se pode desconsiderar que há causas relevantes que concorreram para restringir a evolução da técnica coletiva também para a plurissubjetividade no polo passivo. A construção dos pilares para a tutela coletiva ativa, ainda que inovadora e paradigmática, por romper com rígidos dogmas centenários, contava uma estrutura mais propícia para uma nova metodologia e novos institutos, como, por exemplo, a representação de interesses. A pretensão de exigir direitos, por intermédio de um representante que irá falar em nome da coletividade, apresenta, indubitavelmente, uma possibilidade de ajuste maior, vale dizer, um maior potencial de modelação às situações sociológicas existentes, inclusive no diálogo com outros institutos, como a coisa julgada, do que quando comparado com a técnica da

⁵⁶⁸ “A moldura típica dos processos clássicos, a exemplo da fragmentação dos conflitos, da individualização dos prejuízos, da ausência de custo-benefício e dos problemas quanto ao cumprimento da decisão não se mostravam adequados a dirimir os novos conflitos jurisdicionais” (BENTES, Fernando R. N. M.; HOFFMANN, Florian F. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 406).

representação aplicada às situações jurídicas passivas. Ou seja, a questão não gira apenas em torno de se romper com a processualística tradicional, mas também na dificuldade de se apresentar uma proposta eficiente para a tutela coletiva passiva, sem, por óbvio, afrontar qualquer princípio ou garantia processual.

E, justamente em razão destas dificuldades de se delinear um modelo efetivo, há que se reconhecer que a lacuna não é exclusividade do sistema brasileiro. A tutela coletiva passiva encontra rara previsão ou aplicação em outros ordenamentos jurídicos. Em estudo de Direito Comparado, foi identificado que as ações coletivas passivas, quando autorizadas pelo ordenamento jurídico⁵⁶⁹, são expressivamente em menor número do que as ações coletivas ativas. Por certo, a variação cultural e sua ressonância na litigância irá apontar a maior ou menor necessidade de alteração processual, a depender das necessidades sociais de cada país. De todo modo, a preocupação que ainda está arraigada na maioria dos países do direito individual ao “day in court” impede que a tutela coletiva, principalmente em relação à situação jurídica passiva, que versa sobre a exigibilidade de deveres da coletividade, possa ter maior permeabilidade no Direito Processual.

Sem descurar destes componentes, que, sem dúvida alguma, revelam-se inegavelmente difíceis de serem transpostos para que a técnica processual também contemple uma solução adequada para a multidão no polo passivo, não passa despercebida a desimportância do tema para a Ciência Processual ao longo destes anos, mesmo diante da clara insuficiência das regras individuais para reger este tipo de conflito. Repisa-se, ainda que, mesmo que o descompasso normativo com o contexto fático fosse evidente, chegando, inclusive, a atingir garantias e princípios que formam a linha dorsal do Direito Processual, isso não foi suficiente para se tornar uma alavanca para estudos e discussões, de modo a se construir um método efetivo para os casos. As bases sociológicas para a construção do Processo Coletivo, que pareciam tão claras aos seus entusiastas, parecem se esvaír quando a coletividade é colocada no polo passivo da lide.

A reflexão sobre o acesso à justiça, desencadeada pelos estudos sociológicos e empíricos da década de 1970 do Movimento Acesso à Justiça, como ora abordado, passava pela necessidade de se afastar o método da “supersimplificação da realidade”, de retirar a

⁵⁶⁹ Na jurisdição do *common law*, admite-se a possibilidade das ações coletivas passivas, mas são bem menos expressivas do que as ações coletivas ativas. Nos países do *civil law*, a ação coletiva passiva está apenas expressamente contemplada na Noruega, em Israel. Na Colômbia e no Paraguai, a despeito de não expressamente prevista, ela decorre do sistema, assim como Venezuela, Argentina, Chile (GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* In: *Os Processos Coletivos nos Países do Civil Law e do Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

exclusividade do aspecto normativo do instrumento e aproximá-lo do contexto social⁵⁷⁰. Sob este prisma, a necessidade de se construir um novo modelo processual, mais atento à realidade do que às normas, teve um dos seus focos (no estudo, denominado de “ondas renovatórias”) a construção de canais que permitissem a representação em juízo de direitos que transpusessem a esfera jurídica individual, como os direitos difusos, tendo o direito ao meio ambiente e o direito ao consumidor os exemplos mais importantes. Também no Direito Comparado, em que a tutela coletiva ganhava força, o processo coletivo era uma das formas possíveis para a defesa do direito das minorias⁵⁷¹. O atingimento destes desideratos contava com a escolha de legitimados ideológicos, os quais deveriam ser eleitos segundo a sua força política e a sua vocação altruísta⁵⁷².

Porém, como já demonstramos, no Brasil, as discussões sobre novos meios de se promover o acesso à justiça não foi pautado no direito da minoria, mas sim da maioria, que estava (e ainda está) alijada de seus direitos individuais e sociais básicos, de instrumentos efetivos para pleiteá-los em juízo. O direito do consumidor e do meio ambiente foram os exemplos clássicos utilizados na literatura estrangeira⁵⁷³ para exemplificar os novos direitos transindividuais e para justificar a importância de se criar métodos formais para possibilitar a sua justiciabilidade. No Brasil, eles também têm a sua importância, inegavelmente, mas, diante da precariedade social em que grande parte da população de nosso país está inserida, sem dúvida alguma, estes dois direitos não se sobrepõem a tantos outros que, por sua essencialidade à dignidade humana e por também transcenderem a esfera individual, da mesma forma, necessitam de instrumentos processuais efetivos para ganharem concretude e se tornarem efetivos. É o caso, como exemplo, do direito à moradia e do acesso à terra, que foram e continuam sendo um dos problemas sociais mais graves do país e em que a inércia dos Poderes representativos em torná-los efetivos por meio de políticas públicas parece quase uma provocação, conforme já pontuamos.

Posta esta realidade, as violações de direitos básicos no Brasil desencadearam a judicialização de direitos sociais mais diversos. No caso dos direitos à moradia e à terra, o descompasso entre os fenômenos sociológicos e a estrutura dogmática formal era visível

⁵⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. In: *Revista de Direito Processual*. São Paulo; 74 (19): 82-97, abr/jun. 1994, p. 82.

⁵⁷¹ APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, *passim*.

⁵⁷² CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. In: *Repro*. São Paulo: RT, n. 5, pp. 128-159. Jan/mar. 1977.

⁵⁷³ GARTH, Bryan; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, pp. 26-27.

em duas frentes. A primeira, quando da exigibilidade do aspecto prestacional deste direito por meio de políticas públicas, diante da sua transindividualidade e indivisibilidade, que não se enquadravam na processualística individual, revelando uma crise também compartilhada com outros direitos sociais. Ocorre que a proteção processual também falhava no resguardo do espectro negativo destes direitos, especificadamente quando a pretensão era direcionada contra uma coletividade. Neste caso, a transindividualidade e, muitas vezes, a indivisibilidade, também se mantinha, mas como a pluralidade subjetiva se encontrava em polo invertido, a reflexão acerca da insuficiência do instrumento processual então disponível era inexistente. Nesta última hipótese, havia uma estrutura subjetiva coletiva que necessitava de alterações da técnica processual para concorrer para um provimento jurisdicional justo. Contudo, tal estrutura não correspondia, necessariamente, com os modelos propostos pela “segunda onda renovatória”, nos termos defendidos pelo Projeto de Florença, a despeito das premissas do movimento de transformação das estruturas do Processo Civil⁵⁷⁴ coincidirem.

Os litígios fundiários, exemplos claros de plurissubjetividade ampla no polo passivo, foram constantes na década de 1980, como mencionado, e se intensificaram na década de 1990, quando então o MST promoveu o maior número de ocupações coletivas de terras rurais da história⁵⁷⁵. Por consequência, ações de reintegrações de posse foram ajuizadas contra a coletividade ocupante e, assim, as dificuldades processuais estavam postas. Com elas, no entanto, não veio a problematização e a sensibilização da doutrina processual especializada. Consequentemente, tampouco vieram os progressos da técnica processual, que, de certa forma, prendeu-se a uma reprodução da tendência mundial de que a lacuna do instrumento estava estritamente na justiciabilidade da exigibilidade de direitos transindividuais.

É certo que a plurissubjetividade e os efeitos subjetivos da coisa julgada não foram completamente desprezados pela doutrina e jurisprudência brasileira. As ações societárias, por exemplo, sempre se apresentaram como um importante imbróglio atinente à plurissubjetividade até hoje não definitivamente solucionado e, portanto, ainda se mantêm fonte de grandes controvérsias sobre os institutos processuais aplicáveis. É o caso das ações

⁵⁷⁴ Cf. GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti*: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do Processo Civil brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

⁵⁷⁵ NEUHOLD, Roberta dos Reis. *Os Movimentos de Moradia e Sem-teto e as Ocupações de imóveis Ociosos*: A luta por políticas públicas habitacionais na área central da cidade de São Paulo. Dissertação apresentada ao Programa de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 19.

que visam à nulidade de cláusula do instrumento originalmente constitutivo de pessoa jurídica ou outra cláusula do contrato ou ata de assembleia de sociedade ou associação. Tais ações dão margem a dúvidas quanto aos efeitos da decisão na esfera jurídica dos demais sócios, haja vista a indivisibilidade do objeto e, portanto, a obrigatoriedade de decisão uniforme a todos os sócios. As soluções doutrinárias apresentadas neste caso são bastante amplas: vão desde a afirmação de que os demais sócios não são litisconsortes⁵⁷⁶, mas apenas a sociedade ou associação; há ainda aqueles que entendem tratar-se de caso de litisconsórcio facultativo unitário, mas com efeito *erga omnes* a todos os sócios, ainda que para prejudicá-los, nos termos do sistema do regime da coisa julgada coletiva⁵⁷⁷; outros afirmam que os sócios são litisconsortes necessários, unitários e que, diante da impossibilidade de integração de todos em juízo, devem ser substituídos pelos sócio-diretores, os quais, por sua vez, figuram como substitutos processuais⁵⁷⁸; por fim, há, ainda, aqueles que apostam em novos métodos processuais para lidar com a plurissubjetividade, a exemplo da técnica coletiva de aglutinação⁵⁷⁹ e até mesmo mecanismos inovadores, como a obrigação da empresa ré de notificação dos demais sócios⁵⁸⁰.

Por certo, que as ações societárias contemplam suas inegáveis diferenças quanto à plurissubjetividade colocada nos conflitos fundiários, como, por exemplo, a determinabilidade dos requeridos. No entanto, não deixam de ser um exemplo de como a doutrina processual procurou se dedicar e discutir sobre como a técnica deveria agir nestes casos, deixando transparecer, assim, a preocupação dos processualistas para garantir um procedimento justo, neste tipo de litígio.

Por outro lado, muito pouco se encontra na doutrina sobre a problematização da estruturação subjetiva dos litígios fundiários, os quais são reproduzidos continuamente no

⁵⁷⁶ Para Arruda Alvim, a ação deve ser dirigida apenas contra a pessoa jurídica, pois nenhuma modificação opera no patrimônio jurídico dos sócios ou dos associados (A posição dos sócios e associados em relação a ações movidas contra as sociedades e associações de que façam parte. *In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e assuntos afins.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 33-57).

⁵⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Concorrentes: Pluralidade de Partes legítimas à impugnação de um único ato. *In: LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada.* Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 230.

⁵⁷⁸ ARRUDA ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de estar em juízo.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 161.

⁵⁷⁹ Para Sérgio Arenhart, a tutela coletiva é mais recomendável nestes casos, diante da insuficiência das regras processuais individuais. A proposta é aglutinação dos interesses de todos os sócios, para solução conjunta, por meio da técnica da representação processual, com posterior vinculação a todos os membros da sociedade à decisão judicial. Para o autor, trata-se da única forma de dar solução racional ao conflito (ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela de Interesses Individuais: Para além da proteção de interesses individuais homogêneos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 206).

⁵⁸⁰ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil.* São Paulo; Saraiva, 2016, p. 124.

dia a dia forense e, assim, se revelam um problema real a ser enfrentado. Não é ocioso repetir que as poucas normas destinadas aos litígios coletivos de posse que foram inseridas no CPC/15, o foram apenas em razão da pressão dos movimentos sociais aos parlamentares no Congresso Nacional. Aos olhos da Ciência Processual, no entanto, pareciam invisíveis.

De todo modo, contemporaneamente, o contexto social está a impulsionar uma série de litígios caracterizados pela larga plurissubjetividade no polo passivo, demonstrando que estes aspectos tormentosos não são exclusivos dos litígios fundiários e que, portanto, se faz necessário discutir uma técnica que acompanhe os seus lindes e não os trate de forma reducionista.

O Direito do Trabalho, por exemplo, revela-se fonte rica destas hipóteses. Isso porque este ramo jurídico detém particularidades que concorrem para a melhor formatação de um processo coletivo passivo⁵⁸¹. Duas características são decisivas: a maior facilidade de delineamento da classe que figurará no polo passivo, seja ela a classe dos empregadores ou a classe dos trabalhadores, e a existência de representantes naturais de seus interesses, os sindicatos, que, inclusive, estão autorizados a firmarem acordos e convenções coletivas em nome de seus substituídos. Assim, contestados em juízo por uma das partes, o sindicato está legitimado a ser o porta-voz dos empregadores ou trabalhadores, conforme o caso. Desta forma, os dissídios coletivos, previstos na CLT, são exemplos de processos duplamente coletivos⁵⁸². Outro clássico exemplo de ação coletiva passiva, sempre lembrada pela doutrina: a contestação em juízo do direito de greve. Neste caso, o pedido versa sobre a exigibilidade do retorno dos trabalhadores aos seus postos de trabalho e tem o sindicato como legitimado extraordinário por substituição processual. Em todos estes exemplos, não há como negar a possibilidade de a técnica representativa substituir à clássica relação litisconsorcial.

A par do Direito do Trabalho, a doutrina colhe os outros exemplos da prática em que a coletividade está no polo passivo da lide: ação proposta contra sindicato de revendedores de combustível, em que se pediu adequação dos preços a limites máximos de lucro, como forma de proteção da concorrência dos consumidores⁵⁸³; ação coletiva

⁵⁸¹ Sobre o tema: FERNANDES, Reinaldo de Francisco. *A Legitimação para as Demandas Coletivas no Processo do Trabalho: A legitimação sindical privilegiada*. Dissertação de Mestrado apresentado perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, pp. 125-129.

⁵⁸² Artigo 857 da CLT.

⁵⁸³ VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*, Salvador: JusPodiVm, 2008.

contra um grupo de servidores públicos para a revisão de pagamento de precatórios, em ação coletiva derivada⁵⁸⁴, entre outros.

Estas espécies de litígios representam as novas formações sociais e as novas formas de expressão coletiva da atualidade que surgiram e estão a surgir e, com ela, outras hipóteses de litígios que envolvem a judicialização de deveres de uma determinada coletividade. E, cada vez mais, se torna visível à sociedade o desajuste do Direito Processual interindividual a estes novos fenômenos sociais.

No cenário nacional e internacional atual, assistem-se a novas formas de expressões coletivas, que estão, cada vez mais, a emergir e a se multiplicar no tecido social, como forma de protesto, insatisfação e resistência⁵⁸⁵ do *status quo* de diversos aspectos da política e da estratificação social brasileira e, até mesmo, como tendência de convívio comunitário, ainda que em grandes cidades, como São Paulo⁵⁸⁶. A ocupação de espaços públicos tornou-se uma forma recorrente de manifestação espontânea na sociedade e, ao que tudo indica, tal forma de expressão coletiva, embora não inédita, está em evidência neste momento de nossa história.

Exemplo mais contundente deste fenômeno foram as manifestações de junho de 2013 no Brasil. Nesta oportunidade, as ruas das principais cidades de nosso país foram tomadas por milhares de pessoas, que demonstravam seu total descontentamento com o esgarçamento da já preanunciada crise de representatividade política e a ausência de meios hábeis para expressar a voz do povo. A ocupação nas ruas, inicialmente impulsionada pelo Movimento Passe Livre (MPL) contra o aumento das tarifas de transporte público, acabou por transcender ao objeto inicial para desvelar uma maneira de expressar a ojeriza da sociedade civil àquilo de há de mais atrasado, excludente e prepotente na política de nosso país⁵⁸⁷. A sua larga dimensão⁵⁸⁸ ganhou evidência diante da convergência e da unidade de diversas bases sociais e naturezas de reivindicação, que, regra geral, mantinham-se

⁵⁸⁴ TJ/ES, Classe: Ação Declaratória Incidental, 100070019698, Relator Samuel Meira Brasil Júnior, Órgão Especial, data da publicação 14/07/08. Fonte: DIDIER Jr. Fredie; ZANETTI, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. Cit., p. 463.

⁵⁸⁵ VAINER, Carlos. Quando a Cidade vai às Ruas. In: *Cidades Rebeldes: Passe Livre e as Manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013, p. 36.

⁵⁸⁶ BESSI, Bruna. Manifestações Culturais Espontâneas Transformam a Cidade de São Paulo. *GI*. São Paulo. Publicado 19/05/2013. Disponível em <http://delas.ig.com.br/casa/arquitetura/2013-05-19/manifestacoes-culturais-espontaneas-transformam-a-cidade-de-sao-paulo.html>. Acesso em 20/09/2018.

⁵⁸⁷ ROLNIK, Raquel. Apresentação. In: *Cidades Rebeldes: Passe Livre e as Manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013, p. 8.

⁵⁸⁸ As manifestações de junho de 2013 foram as maiores desde as “Diretas Já”, na década de 1980, e o “Fora Collor”, em 1992.

fragmentadas. Neste caso, uma pluralidade de segmentos sociais foi às ruas, parecendo todos convergir quanto à necessidade de se alterar o *status quo* da política brasileira.

A ocupação das ruas das cidades e de espaços públicos como meio e objeto de intervenção de coletivos, sem dúvida alguma, não representa um fenômeno social recente⁵⁸⁹. De todo modo, as manifestações de junho de 2013 começaram a ser pensadas como parte dos novos processos de ação coletiva que vêm se desenhando na última década⁵⁹⁰, principalmente diante do incremento dos meios de comunicação social, como as mídias sociais digitais, que funcionam como um mecanismo eficaz de molecularização de interesses, já que permitem a difusão rápida e espalhada de manifestações e protestos. Trata-se de coletivos que surgem espontaneamente no seio da sociedade e que, justamente em razão desta espontaneidade e rapidez de organização, não são revestidas de personalidade formal e dificilmente se encaixam nos limites estreitos e tradicionais dos institutos jurídicos⁵⁹¹.

Estes “coletivos” correspondem à construção de novas formas de sociabilidade, de novas formações de solidariedades e identidades comuns⁵⁹². Cuidam-se de redefinições constantes das relações entre Estado e sociedade e, como vêm ocorrendo desde a década de 1970, têm impacto direto sobre a conformação dos conflitos jurídico-políticos, promovendo uma revolução paradigmática em sua estrutura. Assim, de interindividuais, tornaram-se coletivos. Antes pautados na unidimensionalidade, agora estão plasmados na pluridimensionalidade. Antes gozavam de temporalidade linear, agora não mais. A solução apresentada estava baseada na unidade de conhecimento do Direito, na subsunção lógica do fato à norma e pautado em dogmas que não eram questionados. Na atualidade, a complexidade e a contradição social espelhadas no âmbito jurisdicional vão exigir esquemas cognitivos distintos, variáveis conforme a posição social das partes⁵⁹³.

⁵⁸⁹ “Não é correto afirmar que as Jornadas de Junho colocaram, pela primeira vez na história recente deste país, os jovens nas ruas. Em outubro de 2012, aproximadamente 10 mil pessoas tomaram a praça Roosevelt, no centro da capital, para o ato “Existe amor em São Paulo” (VIANA, Silvia. Será que formulamos mal a pergunta? In: *Cidades Rebeldes: Passe Livre e as Manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013, p. 54.).

⁵⁹⁰ INTERVOZES. *Vozes Silenciadas: Mídias e Protesto*. São Paulo: Intervezes. Disponível em <http://intervozes.org.br/arquivos/interliv009vozsmp-baixa.pdf>.

⁵⁹¹ Trata-se, aliás, de tendência global, como explica Maria da Glória Gohn: “No mundo globalizado, destacam-se as novas dinâmicas associativas dos movimentos, cada vez mais heterogêneos nos cenários regional e global, assim como as novas estratégias de ação coletiva de movimentos alterglobalizantes e suas redes sociais transnacionais e impulsionadas pelas transformações da comunicação e informação” (GOHN, Maria da Glória. *Sociologia dos Movimentos Sociais*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 19).

⁵⁹² FARIA, Eduardo. *Justiça e Conflito: Os Juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44.

⁵⁹³ Op. Cit., p. 68 (Quadro esquemático apresentado pelo autor).

Como afirmamos, as ações de resistência e expressão coletiva têm longo percurso histórico. Uma destas principais formações sociais, os movimentos sociais, também têm a sua história consolidada e foram os responsáveis por abalar as relações políticas e sociais há décadas. Mas estas formações sociais estão sempre em transformação e, com o tempo, mudam-se os agentes de lutas sociais, as suas matrizes organizativas, as formas de se comunicar, de agir. De todo modo, continuam a representar um canal de voz aos excluídos das arenas institucionais de participação política, o que acontece, principalmente, com os jovens⁵⁹⁴.

Foi o caso das ações ajuizadas que questionaram os “rolezinhos” pelas Comarcas do Estado de São Paulo e das ações possessórias ajuizadas contra os estudantes de ensino médio das escolas de São Paulo⁵⁹⁵, que as ocuparam como forma de resistência à política do Governo do Estado de realizar a reorganização escolar⁵⁹⁶.

Estas duas manifestações coletivas tiveram forte apelo midiático e larga repercussão nas redes sociais. A ampla divulgação embalou a opinião pública a acompanhar e a fazer a sua análise quanto às causas subjacentes a estas manifestações e quanto ao *modus operandi* que estes jovens se utilizaram para se expressar e se manifestar. Da mesma forma, a ampla repercussão na sociedade fez com que especialistas, de diversas ciências humanas, se debruçassem sobre estas manifestações coletivas, analisando-as sobre as lentes da racionalidade específica de uma ampla modalidade de conhecimento. Neste sentido, as ciências jurídicas, mormente no ramo dos Direitos Humanos, não ficaram de fora, problematizando o embate de princípios e de valores jurídicos que permeavam os casos⁵⁹⁷.

A sensibilização para a discussão destes novos fatos sociais e desse agir coletivo também chegou a atingir, ainda que timidamente, o Direito Processual Civil, uma vez que a contraposição a este agir coletivo foi levada ao Poder Judiciário. Ou seja, o processo teve que responder a este embate coletivo de princípios. E, sem novidades, o fez mal, desnudando por completo as falhas da arquitetura procedimental.

⁵⁹⁴ GOHN, Maria da Glória. *Sociologia dos Movimentos Sociais*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 11.

⁵⁹⁵ O estudo analisa as ocupações das escolas paulistas, mas houve também este mesmo tipo de reivindicação no Estado do Paraná, pelos estudantes do ensino médio, como forma de protesto contra a reforma do ensino médio e contra a PEC de teto dos gastos.

⁵⁹⁶ A organização escolar foi uma pretensão iniciada pelo Governo do Estado de São Paulo em 2015, com o intuito oficial de fazer uma divisão em ciclos escolares, dividindo os alunos por ciclos da educação (ensino fundamental e médio). Ocorre que a proposta implicava também no fechamento de escolas estaduais, despertando, neste ponto, a discordância dos alunos.

⁵⁹⁷ LÉPORE, Paulo Eduardo. Rolezinhos e a Violação de Direitos das Crianças e dos Adolescentes. In: *Dossiê Rolezinhos*. Op. Cit. pp. 38-40.

Vale, portanto, uma análise um pouco mais aprofundada em relação às ações judiciais desencadeadas pelo “rolezinho” e pelas ações de reintegração de posse para a desocupação das escolas públicas paulistas, para melhor compreender o desconforto processual diante destes fenômenos.

5.3.2.1 Análise Processual dos “Rolezinhos” e das Ocupações nas Escolas no Estado de São Paulo

O final do ano de 2013 foi marcado pelo surgimento ou intensificação em São Paulo e em todo país de um novo fenômeno social denominado de “rolezinho”. Jovens, majoritariamente de classe baixa, moradores das periferias com pouquíssimas opções de lazer, passaram a marcar encontros em Shoppings Centers, por meio das redes sociais⁵⁹⁸, causando polêmica e espanto entre lojistas, administradores e frequentadores habituais desses estabelecimentos. Isso levou a reações por parte dos empreendimentos comerciais, que passaram a realizar uma espécie de triagem daqueles que entravam no estabelecimento ou, até mesmo, a fechar suas portas, como amplamente foi noticiado na mídia⁵⁹⁹.

Uma das formas de tentar evitar a entrada deste grupo de jovens os estabelecimentos comerciais foi por meio das ações possessórias. O fundamento jurídico subjacente às pretensões dos Shoppings Centers era de violação à propriedade privada. Porém, a bem da verdade, o argumento utilizado pelos *shoppings* tratava-se apenas de uma roupagem jurídica para escusar o seu real mote: evitar que os “diferentes”, os “apartados” e “periféricos” ocupassem os espaços que, normalmente, são ocupados pelos “centrais” e trouxessem com eles hábitos, linguagens, comportamentos e culturas periféricas que causassem estranheza à normalidade do “centro”⁶⁰⁰.

A par de inúmeras questões jurídicas relevantes que tais ações põe em discussão, nos interessa a parte processual. Neste aspecto, chama atenção a forma como os autores

⁵⁹⁸ O jornal espanhol “El país” definiu os rolezinhos como encontros multitudinários de jovens, convocados pelas redes sociais que, mesmo sem intenção de delinquir, incomodam clientes e lojistas (http://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/12/sociedad/1389559949_135207.html).

⁵⁹⁹ REOLOM, Mônica; CASTRO, Laura Maia de. “*Shoppings* fecham suas portas para barrar rolezinhos”. *Estadão*. São Paulo. Publicado 16/01/2014. Acesso em <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,shoppings-de-sao-paulo-fecham-portas-para-barrar-rolezinhos,1119344>.

⁶⁰⁰ MACHADO, Antônio Alberto. O Rolezinho e as Novas Catedrais. In: SEVERI, Fabiana Cristina. *Dossiê Rolezinhos: Shopping Centers e Violação de Direitos Humanos no Estado de São Paulo*. Dissertação apresentada a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2015, p. 12.

destas ações estruturavam o polo passivo, que, indiscutivelmente, eram marcados por uma estrutura subjetiva extremamente complexa. Expressões como “rolezinhos no shopping”, “encontro de solteiros”, “encontro dos fãs do Evandro Farias e Talitinha Neves”, entre outros termos genéricos foram usados para qualificar a parte ré. Nas decisões judiciais que deferiam as liminares dos interditos proibitórios, os magistrados descreviam os destinatários dos deveres prescritos na decisão judicial como “movimento”⁶⁰¹, sem qualquer preocupação de melhor precisar como poderiam ser identificados estes indivíduos.

A disposição de réus genéricos no polo passivo levou a uma grave consequência: violação flagrante do direito ao contraditório dos requeridos. Esta conclusão foi confirmada pela pesquisa realizada pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto⁶⁰², que analisou os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o tema⁶⁰³ e decisões de primeira instância⁶⁰⁴. Nesta última esfera, de 13 processos que discutiam os “rolezinhos”, 11 deles não houve contestação por parte de nenhum dos réus.

Na conclusão dos responsáveis pela pesquisa acima, a ausência de defesa “evidencia a dificuldade de realização da defesa processual de categorias ou grupos sociais que figuram no polo passivo das ações judiciais”⁶⁰⁵. Os resultados são bastante graves, pois escancaram o descompasso absoluto entre o método e o fenômeno social coletivo. A conclusão é de completo tolhimento da garantia do contraditório nos casos em que sujeitos coletivos genéricos são colocados em situação jurídica passiva.

Na verdade, a plurissubjetividade abalou toda a estrutura processual, já que sequer o polo passivo conseguiu ser minimamente delimitado. E, sem delimitação dos réus, as ordens emanadas das ações proferidas nos interditos proibitórios propostos pelos *Shoppings Centers* tornaram-se uma carta em branco a ser aplicada segundo os critérios

⁶⁰¹ Agravo de Instrumento 2004549-29.2017.8.26.0000 do Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁶⁰² SEVERI, Fabiana Cristina. *Dossiê Rolezinhos: Shopping Centers e Violação de Direitos Humanos no Estado de São Paulo*. Dissertação apresentada a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2015/05/Dossi%C3%AA-Rolezinhos.pdf>. Acesso em 12/09/2017.

⁶⁰³ Tratou-se de pesquisa empírica realizada sobre a base de dados virtuais do Tribunal de Justiça de São Paulo, de acórdãos de 2º grau, que utilizassem, em seu teor, o termo “rolezinho”. Como resultado, foram localizados 22 acórdãos, dentre os quais 20 deles tinham os Shopping Centers em um dos polos da relação processual.

⁶⁰⁴ Este levantamento levou em conta processos de interdito Proibitório, ajuizado desde 2014, finalizados ou em andamento, na primeira instância.

⁶⁰⁵ SEVERI, Fabiana Cristina. *Dossiê Rolezinhos: Shopping Centers e Violação de Direitos Humanos no Estado de São Paulo*. Dissertação apresentada a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2015, p. 8.

convenientes e nada plurais e flexíveis dos autores da ação, que passaram a permitir a entrada dos aparentemente não “rolezeiros”, em uma verdadeira seleção social⁶⁰⁶.

Um ano depois, a manifestação dos jovens se repete, mas agora não mais relacionado ao exercício do direito ao lazer, mas à educação. No ano de 2015, os estudantes secundaristas em diversas regiões do Estado de São Paulo realizaram uma série de manifestações e ocupações nas escolas estaduais para protestar contra a proposta de reorganização escolar, que visava a separar as unidades escolares de acordo com os ciclos de educação⁶⁰⁷ e, como consequência, previa o fechamento de 94 escolas no estado paulista. Como estratégia de protesto, mais de 200 escolas foram ocupadas por todo o estado⁶⁰⁸.

Diante deste cenário, o Estado de São Paulo propôs ações de reintegração de posse para cada uma das escolas ocupadas. No polo passivo destas ações, constou o Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo (APEOESP) e “pessoas incertas e não identificadas ocupantes das Diretorias de Ensino do Estado de São Paulo”⁶⁰⁹, denotando a estratégia do autor de, em juízo, transformar o ato dos estudantes em manobra política de outros entes. E, junto com este desiderato, houve uma clara demonstração da ausência de um instrumento processual para lidar com este tipo de demanda, tampouco um norte orientador da representação destes estudantes, possibilitando ao autor uma larga liberdade para a qualificação do polo passivo, de acordo com os seus exatos interesses.

Nestas espécies de litígios, apontam-se duas constatações que não podem passar despercebidas ao nosso estudo: em primeiro lugar, a preferência do autor pela utilização de ações possessórias para discutir em juízo o direito de manifestação destes jovens. Nisso, se revela a eficiência do procedimento especial possessório na defesa irrestrita do proprietário e na estigmatização da parte ré, vista, como já ressaltamos, antecipadamente como parte odiosa, já que ousou afrontar um direito tradicionalmente de *status* tão relevante. Ou, na

⁶⁰⁶ “Shoppings são espaços de livre circulação. Impedir a entrada de alguém e estabelecimento comercial por motivo de discriminação ou preconceito é crime. Admitir que só algumas pessoas podem circular por lá, com policiais e oficiais de Justiça analisando quem podem ou não entrar, oficializa a discriminação” (ABRAMOVAY, Pedro. Liminar que proíbe “rolezinho” assegura “direito à segregação”. *Folha de São Paulo*. São Paulo. Publicado 14/01/2014. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1397333-opiniao-liminar-que-proibe-rolezinho-assegura-direito-a-segregacao.shtml>).

⁶⁰⁷ O argumento do Governo do Estado de São Paulo é de que, com a divisão em ciclos e por idades seria possível uma melhor administração pela equipe gestora, diretores e coordenação (www.educacao.sp.gov.br/reorganizacao).

⁶⁰⁸ As ocupações receberam apoio de alguns artistas, inclusive com a realização de shows, denominando de “Virada Educação” (www.vieradaeducacao.me).

⁶⁰⁹ Processo 1045195-07.2015.8. 26.0053, da 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, em que foi proferida decisão colegiada pelo Tribunal de Justiça que indeferiu a liminar de reintegração de posse, reconhecendo tratar-se de atos de desobediência civil (Agravo de Instrumento 2243232-25.2015.8.26.000).

percepção de Camilo Zufellato, o manejo da tradicional possessória revela a predominância dos grupos que detêm patrimônio, em contraposição aos jovens, que nada detêm e integram o grupo dos excluídos e despossuídos⁶¹⁰. A escolha do procedimento, portanto, não poderia ser mais conveniente aos autores.

A segunda, apesar de se tratar claramente de um fenômeno coletivo, os magistrados de primeira instância, majoritariamente, aceitaram a utilização de mecanismos interindividuais para lidar com esta espécie de litígio, mesmo quando estes se mostraram completamente desajustados com os elementos que estavam a perfazer o litígio. Ocorre que novos conflitos coletivos exigem novos instrumentos jurídicos e novos procedimentos judiciais para poderem ser canalizados, filtrados e decididos no âmbito das instituições formais do Estado⁶¹¹. O instituto do litisconsórcio, como já adiantamos, ainda está preso ao perfil de sociedades de conflitos de espectro subjetivo restrito. A realidade, no entanto, escancara relações complexas, conflitos coletivos e multifacetados e que dificilmente conseguirão se inserir em institutos clássicos de solução interindividual.

Por estarmos insertos em uma sociedade desigual, contraditória e ideologicamente em ebulição, tais fenômenos sociais vão se repetir cada vez mais e cada vez mais ficarão descobertas as fissuras que separam a realidade social e o processo, já que o discurso jurídico unitário que enlaça os dogmas processuais não mais está sendo suficiente para escamotear as graves falhas de um sistema processual que, neste aspecto, peca pela ausência absoluta de aderência social.

Atualmente, parece difícil aceitar que o moderno Processo Civil esteja desconectado com os anseios sociais, com a justiça social, com as vozes das ruas. A propósito, chama a atenção o fato de que a judicialização dos “rolezinhos” ocorreram no momento de revisão das normas processuais, ou seja, no momento de discussão do CPC/15. E, justamente neste momento, o discurso para a formatação de um novo CPC era sobre a necessidade de maior permeabilização de princípios constitucionais ao processo, principalmente quanto à garantia do contraditório, sobrelevando-o para que deixasse de ter apenas um conteúdo formal, e sim refletisse a sua substancialidade, colocando como questão central a necessidade de tornar o processo essencialmente democrático. Em nome

⁶¹⁰ ZUFELATO, Camilo. A Proteção Jurídica de Grupos Sociais. *In: Dossiê Rolezinhos: Shopping Centers e a Violação de Direitos Humanos no Estado de São Paulo*. Dissertação apresentada a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2015.

⁶¹¹ FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito: Os Juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 39.

da coerência, portanto, não há como se omitir quanto a este assunto, ainda que se reconheça os obstáculos e dificuldades que este modelo de litigância impõe.

Fato é que as lides com sujeitos coletivos genéricos no polo passivo existem e não são raridade. Está mais do que claro que a dinâmica processual individual não está sendo efetiva para dimensionar tais conflitos. Neste caso, surgem os chamados *hard cases*, em que as situações da vida não se enquadram em uma norma específica já delineada.

Portanto, com vistas à contribuição com o tema, apresentam-se a seguir algumas ponderações e propostas atinentes ao tema da plurissubjetividade passiva.

5.3.2.2 Ações Plurissubjetivas e Direito de Defesa nos Conflitos Fundiários: propostas para um desenho procedimental mais garantista

Uma vez exposta a complexa estrutura de relevantes fenômenos sociais atuais, os quais se revelam potenciais litígios perante o Poder Judiciário, propõe-se analisar quais as alternativas podem ser extraídas da técnica processual para lidar com um espectro subjetivo de ampla latitude no polo passivo da lide.

O desafio está em construir instrumentos de agregação subjetiva que comporte o dimensionamento plural do conflito, sem, por óbvio, perder de vista a justeza do procedimento. Isso quer dizer estruturar métodos que respeitem os princípios e garantias processuais, ainda que estes recebam um redimensionamento de seu tradicional perfil individual.

O ponto de partida inicial para alcançar este desiderato perpassa pela análise do direito subjacente. É por estes canais que se encontrará a resposta se o direito em pauta comporta ou não um espectro coletivo ou molecularizado ou, ao contrário, se a análise individual é a única forma de se resguardar a essência do processo justo. A necessidade de profunda investigação da relação jurídica de direito material subjacente ao conflito de interesses é, a propósito, questão bastante frisada no estudo do litisconsórcio, pois está assente na doutrina que é o direito material quem deve dar as notas metodológicas e classificatórias às diversas modalidades deste instituto⁶¹².

⁶¹² Ou, mais especificadamente, como o direito material vem afirmado em juízo, por meio da causa de pedir ou do pedido (EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio Unitário*: Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68).

No campo de uma plurissubjetividade mais ampla, como a que pretendemos analisar, a análise da relação jurídica de direito substancial ganha ainda uma tônica ainda maior. Sua estrutura e natureza devem funcionar como a bússola orientadora da busca pela melhor solução processual. Vale dizer, a escolha da técnica processual para processar direitos plurissubjetivos está condicionada ao devido exame do direito material subjacente à lide. Como bem já se afirmou, “a forma, isto é, o método de agregação de para fins de resolução de controvérsia, é apenas um instrumento de implantação das regras substanciais e dos seus escopos compensatórios, punitivos, pedagógicos e outros”⁶¹³.

Perfilhando este entendimento, a professora Ada Pellegrini Grinover, há muito tempo, já defendia que a classificação metodológica dos direitos coletivos *lato sensu* (direito difuso, coletivo *stricto sensu* e direito individual homogêneo) está no plano sociológico, portanto, no plano de direito material⁶¹⁴. A assertiva tem valiosa importância para a construção da premissa de que o processo jamais pode desnaturar a natureza do direito que lhe é subjacente. Técnicas de molecularização são importantes, como ocorre nos direitos individuais homogêneos, em que a tutela coletiva nada mais é do que uma ficção jurídica para molecularizar direitos individuais. Contudo, tais técnicas não podem representar a alteração da essência do direito material veiculado. Não se admite que o instrumento cause deformidade no direito substancial subjacente ao processo. Se isso ocorrer, estará havendo uma indevida interferência do Direito Processual no direito material, o que, certamente, levará a graves consequências, como o desvio dos trilhos de um processo justo. Portanto, como já tão ressaltado pela doutrina instrumentalista, é a técnica processual que deve se curvar ao direito material. Qualquer movimento contrário apenas demonstra que o método não tem aderência às relações sociais e, mais do que ausência de prestabilidade, está concorrendo de forma prejudicial ao atingimento do valor justiça⁶¹⁵.

⁶¹³ CASTELO, Juliana Justo Botelho. *Litigância de Massa: ações coletivas e técnicas de agregação*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 135.

⁶¹⁴ “(...) temos sustentado, em nossas aulas de pós-graduação, que a conceituação de interesses difusos e coletivos do art. 81, I, II e III, do CDC é uma conceituação de direito material, pois, antes mesmo que surja o processo, e independentemente dele, pode nascer o conflito sociológico. E a norma de direito material define quais são os direitos tutelados) (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 146-147).

⁶¹⁵ Sobre o tema, Kazuo Watanabe ressalta os inúmeros erros cometidos na práxis forense em razão da desatenção dos operadores do Direito quanto às peculiaridades da relação jurídica material indivisível, a qual acaba por ser fragmentada em múltiplas demandas coletivas, o que vulnera o tratamento igualitário em voga (WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do*

Posta esta premissa, é necessária a fixação de critérios que permitam a aferição da possibilidade ou não de agregação. No Direito Norte-americano, um dos importantes requisitos para se aferir a possibilidade de litigância agregada é a existência de questões comuns ao grupo e categoria. No que pertine à tutela coletiva, por exemplo, este é um dos requisitos que devem ser observados para a admissão das *class actions*, nos termos da Regra 23(a)⁶¹⁶, assim como é apontado no *Manual for Complex Litigation*, publicado pelo Centro Judiciário Federal⁶¹⁷, como critério primordial às técnicas de agregação norte-americana.

Estas questões comuns ao grupo podem ser identificadas em diversos graus, como a comunhão de interesses até a afinidade de questões, conceitos jurídicos utilizados pela norma processual para descrever a forma mais ou menos intensa de vinculação para a admissão do litisconsórcio (art. 113, CPC)⁶¹⁸. De todo modo, aferição acerca do grau de intensidade com que os indivíduos estão relacionados é importante, pois permite identificar até que ponto os interesses entre as partes se imbricam e alcançam um grau que possibilite o tratamento agregado, com a eficiência desejada pelo método.

E, justamente neste sentido de medição do grau de vinculação entre as partes e as questões comuns que a vinculam, é que ganha importância o conceito de indivisibilidade do direito material titularizado pelas partes, que, conseqüentemente, leva à resolução unitária, abrindo amplo espaço para as técnicas de coletivização e agregação.

Neste aspecto, vale insistir que a conclusão pela indivisibilidade também deve ser diretamente extraída do contexto sociológico, sendo defeso qualquer interferência do processo que desnature o estado das coisas. Neste sentido, utilizando-se das lições do instituto do litisconsórcio em que o conceito de unitariedade é melhor explorado, “o que realmente importa para a caracterização do litisconsórcio necessário unitário não é a natureza do pedido, mas sim a existência de uma relação jurídica única, com pluralidade de sujeitos, isto é, uma situação jurídica plurissubjetiva e incidível afirmada em juízo”⁶¹⁹.

anteprojeto. vol. II. Processo Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, pp. 16-24).

⁶¹⁶Rule 23(a)(2): “There are questions of law or fact common to the class”.

⁶¹⁷ Cf. *Federal Judicial Center: Manual for Complex Litigation*. Washington: Federal Judicial Center, 2004.

⁶¹⁸ Na visão de Cândido Rangel Dinamarco, há uma escalada decrescente de vinculação entre causas, que vai desde a vinculação mais intensa (comunhão de interesses) à vinculação mais tênue, mera afinidade (*Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 342-356).

⁶¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010, p. 86. Em sentido contrário, defendendo que é a natureza do pedido que determina a unitariedade ou não entre a pluralidade de partes, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Casos Problemáticos: partes ou terceiros? (Análise de algumas situações complexas de direito material. In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos*

Em conclusão: a parte pode até deduzir pretensão única, mas, uma vez identificada que esta pretensão unitária não tem correspondência com a relação jurídica substancial subjacente, o provimento jurisdicional pode não ser uniforme. A pretensão expressa pelo objeto litigioso pode até ser erigida como fator facilitador para a análise da fragmentariedade ou não da relação jurídica material posta na lide, mas o fator processual não pode desnaturar o que está em outro plano, como anteriormente frisado.

Esta conclusão necessita de especial atenção nos conflitos fundiários, em que a relação jurídica de direito substancial é, por si só, complexa e, como dito, nem sempre os elementos objetivos da demanda, causa de pedir e pedido, unilateralmente delineados pelo autor na petição inicial, dão a real configuração à dimensão sociológica. Além do elastério do espectro subjetivo, tem-se que, em muitos casos, os réus são desconhecidos e, muitas vezes, desconhecido também é o contexto fático que delinea as situações jurídicas que os relacionam à área *sub judice*.

Como já outrora demonstrado, na prática, a pluralidade do polo passivo é delineada de forma genérica. Com réus genéricos, a tendência é que a narrativa que descreve a pretensão seja composta de situações fáticas genéricas, homogêneas, amalgamadas, de cotitularidade, o que não, necessariamente, pode ter correspondência com a realidade.

No caso dos conflitos fundiários, o risco desta generalização da narrativa da situação jurídica dos réus feita na causa de pedir é muito grande. O que ocorre é que, diante da larga plurissubjetividade passiva, o componente objetivo acaba por ganhar maior importância, em razão da nebulosidade de se identificar a natureza jurídica que sustenta o cúmulo subjetivo. Neste caso, o objeto do processo está bem definido: a extensão da área livre e desocupada. Por outro lado, não fica claro a que título está estruturada a cumulação subjetiva no processo. Há, portanto, inicialmente, claras dificuldades de se compreender se a relação jurídica subjacente é única e subjetivamente complexa, ou, ao contrário, se é constituída por várias relações jurídicas, o que daria ensejo ao cúmulo objetivo de demandas que foram agregadas.

A importância da relação jurídica substancial também é a mesma quando se conclui pela necessidade ou não da formação processual, ou seja, pela obrigatoriedade ou não de todas as partes estarem no polo passivo da lide. Da mesma forma que a

unitariedade, a necessariedade também está a depender do contexto sociológico. Por isso, uma ação de reintegração de posse que o proprietário ajuíza contra centenas de ocupantes de uma área pode ou não ter o espectro subjetivo caracterizado pela necessariedade. A conclusão está a depender da análise da situação jurídica de direito material que os entrelaça. Se ela for cindível, não há que se falar em unitariedade ou obrigatoriedade da pluralidade de partes. Se for incindível, há apenas uma demanda e a plurissubjetividade torna-se obrigatória. Na primeira hipótese, em tese, a ação pode ser fragmentada em demandas autônomas, pois a cumulação subjetiva é facultativa⁶²⁰. Na segunda hipótese, a fragmentação não é permitida.

Portanto, conforme se verifica, decifrar a real situação fática que ampara cada um dos ocupantes nos assentamentos irregulares é condição *sine qua non* para o real dimensionamento da situação jurídica material subjacente e, conseqüentemente, para a escolha da melhor técnica de conjugação e agregação processual. Já afirmou José Roberto dos Santos Bedaque que o direito substancial define não só a necessidade da técnica, como também a técnica mais adequada⁶²¹. Para fins de agregação e coletivização, é esta a máxima.

Desta forma, não é demais repisar que a atenção tem que se voltar para os contornos da relação de direito material que rege os conflitos fundiários, pois é ela que será responsável por dar os reais parâmetros sobre o que é individual ou coletivo, possibilitando, posteriormente, realizar a escolha da técnica de agregação ótima ao caso concreto, de modo que os princípios e garantias processuais sejam respeitados.

Compreender se há ou não indivisibilidade é uma questão extremamente complexa, principalmente nos litígios fundiários. Isso porque a sua investigação exige uma análise da maneira como se deu a ocupação da área *sub judice* e da forma de ocupação e organização desta área, neste último caso, para se aferir se as posses são interdependentes ou não. Tais descrições podem não estar dispostas na petição inicial, pois, como dito, as pretensões são comumente narradas de forma genérica, constando apenas que um grupo de pessoas ocupou determinada área, sem a menção a outros dados, que, na verdade, são essenciais para melhor delimitar a situação jurídica substancial.

⁶²⁰ De modo contrário posiciona-se Arruda Alvim. Para ele, na ação de despejo para demolição de um prédio de apartamentos, haverá litisconsórcio necessário unitário, pois o pedido de retomada para uma finalidade geral (demolição) impõe que figure no polo passivo todos os locatários cujos contratos hão de ser rescindidos, submetendo-os a uma decisão uniforme a respeito do direito ou não da retomada do prédio (ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 604).

⁶²¹ BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 108-109.

Iniciemos com a forma de ocupação. Já afirmamos que parte dos litígios fundiários dirige-se contra atos de ocupação promovidos por movimentos sociais ou outras formas de coletivo. Neste caso, a ação é orquestrada por alguns líderes ou coordenadores, que são responsáveis por impulsionar e organizar a ocupação coletiva, feita, portanto, em conjunto, como uma ação coletiva. O escopo da ocupação é chamar a atenção para a violação do direito à reforma agrária, no âmbito rural, e para a precariedade das políticas públicas de moradia, no âmbito urbano, questionando, ao mesmo tempo, cumprimento da função social da propriedade *sub judice*, vez que, regra geral, as ocupações são realizadas nos imóveis vazios e abandonados.

Esta forma de expressão se aproxima bastante de outras já descritas, em que a ocupação de diversos espaços públicos é utilizada como forma de resistência e livre expressão. Nestas hipóteses, o fenômeno é, por sua essência, coletivo. Isso quer dizer que a atuação individual de cada um dos sujeitos que o compõe, por si só, não tem nenhum valor ou não produz o escopo que se almeja. Em assim sendo, não interessa a atuação individual de cada um dos sujeitos que o compõe, pois a transindividualidade e a indivisibilidade são inerentes ao exercício do direito. O fenômeno é necessariamente caracterizado pela presença e a ação de cada um dos ocupantes, que, em conjunto, promovem o efeito desejado mas, em separado, não tem qualquer relevância para os objetivos traçados. Neste caso, parafraseando Ada Pellegrini quando definiu os direitos difusos, “não se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível”⁶²².

A conclusão acima ganha mais força quando interpretamos o conceito de indivisibilidade por um espectro mais amplo e não apenas estritamente prático, ou seja, não passa pela análise apenas se há ou não, materialmente, possibilidades de se fragmentar o bem da vida. Isso porque, faticamente, pode até ser possível fragmentar a ação e conduta de cada um dos ocupantes, dos possuidores. Mas, para efeitos de análise sociológica do real fenômeno, esta interpretação é artificial. Consequentemente, também o é para a análise de litigância estratégica do conflito.

Deste modo, o conceito de indivisibilidade, para se mostrar completo, deve ser compreendido por um viés normativo. E isso ocorre quando os feixes de interesses

⁶²² GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado social, político e jurídico da tutela de interesses difusos”. *In: Repra*, São Paulo: RT, n. 97, 2000, pp. 9-15.

individuais, ainda que passíveis de divisão, andam juntos ou emparelhados⁶²³ e, conseqüentemente, devem receber tratamento jurídico paritário, por ser esta a única solução justa⁶²⁴. Defende-se, assim, que a unitariedade também pode estar amparada no conceito de paridade, se a situação jurídica de direito material assim se revelar.

Nesta toada, a técnica processual, inclusive para fins de agregação e melhor desempenho do método, deve acompanhar os novos formatos das relações jurídicas substanciais, que, em muitos casos, a despeito de fragmentação prática, comportam tratamento necessariamente paritário. Neste sentido, faz-se necessário franquear novos olhares, mais abertos, em relação ao conceito de indivisibilidade do direito material, que produzirá reflexos de unitariedade na relação plurissubjetiva.

Neste sentido, Bonício e Sica identificam o tratamento paritário como uma hipótese de indivisibilidade e, conseqüentemente, unitariedade entre os titulares daquela situação jurídica material:

Há circunstâncias, no entanto, em que, por razões de ordem lógica, a relação jurídica material que integra o litígio é incidível, e os efeitos da decisão judicial de resolver esse litígio atingirão, da mesma forma, não apenas aqueles que estão no processo, mas todos aqueles que, mesmo estando fora do processo, tiverem (em tese) a mesma pretensão (com a mesma causa de pedir e pedido)⁶²⁵.

Com fulcro neste entendimento, os autores afirmam que a situação jurídica de direito material veiculada em uma ação individual que pede um medicamento não disponibilizado na rede pública de saúde mantém uma relação indivisibilidade com todas demais pessoas que estejam inseridas na mesma condição fática jurídica, pois, do ponto de vista constitucional e legal, não há como outorgar um medicamento a uma pessoa e não às demais, sem que haja um *discrímen* legítimo para tanto⁶²⁶. Ressalte-se que, neste caso, a resolução unitária é decorrente de uma construção normativa, e não prática.

A forma de ocupação também tem reflexos diretos na aferição da incidibilidade ou não da demanda. Isso porque, em grande parte dos assentamentos irregulares, principalmente nas favelas, não há uma ocupação regular, dividida em lotes autônomos, nos termos do quanto determina a Lei 6.766/79. Ao contrário, as áreas possuídas por cada

⁶²³ CASTELO, Juliana Justo Botelho. *Litigância de Massa: ações coletivas e técnicas de agregação*. Op .Cit., p. 335.

⁶²⁴ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; SICA, Heitor Vitor Mendonça. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 284).

⁶²⁵ Op. Cit., p. 284.

⁶²⁶ Op. Cit., p. 284.

família têm dimensões diversas, irregulares, com possíveis sobreposições, tornando, inclusive, a sua regularização um enorme desafio até mesmo para a ciência do Urbanismo, diante da impossibilidade de se identificar a área ocupada por cada possuidor.

Neste sentido, reconhecendo tratar-se de situação fática comum à forma de ocupação das classes mais vulneráveis, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 10, dispunha que áreas urbanas ocupadas pela população de baixa renda fossem suscetíveis de serem usucapidas coletivamente quando não houvesse possibilidade em identificar o terreno ocupado por cada possuidor. A norma destinava-se à situação de cotitularidade inerente à jurídica material subjacente e, portanto, de comunhão em direito e obrigações entre os réus, mantendo-os, juridicamente, amalgamados.

A Lei 13.465/17 alterou o artigo 10 do Estatuto da Cidade, retirando a expressão “onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor”. Excluiu também a necessidade de o titular do direito se enquadrar no conceito de “população de baixa renda” e elencou a obrigatoriedade de que a área total dividida pelo número de moradores não fosse superior a 250m². O escopo do legislador foi alargar o instituto, de modo a transcender à população de baixa renda e a instituir um condomínio especial por intermédio da usucapião coletiva, mesmo que seja possível identificar unidades mais ou menos delimitadas.

De todo modo, este diploma legal (Lei 13.465/17) regulamenta a regularização fundiária do “condomínio urbano simples”, ou seja, “quando um mesmo imóvel contiver construções de casas ou cômodos”⁶²⁷, justamente para suprir as lacunas destas hipóteses de justaposição de moradias, bastante comuns em vilas e comunidades, característica da população de baixa renda.

O que se está a afirmar é que, malgrado as causas que deram ensejo à fixação do possuidor naquela área possam não ser idênticas (uns podem ter ocupado espontaneamente a área, outros podem a ter adquirido por meio de contrato de gaveta de um terceiro, outros terem recebido o imóvel por força da sucessão hereditária, etc) e, ainda que o tempo de cada uma das posses seja diverso, a situação jurídica de cada um deles se imbrica de tal forma que o direito que os ampara se torna a síntese e não a mera soma de direitos individuais. Em outros termos, a situação jurídica de cada um dos indivíduos apresenta uma

⁶²⁷ Artigo 61: “Quando um mesmo imóvel contiver construções de casas e cômodos poderá ser instituído, inclusive para fins de Reurb, condomínio urbano simples, respeitados os parâmetros urbanísticos locais, e serão discriminadas, na matrícula, a parte do terreno ocupada pelas edificações, as partes de utilização exclusiva e as áreas que constituem passagem para as vias públicas ou para as unidades entre si”.

interdependência tão intensa no plano material, que o conjunto de posse se torna superveniente ao patrimônio jurídico de cada indivíduo e, portanto, ganha *status* de interesses comuns do grupo. Dessa forma, o direito a ser protegido passa a ter identidade coletiva⁶²⁸, abrindo a possibilidade para a efetividade de uma defesa coletiva.

A síntese deste direito se traduz na regularização fundiária (esta compreendida *lato sensu*, como urbanização urbanística e de titularização sobre a área), que se torna condição *sine qua non* para que os possuidores permaneçam na área, principalmente para garantir-lhes a possibilidade de gozar do direito constitucional de moradia digna. Em outros termos, a proteção da posse exercida por cada um deles e, portanto, a sua permanência na área, está a depender da possibilidade, ainda que prospectiva, de que a área seja urbanisticamente regularizada e plenamente adequada ao modelo urbanístico legal e, ademais, que títulos, ainda que de diversas naturezas, possam lhes ser outorgados para garantia a segurança jurídica deste direito.

Esta indivisibilidade implica diretamente na uniformização dos fundamentos fáticos e jurídicos da defesa. O argumento central não passa a ser os atributos pessoais de cada um dos sujeitos daquela comunidade, mas sim as características do próprio grupo, como, por exemplo, o marco da constituição da comunidade, o grau médio de consolidação das casas, os eventuais serviços públicos que foram introduzidos, entre outros elementos. A ênfase da cognição gira em torno dos aspectos que qualificam a posse da comunidade, reduzindo a importância do enfoque das particularidades e especificidades de cada um dos possuidores.

Quer-se assim afirmar que esta comunhão de questões extraída da indivisibilidade acaba por implicar na impessoalidade do titular daquele direito. Melhor explicando, a questão torna-se padrão, indiferente às características de cada um dos indivíduos, de tal forma que a sua persecução ou defesa em juízo mostra-se indiferente se exercida pessoalmente ou por um ente exponencial⁶²⁹, franqueando abertura para a representação de interesses, conforme se verificará mais à frente.

O grupo passa a ter uma identidade e estabelece com cada elemento que o constitui relações de impessoalidade, paridade e unitariedade, de forma que os interesses individuais, no caso, as posses individuais, tornam-se, na verdade, a síntese de um direito

⁶²⁸ NEWAMN, Dwight. *Community and collective rights: a theoretical framework for rights held by groups*. Oxford: Hart Publishing, 2011. pp. 503/506.

⁶²⁹ CASTELO, Juliana Justo Botelho. *Litigância de Massa: ações coletivas e técnicas de agregação*. Op. Cit., p. 148.

mais amplo, que é o de permanecer na área e ter, posteriormente, garantido o direito de gozar de uma moradia digna e de um meio ambiente urbanístico saudável.

As situações jurídicas de direito material acima descritas são qualificadas, no aspecto subjetivo, pela transindividualidade e pela indeterminabilidade de seus titulares, e, na perspectiva objetiva, pela indivisibilidade da relação jurídica de direito material.

Quanto à transindividualidade, concluímos que, no conflito fundiário, a depender de como se deu a ocupação e a forma de organização, a questão transpassa a esfera de cada possuidor para se consolidar na discussão da possibilidade de permanência ou não de uma comunidade. Em outros termos, passa a ser uma questão de grupo.

A indeterminabilidade dos titulares deste direito se dá em razão da alta numerosidade dos ocupantes na área objeto da lide, o que torna extremamente difícil a identificação e a qualificação daqueles que deveriam figurar como parte na relação processual. Têm-se, ademais, nestes casos, vínculos frágeis entre os próprios titulares deste direito e a parte contrária, pois, na ampla maioria dos casos, estão calcados apenas sobre circunstâncias fáticas decorrentes do exercício da posse em um determinado imóvel. Pode-se afirmar que, nesta espécie de conflitos, na maioria das vezes, não há relação jurídica de direito material prévia estabelecida entre os sujeitos da relação jurídica, o que concorre ainda mais para a instabilidade dos vínculos e, em consequência, para a dificuldade de identificação nominal daqueles contra quem a pretensão inicial se dirige. Pode-se afirmar que as relações, neste caso, são fluídas, frágeis, apoiadas estritamente sobre circunstâncias fáticas. Ademais, deve-se levar em conta a alta rotatividade de tais possuidores nestas áreas, dificultando a estabilidade subjetiva da ação e dando ensejo, teoricamente, a subseqüentes sucessões processuais.

A indivisibilidade do objeto, a indeterminabilidade de pessoas, os vínculos fáticos que unem os sujeitos processuais, aliado ao interesse social advindo dos conflitos fundiários, são características da modalidade de litígios e, portanto, que se amoldam à classificação dos direitos transindividuais, mais especificamente, dos direitos difusos (art.

81, I do CDC)⁶³⁰. E, como tal, esta modalidade de direito material tem na tutela coletiva o instrumento mais efetivo para torná-lo efetivo⁶³¹.

Como vimos, a plurissubjetividade ampla que enseja a indeterminabilidade dos sujeitos leva à conclusão de que o tratamento tradicional dado às ações plurissubjetivas é insuficiente para dimensioná-la, daí a necessária busca por outras formas de agregação. O instituto do litisconsórcio exige a participação direta das partes interessadas, as quais exercem, pessoalmente, suas garantias constitucionais processuais. Contudo, a depender do número de litisconsortes necessários, há óbices materiais claros para que este exercício seja exercido individualmente.

No Direito Norte-americano, quando a numerosidade dos litigantes torna o litisconsórcio impraticável, abre-se a via da tutela coletiva. Ressalte-se que a impossibilidade de formação do litisconsórcio é uma condição para as ações coletivas, melhor dizendo, um requisito de admissibilidade, sem o qual a *class action* não é certificada⁶³².

Em nosso sistema, principalmente em razão dos princípios sobre os quais a tutela coletiva está preconizada, não é possível afirmar que a sua utilização cumpre apenas a função de solução para os casos de plurissubjetividade alargada e que não se amoldam ao litisconsórcio. Isso certamente seria incidir em um extremo reducionismo. O processo coletivo tem uma função precípua: a expansão do acesso à justiça, que, como evidenciado no Capítulo 2, é um grave problema social em nosso país.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que a tutela coletiva também funciona como uma saída adequada para os casos em que o espectro subjetivo não comporta justa composição por intermédio do litisconsórcio⁶³³, principalmente, em razão da utilização da

⁶³⁰ Este é o entendimento de Nelson Nery e Rosa Nery, que oscilam na classificação de direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos: “O direito coletivo em jogo neste tipo de litígio de posse pode ser o mesmo direito coletivo definido pelo CDC 81, par. ún. II: transindividual, 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. Mas nada impede que a definição do CDC 81 par. ún. I se enquadre nesta situação. Isto porque a ação possessória descrita no CPC 565 não pode ser conduzida no formato da ação individual em vista de suas próprias particularidades, e nada impede, nestes tempos de massificação das relações e institutos, que se chegue a uma demanda em parâmetro difuso. O CPC §§ 1º e 2º, que deve ser aplicado em conjunto com este dispositivo, fala da possibilidade de que algumas das pessoas envolvidas não sejam identificadas, o que se pressupõe um grande número de pessoas e a dificuldade de se proceder à citação pessoal de todas elas, reforçando o caráter coletivo (entendido este adjetivo, aqui, em termos gerais e não daqueles específicos do CDC 81 par. ún. I) da ação definida nesse artigo e no CPC 565) (*Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1504).

⁶³¹ Sobre a primazia da tutela coletiva para o controle de políticas públicas, nosso trabalho, já citado: CARVALHO, Sabrina Nasser. *Processos Coletivos e Políticas Públicas*. Op. Cit., pp. 148-168.

⁶³² Rule 23 (a)(1): “The class is so numerous that joinder of all members is impracticable”.

⁶³³ Neste sentido, Sérgio Cruz Arenhart: “A solução da divisão do litisconsórcio, portanto, é limitada e, por vezes, imprestável. Nesses casos, justifica-se o recurso à proteção coletiva dos interesses individuais, sob o

técnica representativa, ou seja, o exercício do contraditório por intermédio de um legitimado adequado, que representa adequadamente todo o grupo e que, por consequência, dispensa o exercício pessoal desta garantia por cada um dos titulares deste direito discutido em juízo.

Deste modo, a técnica representativa pode servir como forma de completar a lacuna existente em nosso ordenamento jurídico para os casos em que a dimensão da plurissubjetividade for de tal expressão que o instituto do litisconsórcio seja insuficiente, revelando-se até mesmo impraticável, para garantir o devido processo legal e seus consectários. Ou seja, se não há possibilidade para o exercício pessoal das garantias constitucionais, a técnica representativa parece ser a única saída para se franquear uma interpretação em consonância com os princípios constitucionais do dispositivo acima, ou seja, para salvaguardar o contraditório daqueles que são tidos como parte, mas não integram formalmente ou pessoalmente a lide. Portanto, quando se fala que o instituto do litisconsórcio é impraticável no caso concreto em razão da ampla plurissubjetividade, deve o processo possibilitar outras técnicas eficientes para que a demanda de massa torne-se possível, caso contrário, se estará negando a garantia do acesso à justiça ao réu. Portanto, a técnica representativa pode até representar certo corte de pluralidade dialógica ampla e irrestrita, mas, com o seu devido controle, é a que atende com mais eficiência as garantias processuais no caso de larga plurissubjetividade.

Não se pode desconsiderar ainda que a própria legislação processual entende como legítima a dispensa de qualificação e citação pessoal de todos os indivíduos que, em tese, deveriam figurar como litisconsortes passivos, quando os atos representarem afronta ao direito de acesso à justiça do autor, nos termos do artigo 319, parágrafo 3º do CPC. A validade desta dispensa, no entanto, está condicionada à previsão de novos institutos processuais, ainda que representativos, que, em contrapartida, outorguem as garantias processuais.

O processo coletivo utiliza-se da técnica representativa, em que um portador ideológico torna-se o porta-voz de múltiplas partes em uma única demanda. Na perspectiva representativa, o representante atua não apenas na defesa restrita de seus interesses, mas sim na defesa da posição de vantagem do grupo que o integra. Neste caso, a pluralidade de

regime da legitimação extraordinária” (*A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 147).

partes delinea, no plano sociológico, um grupo, em que laços de afinidade social, emocional e territorial tornam-se o *link* entre eles, permeado por uma coesão interna⁶³⁴.

Sobre a aplicação das técnicas do processo coletivo, o próprio texto do CPC, quando menciona a expressão “litígio coletivo pela posse do imóvel”⁶³⁵, denota que a técnica da tutela coletiva pode agir de forma eficaz para a agregação subjetiva passiva. Por certo que a expressão empregada não é, por si só, o fator determinante para a aplicação da técnica. Como visto, é necessário fazer uma investigação acerca da situação jurídica de direito material subjacente para aferir qual método é mais adequado. Mas, sem dúvida alguma, não se pode desprezar o conceito normativo empregado, mormente quando ele se apresenta como uma técnica de agregação mais efetiva do que aquela até então aplicada, baseada em premissas individuais, que já se mostraram extremamente ineficientes.

Vale a ressalva de que a técnica de representação não deve ser compreendida como panaceia irrestrita para todas as lides plurissubjetivas. Ela, necessariamente, deve estar preconizada sobre específicos requisitos que devem ser observados para que efetivamente se enquadre na dinâmica garantista e principiológica do Direito Processual, atingindo um nível ótimo de agregação. Assim, se bem utilizada, pode significar o acesso à justiça aos jurisdicionados, por intermédio da ressignificação das garantias do devido processo legal, mas, agora, interpretada por um viés socializante. Caso contrário, pode, de fato, incorrer na crítica da doutrina de rompimento político e ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais⁶³⁶. A possibilidade de aplicação da técnica representativa nos conflitos fundiários será melhor analisada no Capítulo 7.

Importante ainda consignar que a tutela coletiva somente se faz efetiva quando presentes as situações jurídicas de direito material coletivas. A transindividualidade e a indivisibilidade, características dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, são, sem dúvida alguma, características mais fáceis de agregação, pois implicam na unitariedade do provimento final e na maior facilidade de apresentação de uma defesa única ao grupo. Contudo, não se pode olvidar quanto à possibilidade de molecularização de direitos individuais, desde que contemplem relevantes pontos em comum, ou seja, desde que sejam homogêneos.

⁶³⁴ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos Litígios Transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETTI Jr., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodiVm, 2016, p. 93.

⁶³⁵ O Código de Processo Civil o faz em duas oportunidades: no artigo 178, inciso III e 565 do CPC.

⁶³⁶ CABRAL, Antônio do Passo. A Causa de Pedir nas Ações Coletivas. In: DIDIER Jr., Fredie; MOUTA, José Henrique. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: JusPodiVm, 2009, p. 68.

Esta espécie de direito coletivo, os direitos individuais homogêneos, podem ser identificados nos conflitos fundiários⁶³⁷. Neste caso, seus titulares não estão imbricados em uma relação jurídica indivisível que os coloca em destinos comuns, mas, por outro lado, estão entrelaçados em razão da homogeneidade de seus interesses, que os fazem titulares de questões comuns⁶³⁸, e, como tal, os fazem destinatários de uma solução jurídica paritária. Nesta hipótese, ainda que não exista indivisibilidade entre eles, a origem comum e a homogeneidade que sustenta seus direitos os delineiam enquanto grupo. E, em consequência, há um destaque para os atributos da controvérsia comum ao grupo, tornando efetiva a litigância agregada. Assim, a despeito de não haver uma vinculação obrigatória entre eles, existe, por outro lado, um núcleo comum que os congrega⁶³⁹.

Exemplo: ação ajuizada pelo Município para o desfazimento de loteamento irregular⁶⁴⁰, por não ter o loteador cumprido com suas obrigações legais relativas à estrutura urbanística da área⁶⁴¹. Os adquirentes, ocupantes de lotes autônomos e que não se sobrepõem entre si, gozam de direitos divisíveis e de origem comum contra o loteador, haja vista que adquiriram onerosamente unidades independentes e fracionáveis do loteador irregular. Por outro lado, lhes está sendo exigido, na referida ação, dever também de origem comum, qual seja, a desocupação da área, vez que o fazem, segundo a inicial, em descompasso com o quanto exigido pela legislação urbanística. Por haver inegáveis reflexos em seu patrimônio jurídico, os réus devem figurar necessariamente no polo passivo⁶⁴². E, em assim sendo, eventuais defesas individuais seriam fulcradas em uma *fattispecie*, em um mesmo padrão, abrindo espaço para a efetividade de uma defesa única.

Uma vez identificada os requisitos do direito material que possibilite uma defesa molecularizada, faz-se imprescindível formatar um *design* processual adequado, de modo que seja capaz de franquear funcionalidade e efetividade à tutela coletiva, nos casos de

⁶³⁷ ARENHART, Sergio. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*. Op. Cit., p. 203.

⁶³⁸ Sobre a necessidade da superioridade de questões comuns sobre as questões individuais para a configuração de direitos individuais homogêneos, a análise de Ada Pellegrini Grinover: “Sobre homogeneidade pouco se tem dito. Talvez a redação do dispositivo legal induza a pensar que a “homogeneidade pela origem comum” seja um único requisito. Os direitos seriam homogêneos sempre que tivessem origem comum. Parece evidente, no entanto, que a origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade (...) Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente” (Da *class actions for damages* à ação civil brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *O Processo: Estudos & Pareceres*. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 248).

⁶³⁹ CASTELO, Juliana Justo Botelho. *Litigância de Massa: ações coletivas e técnicas de agregação*. Op. Cit., p. 228.

⁶⁴⁰ No caso do loteamento irregular, há projeto aprovado perante o Município pelo loteador, mas ele o não cumpre integralmente ou o faz em desconformidade com o quanto aprovado.

⁶⁴¹ O projeto e a execução do loteamento são de responsabilidade do loteador (art. 12, Lei 6.766/79).

⁶⁴² Neste sentido, a posição firme do STJ: REsp 1263164 / DF.

plurissubjetividade passiva, haja vista que não se pode desprezar o razoável impacto em diversos institutos processuais. O esquema atinente à legitimação, por exemplo, irá ser alterado. Será dispensada a participação *no* processo de todos os ocupantes, substituída por um representante que irá falar em nome do grupo, que, revelando-se adequado, deverá promover a participação *pele* processo. Ou seja, será elaborada uma defesa coletiva, em nome do grupo. A eficácia subjetiva da coisa julgada terá efeito espraiado para atingir não apenas as partes formais do processo, mas todos os titulares do direito discutido em juízo.

Estas técnicas que permeiam a coletivização passiva, no entanto, não estão expressamente disciplinadas em nossa legislação processual coletiva. A tutela coletiva passiva é, sem dúvida nenhuma, um instituto em construção em nosso país.

Por outro lado, ainda que não frequente, é uma realidade normativa nos países do *common law*. Assim, para a melhor compreensão deste instituto e com vistas a trazer elementos críticos para a reflexão sobre esta forma de litigância em nosso ordenamento jurídico, abordam-se, no próximo capítulo, a sua contextualidade no Direito Comparado e o estágio atual de discussão em nosso país.

CAPÍTULO 6 VIGAS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO PROCESSUAL PARA UMA DEFESA COLETIVA

6.1. *Defendant Class Actions*: ações coletivas passivas norte-americanas e as lições de Direito Comparado

6.1.1. Aspectos introdutórios de Direito Comparado

O sistema processual norte-americano tem sido erigido a paradigma de direito estrangeiro na análise de Direito Comparado. Este *status* lhe foi conferido em razão do atingimento de um razoável nível de eficiência e efetividade⁶⁴³, mesmo nos casos em que lhe são subjacentes conflitos mais densos, com destacado impacto na vida social e econômica daquele país⁶⁴⁴. Por certo que a característica do intenso ativismo judicial se torna um desafio ainda maior para a colheita de bons resultados advindos das regras que delineiam a estrutura processual dos EUA.

Nesta perspectiva, as ações coletivas nos Estados Unidos ganharam reconhecida importância e prestígio, seja em razão da experiência jurídica acumulada, uma vez que a normatização da matéria ocorreu em 1938, seja por ocupar posição de vanguarda neste assunto entre os países do *common law* e do *civil law*, pois têm à disposição instrumentos processuais coletivos inovadores para o enfrentamento da tutela coletiva.

Em deferência a este modelo paradigmático, as ações coletivas brasileiras também se mostraram permeáveis ao modelo de tutela coletiva norte-americana. Podem-se identificar vários institutos em nossa legislação de clara inspiração nas *class actions* norte-americanas⁶⁴⁵ e estas ainda se mantêm como principal fonte de interpretação e aplicação de nosso sistema⁶⁴⁶. Inseto nesta perspectiva, a análise do modelo norte-americano se mostra de extrema importância para se discutir as diversas formas de abordagem sobre os

⁶⁴³ Ou, ao menos, não tem gerado crises significativas de efetividade, conforme salienta Carlos Alberto de Salles (Ações Coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. SALLES, Carlos Alberto de (org.). Santos: Editora Universitaria Leopoldianum, 2006. p. 17).

⁶⁴⁴ “The most distinctive characteristic of the courts in the United States is their involvement in determining issues that in other countries are determined outside the courts. Fundamental issues in which the American courts have been instrumental include racial desegregation, abortion, rights of the accused in criminal cases, freedom of speech, and the relationship between religion and the government. In all modern democracies, these issues have been treated almost exclusively as “policial matters” (HAZARD, Geoffrey C. Jr. E TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale, 1993. p. 51).

⁶⁴⁵ Como exemplo, os direitos individuais homogêneos (art. 81, inciso III do CDC) têm inspiração nas *class actions for damages*.

⁶⁴⁶ GIDI, Antonio. *A Class actions como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

componentes estruturais da relação jurídica processual decorrentes de situações jurídicas passivas, sem jamais perder de vista a realidade nacional.

Portanto, a proposta não é apenas fazer uma mera descrição do direito estrangeiro, mas estabelecer um estudo de Direito Comparado entre o sistema brasileiro e norte-americano, com vistas à evolução crítica de nossa ação coletiva, mais especificamente, da ação coletiva passiva, contribuindo, assim, para o aprimoramento de nosso sistema processual coletivo, com aporte de elementos para a construção de possíveis alternativas⁶⁴⁷, diante das lacunas atualmente existentes. Para tanto, faz-se imprescindível considerar as claras e inegáveis diferenças, de diversas naturezas, existentes entre o sistema norte-americano e brasileiro, para que não haja mera importação acrítica de institutos que não se amoldam às dimensões sociais e políticas de nosso país, e, principalmente, que não desconsidere tratar-se de sistemas oriundos de matrizes jurídicas distintas, *common law* e *civil law*.

Em suma, a escolha do estudo das *class actions* do Direito Norte-americano neste trabalho justifica-se em razão de se tratar de um modelo paradigmático no âmbito das ações coletivas, marcado pelos elementos da tradição, inovação e consolidação, e diante da clara permeabilidade do sistema brasileiro às influências do Direito Norte-americano⁶⁴⁸, notadamente quanto ao modelo de estrutura processual coletiva. Assim, não se descarta que a *defendant class action* tem previsão no ordenamento jurídico de outros países, portanto, não se trata de instituto exclusivo dos Estados Unidos. Em estudo de Direito Comparado sobre o assunto, constatou-se que todas as jurisdições do *common law* reconhecem a sua existência, mas, por outro lado, adotam diferentes formas de compreender o instituto⁶⁴⁹. Dentre os países do *common law*, destacam-se no desenvolvimento do instituto

⁶⁴⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 165.

⁶⁴⁸ SALLES, Carlos Alberto. Ações Coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. SALLES, Carlos Alberto [et. all], 2006. p. 18.

⁶⁴⁹ “There are three possible ways of constituting and understanding defendant classes or representative actions. The first way is for a plaintiff class to sue a defendant class, rather than multiple individual defendants. A second way of constituting a defendant class is for a group of defendants to seek certification of a defendant representative group, to pursue a counterclaim against plaintiffs. The third way of conceptualizing a defendant class occurs in Canadian jurisdictions, where a defendant class is understood to mean a plaintiff’s class instituted by the instigation of the defendants. As is true for other aspects of collective jurisprudence, each of the common law countries deals with possibility of defendant classes in uniquely nationalistic fashion” (MULLENIX, Linda. [et. all] Os processos coletivos nos países de civil e common law: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 285).

Austrália⁶⁵⁰, Canadá⁶⁵¹ e Reino Unido⁶⁵², cada qual, repisa-se, com a sua singularidade. Mas, como dito, nos limitamos ao estudo do modelo norte-americano em razão do grau de desenvolvimento e influência daquele país e porque os vetores das *class actions* norte-americanas já permearam nosso ordenamento jurídico e a processualística coletiva. Assim, as ações coletivas passivas serão apenas mais um ponto de influência.

Por outro lado, as ações coletivas passivas não se trata de uma experiência consolidada nos países do *civil law*, a despeito de terem sido identificados alguns avanços, inclusive do ponto de vista de proposta legislativa em alguns deles⁶⁵³, como no Brasil, em que já se discutiu anteprojetos de lei com previsão expressa das ações coletivas passivas, conforme será abordado mais à frente.

Importante ressaltar que, malgrado a existência de previsão normativa expressa sobre o assunto e a reconhecida experiência nas várias nuances relativas à tutela coletiva, as *defendants class actions* têm a sua aplicabilidade subdimensionada nos Estados Unidos e nos demais países do *common law* que as preveem e não recebem a devida atenção pela doutrina, que se preocupa, precipuamente, com as ações coletivas ativas, denominadas de *plaintiff class actions*. Tampouco têm a sua importância reconhecida pelas cortes, que se mostram extremamente restritivas quanto aos seus requisitos e hipóteses de cabimento, frustrando, assim, a potencialidade deste instrumento de servir aos nobres princípios sobre os quais ele subjaz. Aliás, a afirmação de que o modelo processual coletivo norte-americano se trata de um dos mais consolidados em todo o mundo não lhe isenta de fragilidades e dificuldades práticas em diversos pontos de todo o modelo das *class actions*, em especial das *defendant class actions*.

De todo modo, como se trata de matéria a ser explorada por nossa legislação e bastante incipiente nas discussões doutrinárias, reforça-se o posicionamento de que o

⁶⁵⁰ Há inúmeros casos de ações coletivas representativas no polo passivo na Austrália e as cortes autorizam o processamento de tais ações.

⁶⁵¹ A despeito de largamente aceito o instituto das *defendant class actions*, o conceito é distinto do modelo americano. No caso canadense, os réus podem instigar a criação de uma classe de autores, apontando um representante para a classe no polo ativo, conforme determina a lei britânica *Columbia class action*: “*A defendant to two or more proceedings may, at any stage of the proceedings, make an application to a judge of the court for the order certifying the proceedings as a class proceeding and appointing a representative plaintiff*”. De todo modo, o *Ontario class action Act* contempla um modelo de *defendant class action* conforme a compreensão norte-americana (MULLENIX, Linda. [et. all] *Os processos coletivos nos países de civil e common law: uma análise de direito comparado*. Op. Cit.p. 285-286)

⁶⁵² As *defendant classes* são permitidas no âmbito da GLO e do regime de ações representativas. Todavia, na prática, poucas são certificadas (MULLENIX, Linda. [et. all] *Os processos coletivos nos países de civil e common law: uma análise de direito comparado*. Op. Cit.p. 286)

⁶⁵³ Atualmente, ela está expressamente contemplada na Noruega, em Israel e há projetos legislativos na Áustria e no Brasil.

modelo norte-americano mantém-se importante paradigma de comparação, razão pela qual se busca, a seguir, estabelecer as premissas principiológicas, os requisitos e hipóteses de cabimento das *defendant class actions* nos EUA para, posteriormente, proceder à uma análise comparativa com a ação coletiva passiva, à luz da processualística coletiva brasileira.

6.1.2. Defendant Class Actions nos EUA: fundamentos teóricos e práticos para a compreensão do modelo paradigma

Diversamente da grande maioria dos países do *civil law*, as *defendant class actions* estão expressamente previstas na legislação federal dos EUA. Em 1938, com a promulgação das normas do Processo Civil federal (*Federal Rules of Civil Procedure*), a Regra 23 dispôs expressamente que um ou mais membros podem demandar ou ser demandados como representantes de uma classe⁶⁵⁴. Apesar de bastante sutil, a previsão legal das ações coletivas passivas é clara e inegável. Contudo, como veremos a seguir, não foi suficiente a mera previsão legislativa para torná-la um instrumento efetivo, já que os requisitos e os procedimentos ainda são alvo de controvérsia, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Há três tipos de *class actions*: *plaintiff class action*, quando a coletividade está apenas no polo ativo da ação; *defendant class action*, quando a coletividade posiciona-se exclusivamente na parte passiva da ação; e, por fim, *bilateral class action*, quando há coletividade em ambos os polos da ação. Neste último caso, a certificação exige o cumprimento de requisitos para ambas as classes em polos opostos e, por isso, enfrenta maior resistência da corte para poder ser processada como uma *class action*.

⁶⁵⁴ Rule 23(a): “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of [the class]”.

A origem das ações coletivas, inclusive das ações coletivas passivas, data do direito medieval inglês⁶⁵⁵, transpondo-se, posteriormente, à *Federal Equity Rule* 48⁶⁵⁶ de 1842, a qual, por sua vez, foi substituída pela *Federal Equity Rule* 38 de 1912, todas normas que antecederam às *Federal Rules of Civil Procedure*.

Na verdade, as *defendant class actions* eram muitos mais comuns antes de sua previsão legal, portanto, no período anterior à Regra 23. Há, segundo a doutrina⁶⁵⁷, uma prevalência das ações coletivas passivas nos séculos XVI, XVII e XVIII quando comparadas com as ações representativas no polo ativo. Um dos argumentos que justifica esta prevalência é que o regramento das *class actions* pela Regra 23 retirou a natural flexibilidade da *common law*⁶⁵⁸, já que as normas expressas acabaram por tornar mais criteriosa a sua admissão.

De todo modo, há inegável mérito de haver expressa previsão legal das *defendant class actions*. Isso porque este instrumento processual torna-se protegido contra qualquer interpretação que venha deslegitimá-lo, mormente por argumentos que lhe são contrários e que criam embaraços meramente formais que obstaculizam a sua admissão enquanto ação coletiva, podendo, assim, ganhar espaço como mecanismo de solução coletiva de controvérsia e meio de efetivação dos direitos civis e constitucionais⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ “(...) as ações coletivas medievais estavam fundadas em outro contexto social, muito diferente do que se conhece nos dias atuais. A maior parte dos litígios dessa natureza na Idade Média envolvia grupos precisamente organizados. A sociedade estava formada em torno de pequenas coletividades, mais ou menos coesas. Muitos desses grupos, sobretudo no campo (villages, parish, frankpledges) eram coercitivamente impostos pelas autoridades da época. Em alguns casos, as ações coletivas nada mais representavam que um instrumento através do qual as obrigações eram impostas à coletividade. O litígio ocorrido entre o pároco Martin e os paroquianos de Nuthamstead em 1199 constitui um excelente exemplo disso. Ao contrário do que se observa nos dias atuais, as ações coletivas passivas (ou seja, ações propostas contra um grupo) eram relativamente comuns naquele tempo” (ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador. JusPodiVn, 2013. P. 35). Além das formações sociais da Idade Média, que favoreciam as ações coletivas, havia ainda outro fator para impulsioná-las: muitas entidades que hoje têm a sua personalidade jurídica reconhecida, não tinham naquela época, despontando as ações coletivas como soluções.

⁶⁵⁶ A Equity Rule admitia expressamente o litígio de grupo, mas não distinguia entre coletividade no polo ativo, ou passivo. Assim, autorizava expressamente que as partes, em qualquer um dos polos, poderiam fazer-se substituir por um representante adequado, mas não permitia que os efeitos da decisão vinculassem os ausentes. Posteriormente, precedentes judiciais afastaram a Regra 48, dando corpo às Regras 38, que passou a autorizar a vinculação à decisão de todos os membros da classe (MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. . p. 335).

⁶⁵⁷ YEAZELL, Stephen C. *Group Litigation and Social Context: toward a history of the class action*. 77 Colum. L. Ver. 866, 880 (1977).

⁶⁵⁸ GIDI, Antonio. *A Class actions como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 393.

⁶⁵⁹ Mesmo com a expressa previsão legal, muitos autores ainda defendem a impossibilidade das *defendant class actions* sob diversos argumentos, como a impossibilidade de demonstração da representatividade adequada: “Despite the advantages of the defendant class suit and its availability for several centuries, few

De fato, as *defendant class actions* não são muito comuns nos dias atuais, e raramente são certificadas⁶⁶⁰ pelas cortes norte-americanas. Isso acaba por desvelar um flagrante protagonismo das *plaintiff class actions*⁶⁶¹. A explicação, segundo a doutrina, está nos rígidos requisitos exigidos para o acolhimento da ação coletiva, os quais se aplicam indiferentemente às *plaintiff* e às *defendant class actions*⁶⁶². Ocorre que tais requisitos e exigências formais se enquadram mais facilmente quando a classe ocupa o polo ativo da ação coletiva, mostrando-se, em muitos casos, normas dissonantes com a estrutura das *defendant class actions*⁶⁶³. Isso porque, por uma leitura das exigências descritas na Regra 23(a) e das hipóteses de cabimento na Regra 23(b), nota-se que elas foram escritas apenas sob a perspectiva da classe como autora da ação, exigindo manobras interpretativas para a inserção do grupo como demandado.

Pelo que se pode colher da experiência prática, esta unidade de regramento entre as *plaintiff* e as *defendant class actions*, ao contrário do que, *a priori*, pode sugerir, não representa simetria de tratamento entre estas duas modalidades de ações coletivas. Ao contrário, reforça a sobreposição da primeira em relação à segunda, uma vez que a redação da Regra 23 é consubstanciada, em sua grande parte, apenas para regulamentar as *plaintiffs class actions*⁶⁶⁴. Esta percepção faz com que a doutrina vislumbre necessidade de haver regramento legislativo específico para as *defendants class actions*, em busca de uma maior efetividade a este instituto⁶⁶⁵.

have understood or used it until recently. There are undeniably problems in a defendant class action, but they are not insurmountable. Although adequate representation is said to be assured in plaintiff class actions, some authorities considered adequate representation in defendant class actions impossible” (WOLFSON, Barry. *Ohio State Law Journal*, vol. 38, n. 3 (1997), p. 459-461).

⁶⁶⁰ Nos Estados Unidos, uma ação não é considerada coletiva até que sobrevenha uma decisão judicial que assim a considere, portanto, após a análise judicial de todos os requisitos legais exigidos. A esta decisão é dado o nome de certificação.

⁶⁶¹ “While this class action term search produced over 1,000 hits starting in the 1970s, over 2000 starting in the late 1990s, and over 4,000 in the most recent years, defendant class mentions have never risen over 100 hits. The number of plaintiff class actions dwarfs the number of defendant class actions” (SHEN, Francis X. *The overlooked utility of the Defendant Class Action. Denver University Law Review*, vol. 88, n. 1, 2010. p. 81) (pp. 73-181)

⁶⁶² SHEN, Francis X. *The Overlooked utility of the defendant*. Op. Cit. p. 81.

⁶⁶³ A Regra 23 não prevê nenhuma específica orientação sobre o procedimento e aplicação das *defendant class actions*. Isso leva alguns doutrinadores a afirmar que porque os pré-requisitos mencionados na Regra 23 não se aplicam a classe de réus, as cortes são forçadas a inserir potenciais classes de réus em uma inapropriada e inadequada estrutura (KLONOFF, Robert. *Class Actions and other multiparty litigation*. St. Paul: Thomson West, 2004. p.965)

⁶⁶⁴ ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos*. Op. Cit. p. 477 (nota de rodapé).

⁶⁶⁵ ANCHETA, Angelo N. *Defendant Class Actions and Federal Civil Rights Litigation*. 33 *UCLA L. Rev.* 283.

Identifica-se, ademais, uma vertente de argumentação na doutrina e na jurisprudência que defende que há maiores incentivos para a propositura da *plaintiff* em comparação com a *defendant class action* nas cortes americanas. Afirma-se que, nas primeiras, caso a ação não fosse proposta, os membros do grupo apenas “deixariam de ganhar”, já que dificilmente os membros de uma *plaintiff class* gozariam de um dia na corte, vez que os custos individuais de uma ação individual não fariam frente aos pequenos benefícios que poderiam obter, não havendo, portanto, utilidade na propositura da demanda⁶⁶⁶. Para esta corrente, o panorama é diverso das *defendants class actions*. Neste caso, os membros da classe podem efetivamente vir a “perder” alguma coisa, diante da possibilidade de serem pessoalmente responsabilizados no julgado coletivo. Daí, segundo esta corrente doutrinária, a necessidade de uma maior rigidez do sistema em relação às *defendants*⁶⁶⁷.

Antônio Gidi discorda da posição acima. Afirma que tal conclusão externaliza uma nítida posição ideológica norte-americana, que se inclina à maior proteção dos direitos do grupo, demonstrando, ao mesmo tempo, maior resistência quanto à exigência de seus deveres. Segundo o autor, tal concepção é equivocada, porque os efeitos de ambas as ações, *plaintiff* e *defendant class actions*, são os mesmos: quem não tem um direito reconhecido nas cortes “perde” da mesma forma que aquele que foi condenado injustamente em juízo. Acrescenta, ainda, que, ao final, em ambas as situações, o que está em jogo é o valor do grupo como um todo⁶⁶⁸, o que corrobora para colocar em pé de igualdade a ação e a defesa.

Malgrado as dificuldades práticas enfrentadas em razão de uma visão restritiva adotada pelas cortes em relação às *defendants class actions*, seus fundamentos estão sedimentados sobre nobres pilares, como a garantia do acesso à justiça, da isonomia entre

⁶⁶⁶ “(...) many if not all absent members of plaintiff class would never enjoy a day in court but for the class action, given the modest value of individual claims and/or the high cost of litigating them. Absent plaintiffs, then, while technically lacking a day in court, are compensated by free, effective representation and the possibility of a windfall recovery in a suit they might never brought” (PARSONS, A. Peter; STARR, Kenneth W. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: the unrealized viability of rule 23, 4 Ecology L. Q* (1975) 891).

⁶⁶⁷ Há uma clara distinção: no caso dos membros desconhecidos das *plaintiff*, eles geralmente ganham, enquanto nas *defendants*, eles geralmente perdem (KLONOFF, Robert. *Class Actions and other multiparty litigation*. St. Paul: Thomson West, 2004. p. 949).

⁶⁶⁸ GIDI, Antonio. *A Class actions como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 394. André Vasconcelos Roque pondera que a diferenciação feita pela doutrina talvez não seja tão equivocada assim. Isso porque, muitas vezes, em uma *plaintiff*, os integrantes do grupo são titulares de pretensões individuais ínfimas, que, talvez, sequer fossem reclamadas individualmente, o que não ocorre nas *defendant*, que, regra geral, sofrem condenações de qualquer valor ou dimensão e, diversamente da primeira, também podem ser condenados em parte das despesas processuais (ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos*. Op. Cit. p. 483).

os litigantes, da economia de recursos processuais e judiciais e, ainda, no impedimento de decisões conflitantes⁶⁶⁹. Como se pode notar, cuida-se de fundamentos que também respaldam e justificam as *plaintiff class action*, as quais, repisa-se, têm sua importância devidamente reconhecida no sistema norte-americano, recebendo interpretações mais ampliativas e flexíveis quanto aos seus requisitos.

A garantia do acesso à justiça é evidenciada pela impraticabilidade do autor de trazer todos os réus a uma única ação (impraticabilidade do litisconsórcio), diante de sua vultosa numerosidade (*numerosity*), requisito disposto na Regra 23(a)(1)⁶⁷⁰. Interpretando o dispositivo *a contrario sensu*, é possível concluir que, quando “a defesa individual, mediante o instituto do litisconsórcio ou de outro meio, for suficiente, razoável e satisfatória, sob o ponto de vista dos jurisdicionados e dos órgãos judiciais, há que se ter como desnecessária e incabível a *class action*”⁶⁷¹. Portanto, as *class actions* norte-americanas encontram respaldo e legitimidade onde terminam os estreitos lindes do litisconsórcio, que, em determinados casos, seja no polo ativo ou passivo, não se revela suficiente para cumprir as exigências do devido processo legal nas ações multipartes, funcionando as ações coletivas como saídas necessárias a este limite. Assim, foram justamente os reconhecidos limites do litisconsórcio necessário que acabaram impulsionando o surgimento das ações coletivas no século XVII e XVIII⁶⁷², funcionando as *class actions* como uma resposta à ausência de remédio judicial aos autores de ações com vultoso número de réus e, em contrapartida, como uma forma de outorgar as garantias processuais aos membros ausentes⁶⁷³.

Ainda sobre o requisito da *numerosity*, observa-se que a lei fala em impraticabilidade (*joinder impracticability*) e não em impossibilidade de se formar o litisconsórcio⁶⁷⁴. Para melhor dimensionar o que seria a expressão “impraticabilidade”, a doutrina sugere alguns parâmetros a serem observados pelo intérprete: economia de recursos judiciais e das partes, evitando-se múltiplas ações sobre o mesmo objeto;

⁶⁶⁹ RODRIGUES NETO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. In: *Revista de Direito Processual*. Ano 32. N. 149. Julho/2007 p. 92.

⁶⁷⁰ “The class is so numerous that joinder of all members is impracticable”.

⁶⁷¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

⁶⁷² As ações coletivas passivas surgiram na Europa medieval, diante do favorecimento de uma estrutura social estratificada, com camadas sociais bem delimitadas por aspectos econômicos ou nobiliários. Sobre o tema: YEAZELL, Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London. Yale University Press. 1987.

⁶⁷³ WOLFSON, Barry M. Defendant class actions. *Ohio State Law Journal*. vol. 38. p. 467 (pp. 459-497)

⁶⁷⁴ Como bem destaca Antônio Gidi, o que é impraticável é a cumulação subjetiva e não impraticabilidade do litisconsórcio (Ob. Cit. p. 72).

habilidade dos demandantes de promoverem ações individuais e dos demandados de se defenderem individualmente; existência de pedidos mandamentais e prospectivos que possam vir a afetar futuros membros da classe⁶⁷⁵. Ou seja, a doutrina mais progressista se inclina à análise da pertinência das *defendant class actions* sobre o ponto de vista de sua maior efetividade frente ao procedimento ordinário e individual. Portanto, se aquela é o procedimento mais efetivo para tutelar o direito em questão, deve ser adotada.

O mote das *class actions*, em todas as suas modalidades, é o de unir numerosas partes, nomear um representante adequado que possa exercer o contraditório e demais garantias processuais em nome do grupo e, por fim, os vincular à decisão⁶⁷⁶. Isso representa economia de recursos judiciais, já que as ações de classe afastam os custos da relitigância sobre as mesmas questões espalhadas em múltiplas ações individuais. A depender do número de ações individuais a serem propostas, as custas e despesas tornam-se, por si só, um obstáculo intransponível à parte, violando, assim, a sua garantia de acesso à justiça.

Neste mesmo sentido, as *defendant class actions* também possibilitam o *mutuality of estoppel*, garantindo maior isonomia às partes litigantes. Melhor explicando, no sistema norte-americano, caso o autor proponha uma ação individual contra um dos réus, se sair vencedor, não poderá se utilizar o efeito útil do julgamento nas ações subsequentes contra diferentes réus, ainda que os casos sejam idênticos. Para vinculá-los, terá que ajuizar tantas ações quantos forem os réus, exigindo, nesta hipótese, a propositura de inúmeras ações idênticas. Mas o contrário não é verdadeiro: caso o autor perca a ação contra uma dos réus, estará precluso o seu direito de litigar contra os demais (*collaterally estopped*). Por esta razão, o risco de ser barrado e de se recorrer a várias ações com um resultado de adjudicação adverso é um incentivo ao autor de usar as *defendant class actions*⁶⁷⁷, outorgando isonomia entre parte autora e ré.

Para além da economia judicial, as *class actions* promovem também a efetividade dos direitos, considerando que uma decisão vincula todas as partes de forma homogênea, evitando decisões contraditórias e garantindo a isonomia a todas elas. Na linha deste raciocínio, não obstante uma *defendant class action* possa ter natureza declaratória,

⁶⁷⁵ RODRIGUES NETO, Nelson. *Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira*. Op. Cit. p.94.

⁶⁷⁶ ANCHETA, Angelo N. Defendant Class Actions and Federal Civil Rights Litigation. *UCLA Law Review* 33, 283, p. 288.

⁶⁷⁷ “The utility of a defendant class action is destroyed if the judgment that is rendered against the representatives does not also determine the issues with respect to the absent defendants. Collateral proceedings are far more likely in defendant class actions than in plaintiff class actions because they must be used to enforce the judgment. Thus, the questions whether absentees are bound by class adjudication and the extent to which they are bound are more significant in defendant class actions” (WOLFSON, Barry. M. *Defendant Class Actions*. Op. Cit. 461).

mandamental ou indenizatória, sua utilização mais comum tem sido para dar efeito *erga omnes* a uma decisão de conteúdo declaratório ou mandamental contra um grupo numeroso de pessoas que cometeram o mesmo ilícito civil⁶⁷⁸.

Os casos práticos mais frequentes têm sido ações concernentes ao Direito Civil, mais especificadamente, infração a patente oposta ao grupo réu, fraudes em mercado de valores e práticas envolvendo agentes públicos⁶⁷⁹, principalmente quando sua conduta se baseia em leis estaduais inconstitucionais. Diante da falta de instrumentos processuais típicos de controle de constitucionalidade no sistema norte-americano, as *defendant class actions* são comumente utilizadas como sucedâneo de tais mecanismos, a exemplo de ações ajuizadas contra um grupo de autoridades públicas locais para questionar a validade de uma lei estadual⁶⁸⁰.

Na linha de utilizar as *defendants class actions* como meio de impor limites à atuação de coletividades organizadas, a doutrina enfatiza a importância da escolha deste modelo de procedimento para uma contribuição prospectiva de deter os atos ilícitos cometidos pelo grupo (*future deterrent effect*), afastando-se, para tanto, do modelo tradicional da restituição dos autores lesados, para se concentrar em um procedimento que possa efetivamente combater o padrão de conduta ilegal dos réus e servir de meio coercitivo para fazê-los mudar de comportamento por meio das *injunctions*⁶⁸¹. Neste sentido, há vozes doutrinárias que criticam a compreensão eminentemente restritiva que as cortes outorgam às *defendant class actions* e propõem que a sua certificação se pautem em aferir qual o modelo mais eficiente para concretizar a detenção dos ilícitos, o procedimento individual, que tem fulcro no instituto do litisconsórcio, regulamentado pela Regra 20 das Regras Processuais Federais, ou nas ações de classe, inscritas na Regra 23 do referido diploma normativo⁶⁸². Aquele que for mais efetivo para a concretização dos direitos civis e constitucionais (*enforcement civil rights*) deve ser o procedimento eleito e admitido. Esta

⁶⁷⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions*. Ações coletivas nos Estados Unidos. Op. Cit. p. 475.

⁶⁷⁹ Ações envolvendo oficiais públicos dão ensejo a várias *defendant class action*, como juízes da paz, township trustees, oficiais de eleição, bases escolares, xerifes municipais, advogados distritais, oficiais de instituições mentais, e instituições correccionais (ANCHETA, Angelo N. *Defendant Class Actions and Federal Civil Rights Litigation*. 33 UCLA L. Rev. 283. 293-294). Sobre esta última hipótese e para ilustrar, no caso *Marcera vs. Chilund*, os autores questionaram a constitucionalidade de uma prática comum em Nova York que impedia visitas aos presos provisórios. A parte autora era composta por todos os detentos provisórios do Estado de Nova York e os réus, os xerifes do estado, que concorreram com esta prática, portanto, uma *bilateral class action*. A Corte certificou ambas as classes, concedeu uma *injunction*⁶⁷⁹ determinando a todos os membros da classe ré a implementação do direito de visitas aos detentos provisórios.

⁶⁸⁰ ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions*. Ações coletivas nos Estados Unidos. Op. Cit. p. 475.

⁶⁸¹ “The Overlooked Utility of the defendant Class Action”. Op. Cit., p. 89.

⁶⁸² “The Overlooked Utility of the defendant Class Action”. Op. Cit., p. 95.

compreensão mais ampla torna as *defendant class actions* valiosos instrumentos para a defesa dos objetivos do Estado do bem-estar social e um remédio largo para se atacar políticas ilegais⁶⁸³.

Na esteira mais recente de utilização das *defendant class actions* para a implantação dos direitos civis (*civil rights enforcement*), a doutrina menciona a possibilidade de utilização deste instituto para cessar práticas discriminatórias sistemáticas por uma classe de empregadores ou mesmo oficiais públicos. É apenas por intermédio de uma ação de classe que a ação pode ganhar contornos mais alargados e franquear ampla efetividade⁶⁸⁴. Em uma bilateral *class actions*, *Marcegra v. Chinlund*, os autores questionaram a constitucionalidade de práticas comuns pelos oficiais de detenção em Nova Iorque que estavam inviabilizando o “direito ao contato”⁶⁸⁵ nas visitas aos presos provisórios. Como autor, figurava a classe de presos provisórios e, no polo passivo, a classe de xerifes de todo o estado que haviam autorizado esta prática ilegal. A corte certificou as duas classes e concedeu uma ordem (*injunction*) a todos os membros da classe que figurava no polo passivo para realizar um plano de visitas aos presos. Esta ação acabou por alterar toda a política carcerária de visitação em Nova Iorque e representou uma reforma estrutural no modelo de litigância⁶⁸⁶.

Perfilhando esta importante função das *defendants class actions* de defesa do interesse público, colhem-se exemplos de ações visando à proteção dos bens ambientais, já que, em muitos casos, os corresponsáveis pelas violações são extremamente numerosos, tornando impraticável a sua responsabilização por meio de ações individuais⁶⁸⁷. A ação coletiva passiva norte-americana, em razão de sua abrangência subjetiva, contorna as dificuldades de proteção ambiental por meio da litigância individual, que não oferece uma compreensão adequada de ofensa ambiental, já que, na grande maioria dos casos, há uma concorrência de poluidores⁶⁸⁸. Ademais, vindicar a defesa do meio ambiente é muito cara,

⁶⁸³ ANCHETA, Angelo N. *Defendant class action and federal civil rights litigation*. 33 UCLA L. Rev. 283. 293.

⁶⁸⁴ “The clear advantage of using the defendant class action procedure is that substantive rights can be enforced on a wider scale than is possible through a single-party suit. A defendant class action can bind a statewide class of public officials or a collection of employers who practice discrimination on a systematic basis” (ANCHETA, Angelo N. *Defendant Class Actions and Federal Rights Litigation*. 33 UCLA L. Rev. 283. 293) (pp. 283-330).

⁶⁸⁵ O direito ao contato refere-se ao direito de apertar as mãos dos amigos, de beijar a esposa e de acariciar uma criança.

⁶⁸⁶ ANCHETA, Angelo N. *Defendant Class Actions and Federal Rights Litigation*. Op. Cit., pp. 295-296.

⁶⁸⁷ PARSONS, A. Peter.; STARR, A. Peter. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: the unrealized viability of Rule 23*. Ecology Law Quarterly. V. 4. Issue 4 (1975) 899) (pp. 881-914)

⁶⁸⁸ “The principal benefit of suing a class of defendants lies in the greater likelihood of securing prompt, widespread compliance with anti-pollution standards. This contrasts with the results of the piecemeal

razão pela qual a racionalização processual com a possibilidade de se exigir deveres de uma classe mostra-se, a depender do caso, a única alternativa viável.

Outra forma considerada *defendant class actions* são os casos em que ações são ajuizadas contra entes desprovidos de personalidade jurídica, a exemplo dos sindicatos de empregados, embora esta hipótese seja regulamentada pela Regra 23.2 da FRCP. Importante pontuar que o regramento processual dos EUA não confere às associações legitimidade para propor ações de classe quando estas não possuem interesse próprio na causa. O que há é apenas uma autorização para que elas representem seus associados e se mantenham restritas às ações declaratórias e mandamentais. Portanto, não se trata de legitimidade para o ajuizamento das ações coletivas (*standing*), mas estritamente representativa (*representational standing*). De todo modo, é comum a certificação de ações coletivas passivas, em que a associação que congrega os membros do grupo réu é eleita como representante⁶⁸⁹ e, em consequência, fica responsável pelo pagamento das despesas processuais.

Outra hipótese de *defendant class actions* é a reconvenção apresentada em uma *plaintiff class action*, como ocorrido no caso *Blake v. Arnett*⁶⁹⁰, quando então o autor da ação é nomeado representante do grupo réu. Mas, deve-se ressaltar que a possibilidade de apresentação de reconvenção nos EUA em ações coletivas é matéria controvertida, em razão da possibilidade de se comprometer os princípios do devido processo legal⁶⁹¹.

Pertinente esclarecer que não é admitido no Direito Norte-americano o que a doutrina denomina de ação coletiva às avessas, ou seja, quando o réu, vislumbrando que pode ser acionado em uma *plaintiff class action*, se adianta e propõe uma ação declaratória negativa de responsabilidade contra o grupo nomeado. Não obstante a dificuldade de se identificar um representante adequado, entende-se que tal ação carece de interesse processual⁶⁹².

approach inherent in bringing suit against a single or small group of defendants. At best, suing individual defendants postpones a comprehensive disposition of environmental grievances or a similar nature within a geographical area. The more likely result of an exclusive use of conventional lawsuits is that many polluters will never be brought to task, absent administrative action by an agency charged with enforcement duties” (PARSONS, A. Peter; STARR, Kenneth W. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: the unrealized viability of rule 23*, 4 Ecology L. Q (1975). 899).

⁶⁸⁹ GIDI, Antônio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. Op. Cit., p. 128.

⁶⁹⁰ *Blake v. Arnett*, 663 F.2d 906 (9th Cir. 1981).

⁶⁹¹ Como por exemplo, pode colocar em risco a predominância das questões comuns, representatividade adequada em relação a algumas pretensões individualmente deduzidas contra eles (ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions. Ações coletivas nos Estados Unidos*. Op. Cit., p. 204).

⁶⁹² GIDI, Antônio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. Op. Cit., p. 392.

Como adiantado, as *defendant class actions* podem ter natureza declaratória, mandamental ou indenizatória, mas, conforme demonstrado, são bastante úteis quando veiculadas por meio da tutela mandamental contra a coletividade para evitar ou fazer cessar um ilícito. Identifica-se a sua menor efetividade nestas ações indenizatórias, diante da possibilidade de surgir questões individuais de cada membro. Assim, no máximo, haveria uma declaração de direitos e responsabilidades, mas não seria possível executar o julgado contra os membros ausentes⁶⁹³.

O próximo requisito afeto às *class actions* é o denominado *commonality*, descrito na Regra 23(a)(2), dispondo como necessária para a certificação questões de fato e de direito comuns à classe. Na perspectiva da *defendant class actions*, não se exige que as defesas de todos os membros da classe sejam idênticas, mas que tenham questões comuns, ou, até mesmo, uma única defesa em comum⁶⁹⁴, e que tais questões comuns tenham um relativo destaque em relação às questões individuais.

O juiz também deve analisar com acuidade se não há conflitos intraclasse que possam comprometer a defesa em comum a ser elaborada pelo representante adequado. Inicialmente, faz-se imprescindível que o juiz deixe claro as diversas posições antagônicas existentes internamente ao grupo, para, posteriormente, tomar as providências cabíveis.

Com o escopo de garantir a representatividade adequada e ilidir qualquer violação ao devido processo legal dos membros ausentes, os juízes certificam como coletiva apenas os pontos em comum (*issue class action*), assegurando as defesas individuais em procedimento próprio, seja como uma segunda fase do processo coletivo, ou em ações individuais futuras⁶⁹⁵. Outra possibilidade é dividir a classe em subclasses quando se vislumbrar a necessidade de reunião em pequenos grupos, que gozam, entre si, de defesas em comum e mais homogêneas, ilidindo, desta forma, conflitos intraclasse e, em consequência, tornando o comandante inábil para fazer a defesa da classe e comprometer a defesa dos direitos⁶⁹⁶.

⁶⁹³ “Because absent members of what has been certified to be the defendant class may raise individual defenses – including the defense that they are not members of the class – the plaintiff that has obtained judgment for monetary relief will not be able simply to execute on the judgment against the absentees. It has long been held that, with respect to absent defendants, an adverse judgment operates only as a declaration of rights and duties concerning the common issues” (WOLFON, Barry M. *Ohio State Law Journal*, vol. 38. N. 3 (1977) 466) (pp. 459-497).

⁶⁹⁴ Há divergência jurisprudencial, pois algumas cortes exigem a ausência de qualquer tipo de conflito entre os membros da classe. No entanto, o entendimento mais ponderado é exigir que as pretensões ou as defesas se baseiem na mesma teoria legal a todos os membros do grupo.

⁶⁹⁵ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions*. Ações coletivas nos Estados Unidos. Op. Cit., p. 485.

⁶⁹⁶ KLONOFF, Robert. *Class Actions and other Multiparty litigation*. Op. Cit., p. 960.

De todo modo, só há comprometimento da defesa coletiva se os fatos dissidentes efetivamente comprometerem o devido processo legal, pois é irreal se exigir a ausência total de antagonismo entre a classe⁶⁹⁷. Antônio Gidi entende como conflito inconciliável quando os interesses do representante são diversos dos interesses do grupo e, para que aquele tutele os seus interesses, acabe por comprometer a própria defesa do grupo⁶⁹⁸. Ou mesmo, vislumbra-se a impossibilidade de uma ação seguir como *defendant class action* nos casos em que os réus demonstrarem excluir ou diminuir as suas responsabilidades, imputando-as aos demais.

A Regra 23(a)(3) exige que as pretensões ou defesas formuladas pelas partes representativas sejam típicas das classes (*typicality of claims or defenses*). Não há consenso a este respeito, mas a maioria da doutrina considera que a pretensão ou defesa do representante deve originar-se do mesmo evento, prática ou conduta que deu origem à pretensão dos demais membros do grupo e serem baseadas no mesmo fundamento jurídico, a fim de evitar que o representante aja apenas para evitar a sua responsabilidade individual⁶⁹⁹. Em suma, o representante deve ser titular das mesmas pretensões que os membros do grupo, a fim de afastar a heterogeneidade de fundamentos de defesa e de modo que nenhum fundamento a favor do grupo seja negligenciado pelo representante, tudo com o objetivo de proteger os interesses dos membros inominados da classe. Diante deste conceito, há quem vislumbre sobreposição entre o conceito de *typicality* com a *commonality*⁷⁰⁰ ou mesmo com o requisito seguinte a ser examinado, a representatividade adequada, quando então são analisados possíveis conflitos de interesses entre o representante e o representado. Justamente em razão da sobreposição com este último

⁶⁹⁷ KLONOFF, Robert. *Class Actions and other Multi-party litigation*. St. Paul: Thompson West, 2004 960.

⁶⁹⁸ GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Op. Cit., p. 120.

⁶⁹⁹ “Therefore, defendant class members must be linked by a common legal and factual bond. Employers bound by a single racially discriminatory collective bargaining agreement have been held to be an appropriate group for defendant class litigation. More commonly, court have allowed suits involving a defendant class of semiautonomous public officials charged with enforcing challenged as unconstitutional. Suits involving public officials have contained a variety of defendant classes, including justices of the peace, township trustees, election officials, school boards, county sheriffs, district attorneys, mental institution commitment officials, and correctional institutions (ANCHIETA, Angelo N. Defendant Class Actions and Federal Rights Litigation. *UCLA Law Review*. 33, Ver. 283. 295).

⁷⁰⁰ Antonio Gidi entende que o requisito da tipicidade é o mesmo da questão comum, visto sob a perspectiva interna do processo. Assim, não apenas as questões devem ser comuns entre os membros do grupo, mas também entre eles e o seu representante (GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 128).

requisito, a tipicidade acaba sendo entendida até mesmo como supérflua para as cortes americanas⁷⁰¹.

No âmbito do requisito da tipicidade, mormente nos casos das ações coletivas bilaterais, discute-se, na esfera jurisprudencial, se o representante da classe autora poderia litigar, representando toda a classe, contra todos os réus que estão em uma mesma situação idêntica, ou se seria restrito somente aos integrantes do grupo que tiveram relação prévia com o mesmo réu. Sobre o assunto, a jurisprudência desenvolveu a teoria do *juridical link*⁷⁰², entendida como vínculo jurídico advindo do objeto do processo, que autoriza a litigância conjunta de todos os réus, de modo a mantê-los como classe, dando, assim, embasamento a uma ação coletiva, o que seria preferível a inúmeras ações individuais similares. Assim, hipóteses em que for possível identificar conspiração entre os membros do grupo ou quando tais membros se revelem colaboradores ou cúmplices na violação do direito ao demandante denotam a existência de liame entre os membros da *defendant class actions*, vinculados por uma responsabilidade conjunta em relação à parte contrária, mesmo que a parte autora somente tenha mantido relação jurídica com apenas um dos integrantes da classe demandada⁷⁰³. Nestas hipóteses, os membros da parte ré estariam unidos por um acordo ou uma lei que os relaciona e, em consequência, uma única solução para a disputa poderia ser eficiente⁷⁰⁴.

Não obstante, as *defendant class actions* também são aceitas quando a ação dos réus está conectada por uma autoridade superior, como eventual ação ilegal dos oficiais

⁷⁰¹ A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *General Tel. Co. Of Southwest v. Falcon* decidiu que os requisitos da questão comum e da tipicidade tendem a se fundir, ocorrendo o mesmo até com o requisito da representatividade adequada (*General Telephone Company of the Southwest v. Falcon*, 457 US 147, 158 (1982)).

⁷⁰² As Cortes justificam o *juridical link* na seguinte concepção: “as some [independent] legal relationship which relates all defendants in a way such that single resolution of the dispute is preferred to a multiplicity of similar actions”. No caso *La Mar vs. Novelty Loan Co.*, a corte denegou a certificação da *defendant class action* sobre o argumento de que os autores tinham relação jurídica com apenas um dos réus e porque as questões não eram típicas de classe. De todo modo, dispôs que o requisito da *tipicability* poderia ser satisfeito em dois casos: i) se os réus estiverem relacionados como resultado de uma conspiração ou quando os réus atuam deliberadamente em conjunto para causar danos ao demanda (*concerned sheme*); ii) ou se os réus estão juridicamente relacionados de uma maneira que sugere que uma única resolução da disputa poderia ser eficiente. Esta última hipótese é conhecida como *juridical link* (ANCHETA, Angelo N. *Defendant Class Actions and Federal Rights Litigation*. 33 UCLA L. Rev. 283. 304). Vale ressaltar, no entanto, que este não é o único conceito do *juridical link*, diante da larga divergência na doutrina e na jurisprudência.

⁷⁰³ SHEN, Francis X. *The Overlooked of the Defendant Class Action*. Op. Cit. p. 84.

⁷⁰⁴ Francis Shen defende a necessidade de se interpretar a *defendant class action* de uma forma mais flexível e efetiva quanto aos requisitos de sua admissão, principalmente a tipicidade. Se o escopo destas ações é deter atos ilícitos, inclusive de forma preventiva (*future deterrent effect*), não há como se prender apenas às relações jurídicas passadas, mas deve-se atentar às formações futuras (*The Overlooked Utility of the Defendant Class Action*. Op. Cit., p. 95).

públicos, especialmente em questões ligadas aos atos ilegais de discriminação⁷⁰⁵. Quando o *link* jurídico existe, as cortes tornam-se mais dispostas a identificar a dinâmica do grupo e, conseqüentemente, a certificar a ação como coletiva⁷⁰⁶.

Francis Shen defende a necessidade de se flexibilizar os requisitos das *defendant class actions*, a fim de que elas sejam sempre adotadas quando se mostrarem um instrumento mais efetivo do que as múltiplas ações individuais ou ações em litisconsórcio:

[...] courts should ask the following question: will classing this group of individuals/firms be more effective for optimal deterrence than would the alternatives of individual proceedings or joining under Rule 20 of the Federal Rules of Civil Procedure? If the answer is “yes”, then the court should certify the defendant class. If the answer is “no”, then the court should deny certification⁷⁰⁷.

Por fim, as ações de classe devem cumprir o requisito da *adequacy of representation*, expressamente prevista na Regra 23(a)(4)⁷⁰⁸. Este requisito encontra lastro no princípio constitucional do devido processo legal dos membros ausentes (*absent members*), os quais não litigarão pessoalmente no processo em que se discute um direito que integra o seu patrimônio jurídico, mas ficarão vinculados aos efeitos do pronunciamento judicial, sendo ele a favor ou contra os seus interesses. Parte-se da premissa de que a representação adequada do interesse da classe poderia substituir a garantia do “dia na corte” de cada membro individual⁷⁰⁹.

Como mencionado, cuida-se do corolário do contraditório (*right to be heard*), garantia muito cara a uma cultura individualista como a norte-americana. Portanto, não por outra razão, este requisito é considerado o aspecto mais importante das *class actions*, tanto do ponto de vista teórico, como prático⁷¹⁰. Com efeito, é por meio dele que se reduz o risco

⁷⁰⁵ HOLO, Robert E. Comment. *Defendant Class Actions; the failure of Rule 23 and a Proposed Solution*, 38 UCLA L. Rev. 223, 266-68.

⁷⁰⁶ SHEN, Francis X. *The Overlooked Utility of the Defendant Class*. Op. Cit., p. 84.

⁷⁰⁷ Neste sentido, argumenta o autor que não é apenas a numerosidade que deve influir na agregação dos réus, mas a análise da dinâmica geral do grupo (SHEN, Francis X. *The Overlooked Utility of the Defendant Class*. Op. Cit., p. 95).

⁷⁰⁸ “The representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class”.

⁷⁰⁹ “Acredito que o que a Constituição garante não é o direito de participação, mas o que chamarei de “direito de representação”: não um “dia na corte”, mas o direito à representação adequada de interesses. Consoante o direito de representação, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo. Se um dos interesses envolvidos não estiver representado de forma adequada, a decisão judicial permanecerá vulnerável a uma nova impugnação” (FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto Salles. São Paulo: RT. p. 215).

⁷¹⁰ GIDI, Antônio. A Representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Repro*, ano 27, out-dez 2002. p. 66.

de colusões, que se incentiva uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e se assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo⁷¹¹. Tal controle cabe ao magistrado (controle *ope iudicis*), ou por provocação das partes, seja *ex officio*, inclusive após o trânsito em julgado⁷¹².

Para se concluir pela presença da *adequacy of representation* no caso concreto, a Regra 23⁷¹³ dispõe acerca das qualificações exigidas para que o magistrado possa aferir a qualidade da defesa dos interesses da classe: comprometimento com a causa, vigor na condução do processo, capacidade financeira⁷¹⁴, interesse, disponibilidade, honestidade, conhecimento do litígio, credibilidade e ausência de conflito de interesses. As características concernentes aos advogados também são analisadas, como a qualificação profissional, a experiência na área, o relacionamento com a parte, os recursos que o advogado disponibilizará para representar o grupo, a qualidade do trabalho no processo, entre outras, as quais são sempre investigadas sob o prisma de que o advogado também representa o grupo e não apenas o representante.

Se o requisito é alvo de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial nas *plaintiffs class actions*, ele se torna ainda mais controverso nas *defendant class actions*. Em primeiro lugar, porque é o autor quem indica o representante da classe dos réus, diversamente da autonegação nos caso das *plaintiff class actions*. Deste ônus podem surgir inúmeras implicações negativas ao devido processo legal. Em primeiro lugar, aumentam as chances de conluio entre o autor e um suposto representante para uma decisão contrária aos membros ausentes da classe. Outro risco mencionado pela doutrina é o autor escolher um representante inexpressivo, ou, mesmo dentro os representantes adequados, não escolher o melhor deles, de modo a tornar mais fácil o seu combate⁷¹⁵. E, ainda, pode o representante indicado não aceitar tal *status*, suscitando dúvidas se irá atuar vigorosamente no processo e em favor do grupo, mesmo contra a sua vontade.

⁷¹¹ Op. Cit. p. 66.

⁷¹² O ataque contra a sentença em que a notificação foi insuficiente pode ocorrer por recurso no próprio processo coletivo ou através do *collateral attack* em uma ação individual ou coletiva posterior (GIDI, Antonio. *A Class action*. Op. Cit., p. 216).

⁷¹³ Rule 23(g)(1)(C)(i) e Rule 23(1)(C)(ii).

⁷¹⁴ A jurisprudência não é unânime quanto à análise da condição financeira do representante, pois, ora consideram não ser o representante adequado quando este não tem como suportar o ônus financeiro das *class actions*, ora entende que sua situação financeira é irrelevante. Mas, segundo o autor, o deve ser definido para a compreensão como representante adequada é a condição financeira do advogado, pois é este e não a parte quem arca com toda a despesa do litígio (GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento da tutela coletiva de direitos*. Op. Cit.p. 109-110).

⁷¹⁵ ANCHETA, Angelo N. *Defendant Class Actions and Federal Rights Litigation*. 33 UCLA L. Ver. 283. 299.

Malgrado as dificuldades práticas, a doutrina e a jurisprudência já se encarregaram de dar respostas para afastar estes óbices, de modo a reafirmar que é possível garantir representatividade adequada ao grupo ré, e, em consequência, garantir a ampla observância do devido processo legal.

Regra geral, a classe tende a ser menor nas *defendant* do que nas *plaintiff class actions*, o que, inegavelmente, facilita a identificação da classe e de seus adequados representantes. Ressalve-se que esta constatação é apenas a observância do que comumente ocorre, pois não há na legislação qualquer restrição quanto ao número de membros da classe que irá figurar no polo passivo, sendo que há registros de *defendant class actions* com até 13 mil réus⁷¹⁶.

Em observância do requisito da representatividade adequada, discute-se⁷¹⁷ se todos os membros ausentes devem ser notificados pessoalmente dos termos da demanda. A possibilidade de exclusão de um membro da classe é apenas prevista na hipótese descrita na Regra 23(b)(3), assim, interpreta-se que a notificação se faz apenas necessária nesta hipótese, de modo a permitir aos membros do grupo optar pela exclusão da ação (*right to opt out*).

A assertiva, no entanto, é controvertida, pois a Regra 23 (c)(2), que versa sobre notificação, não contempla esta restrição e, portanto, há quem defenda⁷¹⁸ que a notificação deva ocorrer em todas as hipóteses legais no caso das *defendant class actions*, mesmo nas categorias em que a exclusão dos membros não é autorizada, sob o argumento de que o réu não pode ficar vinculado aos efeitos de uma demanda sobre a qual sequer foi informado. Tal estratégia é apontada pela doutrina como uma forma de potencializar o controle *ope judicis* da representatividade adequada, já que, cientes do processo, todos os membros podem corroborar com este controle, ou até mesmo se encorajar a se habilitar como uma representação adicional⁷¹⁹. Aqueles que assim defendem, afirmam que há uma maior

⁷¹⁶ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions*. Ações coletivas nos Estados Unidos. Op. Cit. p 485.

⁷¹⁷ No caso *Northern Natural Gas Co. Grounds*, uma ação coletiva passiva, a corte determinou que o requisito essencial do devido processo legal para os membros ausentes não foi observado, mas apenas para os membros que foram notificados.

⁷¹⁸ “Defendant class action are, therefore, less open-ended than plaintiff class suits. Whatever the resolution as to jurisdiction over nonpresent defendant members, due process requires at minimum that all by Mullane. Hence, unlike plaintiffs, no defendant class member can constitutionally suffer a binding adjudication of this rights and obligations without first receiving notice of the litigation” (PARSONS. A Peter; STTAR, Kenneth W. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: the unrealized viability of Rule 23*. Op. Cit., p. 895)

⁷¹⁹ “(...) fundamental fairness would seem to require notice to absent members of defendant classes. Defendants should be apprised of proceedings in which personal liability is at stake; class members should not be held liable by a judgment of which they had never been informed” (ANCHETA, Angelo N. *Defendant Class Action and Federal Civil Rights Litigation*. 33. *UCLA L. Rev.* 283. 302)

facilidade de notificação, pois os membros da classe, nas *defendant class actions*, tendem a ser em menor número, comparativamente com as *plaintiffs*⁷²⁰. De outro lado, há quem argua que, caso as notificações sejam exigidas amplamente, seus inerentes custos podem inviabilizar o uso das *defendant class actions*⁷²¹. Sobre o tema, a Suprema Corte já decidiu, de forma mais conversadora e num viés individualista, afastar a possibilidade de notificação aleatória aos membros da classe, ou baseada estritamente na publicação em jornais de grande circulação, salvo quando os nomes ou os membros da classe são desconhecidos⁷²², o que havia sido adotado pelo juízo distrital para reduzir os custos, entendendo que tais diligências são suficientes para cumprir o devido processo legal⁷²³.

A notificação nas demais categorias que não contemplam previsão legal fica ao critério discricionário do órgão julgador. Em todos os casos, a notificação é exigida na Regra (e)(1), como pré-requisito para que o órgão julgador homologue o acordo (*proposed settlement*) entre a parte e o representante do grupo.

Vislumbra-se uma propensão maior na certificação da *defendant class action* pelas cortes quando há uma liderança identificável⁷²⁴ ou um vínculo legal entre os membros da classe (*juridical link*).

No que pertine à escolha pelo autor do representante adequado da classe contra qual irá litigar, pondera a doutrina que é possível inferir da prática que os autores escolhem efetivamente um representante adequado para servir à classe, justamente para evitar, futuramente, possível alegação de nulidade do julgado e não vinculação à decisão dos membros ausentes, o que pode retirar por completo a efetividade da ação coletiva ajuizada, agravado pelo alto custo dispendido pelo autor. Portanto, a doutrina considera este óbice pouco provável⁷²⁵.

⁷²⁰ “Compared to many plaintiff classes, most defendant classes will probably be relatively small, and most members easily notified by mail. Consequently, the requirement will not entail such enormous expense and effort as to effectively preclude the actions” (PARSONS, A. Peter; STARR, Kenneth W. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: the unrealized viability of rule 23*, 4 Ecology L. Q (1975). p. 895).

⁷²¹ Nesse sentido: “One of the practical problems which should be mentioned in connection with class definitions is the mechanism of notification. While each case must be considered on its own facts, an official notification mailed to each identifiable class member should be sufficient in most cases. Where the names of some class members’ area not known, publication should also be employed” (ANDERSON, Theodore W.; ROPER, Harry J. *Limiting Relitigation but Defendant Class Actions from Defendant’s Viewpoint*. The John Marshall Law Review. vol. 4. Issue 2 (1971) 208).

⁷²² Technograph Technograph Printed Circuits Ltda. v. Methode Eletronics, Inc. 285 F. Supp. 714.

⁷²³ *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* (417 U.S. pp. 163-164, n. 4, 177, n. 14). Em outra decisão, entendeu que a notificação em postes da região desapropriada também era insuficiente para atender cláusula do devido processo legal (*Schroeder v. City os New York*. 371 U.S. 208 (1962).

⁷²⁴ SHEN, Francis X. *The Overlooked of the Defendant Class Action*. Op. Cit. p. 83-84.

⁷²⁵ WOLFSON, Barry M. *Defendant Class Actions*. Op. Cit., p. 479. Uma alternativa é fazer com que o juiz escolha o representante adequado. O autor apresenta uma lista com todos os réus conhecidos. O autor, sob a direção da corte, pode enviar questionários para os réus perguntando sobre o seu interesse na ação, seus

A questão atinente à indisposição dos representantes indicados pelos requeridos (*unwilling class representatives*) já foi superado pelo *leading case Macera v. Chilund*, que sedimentou o entendimento de que a adequação do representante independe de sua voluntariedade. Esta questão mostra-se superada pelos tribunais norte-americanos, os quais analisam apenas a sua adequação, dispensando a voluntariedade. A premissa é de que, se ele é adequado para defender seus próprios interesses, então ele também é capaz de proteger os interesses da classe.

O instituto da representatividade adequada exige, em todas as modalidades de *class actions*, ampla capacidade financeira do representante da classe, pois este deverá custear, sozinho, as elevadas despesas do processo, como custos relativos às provas e honorários advocatícios. Este problema não se observa nas *plaintiff class actions*, em que há a perspectiva, em caso de vitória, de incentivos financeiros que servem de atrativos monetários aos advogados ao ajuizamento de uma ação coletiva. No entanto, diversamente, tal questão torna-se tormentosa quando se trata da *defendant class action*. Isso porque há poucos incentivos motivacionais para que os representantes das *defendant class actions* queiram efetivamente litigar. Os custos, como mencionado, são, sem dúvida alguma, o principal obstáculo. Para solucionar este problema várias possibilidades já foram cogitadas, como taxar os membros ausentes, obrigando-os a partilhar as despesas, determinar a integração de outros representantes à classe, a fim de repartir o ônus financeiro⁷²⁶, a criação de um fundo comum para custear as despesas ou, mesmo, chamar em juízo uma organização que represente toda a classe, tornando-a parte.

Após o preenchimento os requisitos exigidos no item (a) da Regra 23, deve a ação coletiva se enquadrar em uma das hipóteses de cabimento descritas no item (b) da referida regra. Estas categorias são realmente fonte de controvérsia na doutrina e jurisprudência, pois também privilegiam a estrutura das *plaintiff class actions* e, em algumas hipóteses, parecem escritas apenas e tão somente as ações em que a coletividade está no polo ativo.

A primeira categoria (Regra 23(b)(1)) prevê a possibilidade de ação coletiva passiva quando a propositura de múltiplas ações individuais em favor ou *contra os integrantes do grupo* forem capazes de criar risco de padrões incompatíveis de conduta para a parte contrária à classe (Regra 23(b)(1) (a)), ou prejudicar, na prática, os interesses

recursos financeiros e etc. Os réus que não responderem, posteriormente, não poderão alegar inadequação da representação.

⁷²⁶ RUDINI, Rogério. Introdução ao Processo Coletivo Passivo: a experiência do Direito Norte-americano. In: *Revista Universitas Jus*, vol. 25, n. 2. p. 81 (pp. 71-89)

dos demais integrantes do grupo ou impedir ou dificultar a proteção dos seus interesses (Regra 23(b)(1) (b)). Em primeiro lugar, verifica-se que, neste caso, ao menos do ponto de vista gramatical, a norma se refere expressamente às *defendant class actions*⁷²⁷. Não obstante a controvérsia doutrinária⁷²⁸, as cortes inclinam-se à compreensão de que tal categoria foi desenhada apenas para regulamentar situações jurídicas que se amoldam à coletividade como autora da ação, a fim de promover uma distribuição mais justa e equânime de um fundo comum limitado. Diversamente, na *defendant class action*, haverá vários patrimônios a serem demandados, dificultando, apenas por uma interpretação literal, encontrar sólidos subsídios para justificá-la. Desta forma, há poucos casos práticos em que os juízes se apoiam nesta categoria para a certificação das *defendant class actions*, e, quando o fazem, regra geral, referem-se à violação de patentes, ou violação de franquias ou fraudes no mercado de valores mobiliários.

Já a Regra 23(b)(2) autoriza uma ação coletiva quando a parte contrária agir ou deixar de agir de maneira uniforme em relação ao grupo⁷²⁹. O dispositivo é claramente redigido para apenas regulamentar as hipóteses de *plaintiff class actions*. Por esta razão, a doutrina norte-americana dispensa larga atenção a esta hipótese, com vistas a discutir se ainda assim é possível interpretá-la de modo que seja possível que uma *defendant class action* esteja preconizada sobre esta hipótese. A discussão tem razão de ser, já que a maioria das ações é proposta com fulcro nesta seção. De fato, a subseção é a que melhor se adequa às hipóteses de *defendant class*, considerando que a funcionalidade de se colocar a classe no polo passivo da ação é justamente de emprestar eficácia *erga omnes* a uma decisão declaratória ou mandamental contra o grupo que cometeu um ilícito. O escopo da hipótese normativa é promover uma tutela mandamental ou declaratória a favor do grupo e contra aquele que age em desfavor da classe e não ao contrário. Ocorre que, nas *defendants class actions*, quem terá agido, supostamente, de maneira ilícita é o grupo demandado e não a

⁷²⁷“(…) by or against individual members of the class (…)”.

⁷²⁸ Angelo N. Ancheta entende que esta categoria é adequada e eficiente na proteção dos direitos civis, principalmente quando o litígio tem subjacente controvérsia atinente à constitucionalidade de lei: “For example, in *Pennsylvania Association for Retarded Children v. Pennsylvania*, the court certified a defendant class composed of state school districts charged with enforcing a statute that excluded retarded children from a public school education. Because the conflict revolved around the constitutionality of the statute, all the officials had a stake in the outcome of the suit. The common interest in the legality of a statute linked the officials and provided the basis for (b)(1)(B) certification” (ANCHETA, Angelo N. Defendant Class Action and Federal Civil Rights Litigation. *UCLA Law Review*, 33, 283. 311).

⁷²⁹ Rule 23(b)(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;”.

parte contrária. Daí a total incompatibilidade, caso se perfilhe uma interpretação estritamente literal.

Assim, as decisões dividem-se entre aqueles que se inclinam a uma interpretação literal do dispositivo e inadmitem a certificação das *defendant class actions* nesta categoria e outras que resistem em adotar uma visão restrita a esta hipótese normativa, entendendo que ela autoriza uma ação para o ajuste da conduta ilícita do grupo. Esta última interpretação atende aos desideratos de uma *defendant class action*, mas faz uma distorção do próprio dispositivo⁷³⁰.

Por fim, a Regra 23(b)(3) refere-se às ações coletivas que veiculam questões ou defesas comuns do grupo⁷³¹. Esta modalidade é considerada pela doutrina como aquela que contempla uma hipótese de cabimento da *defendant class action*, o que, no entanto, não lhe isenta de polêmicas. Assim como ocorre nas *plaintiff class actions*, esta modalidade autoriza o *right to opt out*, ou seja, o direito dos membros, após notificados, de se excluírem dos efeitos da decisão. Na perspectiva passiva, é forçoso reconhecer a resistência de qualquer cidadão ao *status* de réu na ação. Por esta razão, o direito de se excluir poderia representar o esvaziamento total da efetividade destas ações⁷³², afinal, qual réu aceitaria esta condição que lhe foi imposta? No entanto, não é esta a avaliação de parte da doutrina e até mesmo da experiência colhida nas cortes americanas. Isso porque a análise de custo-benefício pode indicar que a melhor solução é permanecer na classe e evitar que sejam demandados em ações individuais, em que os custos de litigância podem ser vultuosos e serão suportados sozinhos pelo réu, ao passo que na ação coletiva, as despesas podem ser coletivamente distribuídas⁷³³. Da mesma forma, a opção de não se manter no grupo também retira a possibilidade de gozar os seus efeitos benéficos em caso de procedência do pedido,

⁷³⁰ Segundo André Roque, a distorção das decisões judiciais neste sentido é tamanha que leva ao questionamento de sua legitimidade (*Class Actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013. p. 499).

⁷³¹ A subdivisão da Regra 23 (b)(3) dispõe expressamente no seu texto legal a menção à possibilidade da classe figurar no polo passivo. Regra 23 (b)(A): “the class member’s interests in individually controlling de prosecution or defense of separate actions”; Regra 23(b)(3)(C): “the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members”. Portanto, do ponto de vista de interpretação gramatical, é inegável a aplicação desta subdivisão à *defendant class action*.

⁷³² “The availability of a right to opt out of a defendant class action also has the undesirable effect of generally discouraging the commencement of suits against classes of defendants, thereby depriving society of the potential benefits associated with proceedings” (MORABITO, Vince. *Defendant Class Actions and the Right to Opt Out: lessons for Canada from the United States*. Suke Journal of Comparative & International Law. V. 14. . 197, 2004. p. 226).

⁷³³ Segundo Gidi, a possibilidade de exclusão em massa é bastante reduzida quando muitas ações individuais já foram propostas e, portanto, há certeza pelo réu de que ele irá ser demandado, coletiva ou individualmente. Se os membros tiverem certeza de que serão demandados individualmente, irão preferir a tutela coletiva (GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Op. Cit., p. 404).

por meio do *collateral stopped*, ou seja, da extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada material. De todo modo, a jurisprudência tem se mantido resistente à admissão de uma *defendant class action* sob esta categoria, justamente em razão do *right to opt out*.

No caso das *defendant class actions*, é o autor, com interesse na certificação, quem tem o ônus de demonstrar o cumprimento de todos os requisitos legais exigidos, sempre sob o rigoroso crivo judicial.

O procedimento da *defendant class action* segue o mesmo da *plaintiff class action*: após a propositura da ação, procede-se à citação do representante ou dos representantes do grupo indicado pelo autor, o qual irá apresentar as defesas e objeções. Posteriormente, o juiz decide por certificar ou não a ação. Se o fizer, deve dizer em qual categoria ela se insere, se não o fizer, a ação prosseguirá de forma individual.

Como se vê, o ordenamento jurídico norte-americano não deixa dúvidas sobre a possibilidade de certificação de uma *defendant class actions*, mas há claros e evidentes questionamentos sobre quando e em que hipóteses ela deve ser certificada. Ademais, mesmo se tratando de um dos ordenamentos jurídicos mais consolidados quanto às ações coletivas, ainda há inúmeras lacunas e controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre como garantir a plena efetividade a este instituto. Ainda assim, podemos colher interessantes conclusões sobre os benefícios e os riscos envolvidos em uma ação coletiva passiva, de modo a refletir sobre a efetividade da tutela coletiva passiva, agora sob as lentes de nossa realidade social e processual.

6.2. Estágio atual do debate sobre as Ações Coletivas Passivas no Brasil

O debate doutrinário sobre as ações coletivas passivas é recente no Brasil, a despeito de ser possível identificar vozes que já se mostravam sensíveis à sua funcionalidade e importância quando da introdução dos principais instrumentos processuais coletivos no Brasil⁷³⁴, nos anos 80 e início dos anos 90.

⁷³⁴ Ada Pellegrini Grinover, em artigo escrito em 1986 já chamava a atenção para possibilidade de a coletividade figurar no polo passivo: “Passando agora à legitimação passiva, vale lembrar que a Lei 7347/85 permite a intervenção, como litisconsorte do réu, aos entes públicos e às associações legitimadas à ação (art. 5º, parágrafo 2º): associações, portanto, constituídas para a defesa do meio ambiente e dos consumidores. Talvez não sejam frequentes as oportunidades em que os interesses institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu. Mas não se pode excluir, a priori, as ações intentadas não a favor, mas sim contra o interesse coletivo” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas para a Tutela do ambiental. In: *Repro*. São Paulo: RT. n° 44. p. 117).

Há quem defenda que a Lei 8.078/90 começou a ensaiar as ações coletivas passivas quando expressamente dispôs sobre a “defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo”, nos termos do artigo 81, *caput* do referido diploma, contrapondo-se às leis 4.717/65 e à Lei 7.347/85, que apenas mencionavam a concepção autoral do direito coletivo⁷³⁵.

Mas foi apenas duas décadas depois, por ocasião das discussões em torno da unificação da legislação processual coletiva, como os debates em torno de Anteprojetos de Código Processual Coletivo e, inclusive em relação a outros países, como o Código Modelo para os países do Ibero-américa, que o assunto ganhou mais destaque. É certo que tais códigos foram reverberados limitadamente no âmbito doutrinário e acadêmico. O único projeto que foi enviado ao Poder Legislativo, Projeto de Lei 5.139, que chegou a tramitar no Congresso Nacional, sendo posteriormente rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, não abordava a regulamentação da ação coletiva passiva e sequer previa a representatividade adequada *ope judicis*. De todo modo, as discussões de *lege ferenda*, ainda que restritas ao âmbito doutrinário, permitiram um olhar com mais acuidade da doutrina sobre as falhas e as lacunas do nosso sistema microprocessual coletivo, principalmente por ter permitido deixar-se permear por uma análise comparativa do direito estrangeiro.

É neste contexto que a doutrina passa a teorizar sobre a existência prática de situações jurídicas passivas, jogando luzes sobre a justiciabilidade de deveres contra um agrupamento de pessoas⁷³⁶, de modo a posicioná-lo como possível violador de um direito individual ou coletivo. Fala-se em *perceber a existência prática de situações jurídicas passivas*, pois, como acima demonstrado, tais situações, há muito, são realidade. O que lhes faltava, portanto, era a percepção de embasamento teórico da ciência processual, para os colocar nos trilhos do princípio do devido processo legal e de seus corolários, tanto em benefício da parte autora, proporcionando-a acesso à justiça, quanto da parte ré, que passa a ser caracterizada pela coletividade.

⁷³⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. A Legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *In: Revista de Processo*. Ano 37. vol. 209. Julho/2012. p. 258-259.

⁷³⁶ Perfilhamos ao entendimento de Fredie Didier de que a ação coletiva passiva ocorre quando um “agrupamento humano é colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial (DIDIER Jr., Fredie. *Situações Jurídicas Coletivas Passivas*: o objeto das ações coletivas passivas. *In: Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Nº 26, abril/maio/junho de 2011, Salvador).

O despertar teórico, ainda que bastante tímido, veio acompanhado não apenas de uma discussão de *lege ferenda*, mas também de *lege lata*. A doutrina passou a analisar se, à luz do microsistema processual coletivo em vigor, seria possível afirmar a existência da ação coletiva passiva.

Ada Pellegrini Grinover mostrou-se uma importante defensora da ação coletiva passiva, mesmo sob o ordenamento jurídico posto. Na visão de Grinover, o embasamento legal de tais ações encontra-se em dois dispositivos do microsistema processual coletivo: o primeiro, no artigo 5º, parágrafo 2º da Lei 7.347/85, que permite ao Poder Público, outras associações e legitimados a se habilitarem como litisconsortes do autor e do réu, o que leva à conclusão que qualquer demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela. O segundo está no artigo 107 do CDC⁷³⁷, que contempla a chamada “convenção coletiva de consumo”, por meio da qual as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categorias econômicas estão autorizados a regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, qualidade, quantidade entre outros. Por se tratar de ato bilateral, que atribui direitos e obrigações, caso descumprida, irá dar ensejo a uma ação em que a coletividade estará no polo passivo da lide⁷³⁸.

Perfilhando posicionamento pela possibilidade de ações coletivas passivas pelo ordenamento jurídico posto, os seguintes doutrinadores: Fredie Didier e Hermes Zaneti⁷³⁹, Camilo Zufellato⁷⁴⁰, Kazuo Watanabe, José Marcelo Menezes Vigliar⁷⁴¹. Na visão destes doutrinadores, é possível que a teoria geral dos processos coletivo se adéque às situações processuais passivas coletivas, de modo a melhor regulamentar os conflitos existentes, que necessitam ser compreendidos pelas lentes da perspectiva processual coletiva, diante de sua absoluta incompatibilidade com a processualística individual.

⁷³⁷ “Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo”.

⁷³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*. vol. II. Processo Coletivo. Rio de Janeiro: Forense. p. 103.

⁷³⁹ Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2011, pp. 457-461.

⁷⁴⁰ Ação Coletiva Passiva no Direito Brasileiro: necessidade de regulação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. *Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos*. Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89-142.

⁷⁴¹ *Defendant Class Action brasileira*: limites propostos pelo Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.] *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 309-320.

Por outro lado, há vozes que as admitem apenas se forem precedidas de previsão legal expressa, como se infere da doutrina de Ricardo de Barros Leonel⁷⁴², Antônio Gidi⁷⁴³, Pedro Dinamarco⁷⁴⁴, Hugo Mazzili e Arruda Alvim. Apesar da negativa de existência, sem alteração legislativa, de uma categoria específica de ação coletiva no sistema processual brasileiro, todos eles descrevem inúmeras situações jurídicas passivas que apontam em nossos Tribunais cotidianamente. Ou seja, reconhecem que, no dia a dia forense, as ações coletivas passivas já existem, ao menos, de fato.

Portanto, este primeiro estágio de discussões acerca das ações coletivas passivas que ainda paira na doutrina sobre a sua existência de *lege lata* ou de *lege ferenda* precisa ser melhor pontuado.

O presente trabalho insiste na afirmação de que as situações jurídicas passivas sempre foram uma realidade, e, recentemente, diante dos marcantes conflitos de grupo que originam de nossa sociedade, tornaram-se um fenômeno cada vez mais destacado, exigindo diversas reações de todos os setores, inclusive do Direito Processual. Reconhecer a existência de situações jurídicas passivas é inescapável, caso contrário, o processualista estará negando a realidade que o circunda e se afastando dos pressupostos sociológicos que devem moldar a técnica e os princípios processuais. E, uma vez presente nos litígios forenses, cabe ao processo dar uma resposta adequada para que as garantias e princípios processuais possam ser respeitados.

O que se concluiu é que aqueles que negam a ação coletiva passiva sob o ordenamento jurídico processual vigente não estão a negar as situações jurídicas passivas, mas sim o instrumento processual específico e inserto na sistemática do modelo coletivo para o regramento da pretensão inicial. E o fazem amparados pela dissonância do regramento atualmente no microssistema processual coletivo às ações coletivas passivas, já que a técnica processual está integralmente voltada à coletividade que figura no polo ativo da lide. Não há dúvidas de que, o fato de o artigo 81 do CDC mencionar “defesa”,

⁷⁴² Afirma Leonel que não é possível presumir substituição processual, pois ela necessariamente decorre de expressa autorização legal, o que não ocorre para as ações coletivas passivas em nosso ordenamento, principalmente porque podem ocasionar prejuízos aos representados e substituídos. Entende o autor que, para que a pessoa física, jurídica ou entidade na condição de representante ou substituto processual responda à demanda que foi proposta, há necessidade de existência de mandato (representação convencional) ou autorização legal expressa (representação legal ou substituição processual) (Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 203/209).

⁷⁴³ A *Class Action* como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. Op. Cit., p. 415.

⁷⁴⁴ Las Acciones Colectivas passivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamericana. In: *La tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogeneos*: hacia un código modelo para iberoamerica. Editorial Porrúa. p. 132.

por si só, não é suficiente para sufragar uma espécie de ação coletiva com peculiaridades destacadas se não houver institutos voltados a regulamentá-la de forma harmônica.

Na verdade, estes doutrinadores não deixam de ter razão em seus argumentos. Nosso sistema foi desenhado para a reivindicação de um direito da coletividade e não para lhe exigir um dever em juízo. Como visto, isso também ocorre nas *class actions* norte-americanas, o que, aliás, é causa de bastante controvérsia na doutrina e nos tribunais daquele país. Entretanto, nos EUA, há maior autorização para a flexibilidade do procedimento, questão inerente ao *common law*, o que permite, ainda que com dificuldade e bastante controvérsia na forma de aplicá-la, a adaptação das normas ao modelo passivo pelo Poder Judiciário. Por outro lado, o sistema do *civil law*, diante da existência de lei escrita sobre a matéria, é mais estático, formal e muito mais inflexível⁷⁴⁵. É verdade que o CPC/15 trouxe como princípio a *flexibilização procedimental*, mas, ainda assim, nosso modelo codicista ainda está engessado quando o assunto é franquear um viés coletivo a determinados institutos processuais, questão, aliás, completamente silenciada pelo código recente.

Malgrado a tutela coletiva, nos seus mais diversos procedimentos e modalidades, tenha princípios básicos e aplicáveis indistintamente à processualística coletiva, ativa ou passiva, não se pode negar que determinadas peculiaridades inerentes à categoria coletiva passiva exigem um tratamento normativo diferenciado para fazer frente a tais especificidades. Neste aspecto, dois pontos de incompatibilidade são os mais mencionados pela doutrina: legitimação coletiva passiva, que tem como requisito a representatividade adequada, e a coisa julgada. A propósito, estes dois pontos são a pedra de toque de todo o sistema processual coletivo e, ainda, a base central que os diferenciam da tutela individual. Portanto, se tais institutos não estiverem bem redimensionados para a sua aplicabilidade nas ações coletivas passivas, o instrumento pode falhar no atingimento do escopo jurídico, político e social.

Iniciemos pela legitimação. O artigo 5º da Lei 7.347/85 e o artigo 82 do CDC discriminam os entes legitimados para a tutela coletiva no polo ativo. Houve uma escolha política-legislativa de restringir os legitimados àqueles que se destacam na sociedade como possíveis representantes adequados da coletividade. O canal é restrito, portanto. Pela análise deste rol, pode-se concluir que a escolha foi feita pela perspectiva do grupo como

⁷⁴⁵ GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. Op. Cit., p. 415.

vítima do ilícito e não como o possível violador. A pergunta que se faz, quando a discussão é transportada para a ação coletiva passiva, é se tais entes se mantêm como legitimados coletivos, mas agora atuando como substitutos processuais do grupo réu.

Majoritariamente, a doutrina responde que, quando se tratar de ação coletiva passiva derivada, ou seja, quando ele decorre do processo coletivo anterior e é proposta pelo réu deste primeiro processo, o autor será automaticamente o representante do grupo réu e, sem dúvida alguma, um dos legitimados pela lei ao processo coletivo ativo. É o caso da ação rescisória ou da reconvenção. Nesta hipótese, a doutrina não vislumbra qualquer dificuldade de se aceitar a ação coletiva passiva derivada, pois o legitimado passivo exsurge de maneira natural a esta ação secundária. Sobre o tema, o próprio Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se posicionar a favor da ação rescisória para atacar decisão transitada em julgado em ação civil pública⁷⁴⁶. Da mesma forma ocorre com a reconvenção. Se antes havia controvérsia⁷⁴⁷, com a alteração do artigo 315 do Novo Código de Processo Coletivo, não há mais dúvida sobre a possibilidade de reconvenção ser oposta contra o substituto processual nas ações coletivas⁷⁴⁸.

As difíceis discussões pairam em torno da legitimação das ações coletivas passivas originárias, ou seja, quanto à possibilidade de se dar início a um processo coletivo, sem qualquer vinculação a um processo posterior. Passemos a analisar as sugestões dispostas nos Códigos modelo e, portanto, as sugestões de *lege ferenda*.

O Código Modelo para os países Ibero-americanos, Código Modelo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (CPCP-IBDP)⁷⁴⁹ e o CPCO-UERJ/Unesa⁷⁵⁰ trazem a possibilidade de que o polo passivo seja ocupado por uma coletividade organizada, ainda que sem personalidade jurídica, desde que tenha representatividade adequada. Esta previsão ilide a reprodução do rol dos legitimados do artigo 5º da Lei 7.347/85, haja vista

⁷⁴⁶ REsp 170958/SP e REsp 596502/PR.

⁷⁴⁷ O STJ já chegou a rejeitar reconvenção em ação popular, sob o fundamento de que o autor da ação coletiva não legitimado ordinária e sim extraordinária (REsp 72.065/RS).

⁷⁴⁸ Importante se atentar ao fato de que o objeto da reconvenção deve ser dirigida contra o grupo e não pessoalmente contra o substituto processual. Mesmo com a autorização legal, a doutrina ainda defende a análise *ope judicis* da legitimidade adequada do reconvinte (DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. O CPC/2015 e a reconvenção em processo coletivo. In: *Processos Coletivos*. vol. 8. Salvador, JusPodiVm, p. 514).

⁷⁴⁹ Artigo 38; “Ações contra grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, a, b, c), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, I e II) e tutela se revista de interesse social”.

⁷⁵⁰ Artigo 42: “Ação contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do § 1º do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º) e se revista de interesse social”.

que afasta a legitimação dos entes públicos e das empresas públicas e sociedades de economia mista, ressalvando apenas as associações, que são o exemplo por excelência de sociedade civil organizada. Se por um lado esta previsão não contempla grande parte dos legitimados para a ação civil pública ativa, por outro, pode-se afirmar que o conceito mostra-se bastante amplo, até mesmo porque não se exige do legitimado que ele seja revestido de personalidade jurídica, bastando que a coletividade se mostre organizada. Esta ampla abertura, acrescida de conceitos jurídicos indeterminados, vão exigir do órgão julgador um poder-dever interpretativo maior para o controle da representatividade adequada no caso concreto, que, aliás, cuida-se de requisito constante de todos os Códigos modelo, com previsão de sua análise *ope judicis*⁷⁵¹.

Já o Código Modelo apresentado por Antônio Gidi contempla outra proposta: que a legitimidade apenas recaia sobre as associações⁷⁵². O argumento pauta-se no poder representativo das associações, considerando que foram os associados, voluntariamente, quem aderiram à sua constituição. De todo modo, a proposta também contempla a hipótese de que, caso não haja associação constituída, a defesa pode recair sobre qualquer um dos membros do grupo⁷⁵³, havendo ainda a possibilidade de os membros do grupo criarem uma associação específica para representá-los em juízo⁷⁵⁴. Estas assertivas acabam por igualar a proposta a dos demais códigos, já que qualquer um poderia ser legitimado, desde que fosse um representante adequado do grupo.

A maioria da doutrina que assente com a ação coletiva passiva compartilha da proposta de que basta se tratar de uma coletividade organizada no polo passivo, em que um dos membros possa atuar como um representante adequado, para autorizar o processamento da ação coletiva passiva⁷⁵⁵.

Há quem vislumbre a pertinência da imbricação entre o rol do artigo 5º da Lei 7.347/85, com a possibilidade de a coletividade organizada figurar no polo passivo. Perfilhando este entendimento, Fredie Didier e Hermes Zanetti⁷⁵⁶ apresentam uma

⁷⁵¹ Código Modelo de Antônio Gidi (art. 2º c/c art. 6º); CM para os países da Ibero-América (art. 2, inciso I); Código Modelo IBDP (art. 20, § 2º); CM UERJ/Estácio de Sá (art. 8º, inciso I).

⁷⁵² Artigo 28: “A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo, representados por associação que os congregue”.

⁷⁵³ Artigo 28.2. Se não houver associação que congregue os membros do grupo réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão em juízo na ação coletiva passiva”.

⁷⁵⁴ Artigo 28.2. “Os membros do grupo réu poderão criar uma associação com a finalidade específica de representa-los em juízo na ação coletiva passiva”.

⁷⁵⁵ Neste sentido, Marcelo Vigliar, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrin Grinover, Digo Campos Medina Maia, Camilo Zufelato.

⁷⁵⁶ DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI, Hermes. *Manual de Processo Coletivo*. Op. Cit., p. 461.

interessante proposta para a legitimidade coletiva passiva. A princípio, defendem ser possível que os legitimados do artigo 5º da Lei 7.347/85 possam assumir o ônus da defesa em nome de toda a coletividade. Ressalvam, todavia, que não necessariamente o Ministério Público será o representante adequado para todas as ações coletivas originárias. Assim, caso os entes públicos sejam demandados, estes devem demonstrar vínculo com o grupo, o que será aferido pelo órgão julgador, por meio do requisito de representação adequada. E, ainda, o indivíduo pode também ser, excepcionalmente, legitimado, em caso de não haver associação legalmente constituída. Neste caso, a sua representatividade adequada deve ser rigorosamente controlada pelo magistrado. Ao final, admitem a intervenção dos substituídos no processo, cabendo ao juiz controlar os pedidos de intervenção, de modo a afastar o tumulto processual⁷⁵⁷.

Por fim, e de forma minoritária, colhe-se entendimento daqueles que vislumbram fundamento legal apenas restrito aos entes coletivos legitimados descritos no artigo 5º da Lei 7.347/85 e, cumulativamente, apenas aos que tenham personalidade jurídica deste rol⁷⁵⁸. Por este posicionamento, excluídos ficariam o Ministério Público, a Defensoria Pública e demais órgãos da Administração Direta ou Indireta, sem personalidade jurídica.

A dificuldade para o reconhecimento do representante adequado é, sem dúvida alguma, o maior obstáculo para uma melhor sistematização, seja de *lege lata* ou de *lege ferenda*, das ações coletivas passivas. Esta escolha irá resvalar em todos os demais institutos, principalmente nos efeitos subjetivos e objetivos da coisa julgada, já que o gozo da garantia do contraditório pelos substitutos ficará a depender da atuação do desempenho e *performance* do porta-voz em juízo.

A propósito, quando o assunto é legitimação passiva coletiva, verifica-se claramente uma tendência na doutrina de ilidir a concepção de que o Ministério Público, que tem uma atuação mais tradicional nas ações coletivas ativas, de ser o legitimado universal nas ações coletivas passivas. Os argumentos vão desde a ausência de personalidade jurídica do órgão⁷⁵⁹ à incompatibilidade de seu perfil institucional, moldado

⁷⁵⁷ Neste sentido, a proposta de Antônio Gidi para o Código Modelo de Processo Coletivo: Art. 28.4 (GIDI, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. In: MAZZEI, Rita; NOLASCO, Rita. *Processo Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 758-776).

⁷⁵⁸ Jordão Violin entende que, pelo direito positivo vigente, não há como autorizar que a coletividade seja representada por um ente desprovido de personalidade jurídica, salvo aqueles elencados no artigo 82 do CDC (VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodiVm, 2008. p. 80).

⁷⁵⁹ MAZZILI, Hugo. Mancuso perfilha desta mesma posição, justificando-se no fato de que o Ministério Público não possui personalidade jurídica para suportar o ônus da defesa (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 382).

apenas para reivindicar os direitos transindividuais⁷⁶⁰. Marcelo Vigliar chega até a afirmar uma espécie de “exclusão de honra” do Ministério Público, defendendo em uma eventual previsão normativa a exclusão *ope legis* do referido órgão⁷⁶¹.

De todo modo, todos aqueles que entendem ser possível a ação coletiva passiva pelo ordenamento jurídico em vigor consideram imprescindível o controle pelo órgão julgador da representatividade adequada. Assim como é no modelo norte-americano, este requisito parece ser a pedra fundamental das ações coletivas passivas, pressuposto inescapável para que a sentença proferida possa vincular individualmente os componentes da classe, independentemente de sua participação individual no processo.

Falar em controle da representatividade adequada pelo órgão julgador em nosso sistema é iniciar outro debate doutrinário, de larga importância: é possível o controle da representatividade adequada *ope judicis* pelo ordenamento jurídico em vigor? Dependendo da resposta, sequer é possível cogitar a ação coletiva passiva em nosso ordenamento.

Como se sabe, o Poder Legislativo, após um intenso debate, optou pela não previsão expressa do controle de representatividade adequada⁷⁶². A expressão, aliás, sequer consta no microsistema processual coletivo. Isso leva a maioria dos doutrinadores a defender que a representatividade adequada foi presumida de forma absoluta pelo legislador, que fez uma escolha político-legislativa para autorizar como legitimado coletivo apenas determinados órgãos, entes e entidades, ou seja, aqueles inscritos no artigo 5º, Lei 7.347/85. Feita a escolha legislativa, não caberia ao julgador a análise casuística do requisito⁷⁶³.

De outro vértice, há aqueles que defendem que não há proibição no nosso ordenamento jurídico ao crivo judicial na análise deste requisito. E o fazem estribados na importância da representatividade adequada como pressuposto da formação da coisa

⁷⁶⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action* brasileira. Op. Cit. p. 315.

⁷⁶¹ Para o autor, o Ministério Público, dada a sua missão institucional, só pode atuar na condição de demandante nas ações coletivas, pois fazer valer os direitos coletivos é a única forma de compatibilização com seu perfil (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Actions brasileira*. Op. Cit. p. 315).

⁷⁶² Antes da promulgação da Lei 7.347/85, houve um intenso debate sobre o modelo a ser adotado na regulamentação sobre a legitimação para agir e o seu controle. No início de 1984, o projeto de lei apresentado pelo grupo formado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., levado ao Congresso Nacional pelo Deputado Flávio Bienrrenbach, continha expressa disposição acerca do controle pelo órgão julgador da representatividade adequada. Entretanto, a lei aprovada ratificou o projeto encampado pelo Ministério Público, especialmente o Ministério Público do Estado de São Paulo, que se inclinou pelo sistema *ope legis*, que presumia a representatividade adequada dos entes legitimados, taxativamente descritos na legislação.

⁷⁶³ Neste sentido, Pedro da Silva Dinamarco (*Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 201/202).

julgada⁷⁶⁴. Se este requisito não for cumprido, não há respeito às garantias do devido processo legal e, em consequência, não há que se falar na vinculação dos substituídos e na impossibilidade de oposição da coisa julgada aos membros da coletividade, como já repisado. Nas palavras de José Marcelo Vigliar, “quando não há representante adequado, trata-se de um simulacro de sentença, um *non liquet* declarado”⁷⁶⁵.

Diante da importância da representação adequada para as ações coletivas, ativas ou passivas, já, em outra oportunidade, nos posicionamos expressamente pela permissibilidade de um sistema misto, portanto, que também admitisse o controle judicial deste requisito, à luz do caso concreto⁷⁶⁶. Assim, com muito mais razão nos parece que o requisito deva ser exigido na ação coletiva passiva, mormente em razão da inflexão da coisa julgada neste tipo de ação, como iremos também defender mais à frente. Esta conclusão, no entanto, revela-se apenas uma das premissas para melhor compreender a representação adequada na ação coletiva passiva. Faz-se necessário nos aprofundar no tema de legitimação de agir e seus consectários nas ações coletivas passivas, o que será feito no capítulo seguinte.

Eis então outro tema não menos controverso: a coisa julgada nas ações coletivas passivas.

Neste assunto, vislumbra-se certa convergência na doutrina que defende as ações coletivas passivas de *lege lata*⁷⁶⁷, de que os temperamentos da coisa julgada, inscritos no artigo 103 do CDC, não podem ser apenas transportados para as ações coletivas passivas, pois isso significaria o esvaziamento total da utilidade das ações coletivas, em decorrência da coisa julgada *secundum eventum litis* para o plano individual. A aplicação da sistemática das ações coletivas ativas autorizaria a todo indivíduo rediscutir os termos da matéria de defesa objeto do processo individualmente, fazendo com que a decisão coletiva seja apenas uma mera declaração de direitos⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ COSTA, Susana Henriques da. O Controle judicial da representatividade adequada. In: SALLES, Carlos Alberto (org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁷⁶⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Actions* brasileira. Op. Cit., p. 317.

⁷⁶⁶ CARVALHO, Sabrina Nasser. *Processos Coletivos e Políticas Públicas*. Op. Cit. p. 193-204.

⁷⁶⁷ Por certo que a matéria não é totalmente pacífica. Em sentido contrário, Pedro Lenza, que defende que a coisa julgada nas ações coletivas passivas não pode prejudicar direitos individuais (Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 195). Ada Pellegrini Grinover chegou a defender que a decisão proferida em ação coletiva passiva não deveria afetar a esfera individual dos substituídos, mas, posteriormente, mudou a sua posição, reconhecendo que o regime *secundum eventum litis* esvazia os resultados práticos da ação (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*. Op. Cit. p. 209).

⁷⁶⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2014. p. 469.

A solução para a efetividade do instituto seria aplicar, a todas as espécies de direitos transindividuais, a coisa julgada *pro et contra*, vinculando o grupo, indiferentemente do resultado da demanda.

Seguiram esta linha os CPCO-IBDP⁷⁶⁹ e CPCO-UERJ⁷⁷⁰, que previram o reconhecimento da vinculação de todos os membros do grupo, independente do resultado, portanto, a coisa julgada *erga omnes e pro et contra*. De outro vértice, o CMI-A seguiu caminho diverso, aplicando integralmente o regime da coisa julgada das ações coletivas ativas (art. 103, CDC). A despeito de mencionar que, no caso de direitos difusos e coletivos, a sentença vinculará a todos os membros, categoria ou classe, ao plano individual a previsão é que se mantenha *secundum eventum litis*, de modo a não prejudicar o patrimônio jurídico individual dos membros do grupo. No caso dos direitos individuais homogêneos, o CMI-A dispõe expressamente que a decisão não vinculará os membros do grupo, autorizando-os a mover ações próprias ou a se defender no processo de execução para afastar a eficácia⁷⁷¹. Como já colocado, esta última previsão faz com que o processo coletivo passivo torne-se natimorto⁷⁷².

Uma interessante posição intermediária é a Diogo Maia, que entende pertinente a coisa julgada *secundum eventum probationis* em caso de procedência do pedido, ou seja, fará coisa julgada apenas se baseada em provas suficientes para formar o convencimento do órgão julgador⁷⁷³.

Não obstante a controvérsia doutrinária, uma questão é inegável: a legitimação, que inclui a representatividade adequada como requisito, está intrinsecamente ligada à coisa julgada. Uma vez identificado um modelo constitucional e garantista de legitimação à ação coletiva passiva, abre-se um canal amplo para a defesa do regime da coisa julgada *erga omnes ou ultra partes e pro et contra*.

⁷⁶⁹ Artigo 39. “Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses transindividuais”.

⁷⁷⁰ Artigo 43. “Coisa Julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe”.

⁷⁷¹ Artigo 33: “Quando se trata de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe”. Artigo 34: “Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual”.

⁷⁷² Esta é a análise de Júlio Cesar Rossi (Ação Coletiva Passiva. *In*: *Repro*: Ano 36. vol. 198. agost, 2011 p. 194-210).

⁷⁷³ MAIA, Diogo Campos. Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.) *et all. Direito Processual Civil e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 342.

Posto o entendimento da doutrina e as propostas legislativas sobre o tema, passemos a analisar parâmetros que devem ser considerados para a sistematização da ação coletiva passiva em nosso país.

6.3. *Defendant Class Actions* e as Ações Coletivas Passivas no Brasil: identificação de parâmetros para a construção de alternativas

Como visto, os processualistas brasileiros buscam, em maior ou menor medida, no sistema das *class actions* norte-americano, os vetores para a construção de um modelo de ação coletiva passiva no Brasil, sem desprezar as diferenças de diversas ordens existentes entre os países. A identificação de parâmetros e a permeabilidade de influências ao nosso sistema é compreensível e pertinente, principalmente no momento inicial de construção de determinado instituto, até então inédito em nosso ordenamento jurídico.

De todo modo, nunca é demais lembrar que o Direito, e, assim, o Direito Processual, é expressão cultural. E, como tal, faz-se importante, na análise de Direito Comparado, compreender até que ponto as diferenças políticas, sociais, culturais possibilitam a conexão entre o sistema normativo em análise e o sistema normativo paradigma.

Partindo desta premissa, no caso das *class actions*, está justamente nas raízes sociológicas uma das explicações para a efetividade das ações coletivas nos EUA. Estas ações são compreendidas no país norte-americano como ações de classe, e, como tal, se adequam às formações sociais daquele país. A título de exemplo, é no aspecto étnico e racial que podemos encontrar as ações coletivas de maior peso político, diante das reivindicações de direitos civis da classe. Neste caso, há uma maior identidade entre os membros deste grupo, os quais compartilham entre si de uma relação mais coesa, facilitando a formação de uma classe de agentes coletivos de contestação em favor de seus direitos, em diversas instâncias, inclusive a judicial⁷⁷⁴. Esta maior coesão dá contornos mais fortes à classe, com repercussão positiva nos institutos processuais típicos das ações coletivas, a exemplo da escolha de um representante que fale em nome da classe e quanto ao espectro dos limites subjetivos da coisa julgada, ou seja, os lindes da classe, com a

⁷⁷⁴ Mesmo nos casos de ações coletivas raciais nos EUA, Edilson Vitorelli demonstra que, mesmo nas ações coletivas que discutem os direitos dos negros, as formas de execução da política pública discutida era objeto de ampla controvérsia entre a classe (*O Devido Processo Legal Coletivo*. Op. Cit. p. 66).

possível identificação de quem são os verdadeiros destinatários do provimento jurisdicional.

Ainda que se entenda a sociedade norte-americana como uma sociedade em que a compreensão de pertencimento dos indivíduos a determinada classe tenha uma tônica mais clara, mormente quando comparada com o nosso perfil sociológico, mesmo assim, o seu sistema jurídico de ações coletivas não está livre do enfrentamento de dificuldades no delineamento destas formações sociais e a identificação de seus membros. Ao contrário, os entraves existem e se mostram um obstáculo para a admissão de uma ação coletiva⁷⁷⁵, principalmente quanto às *defendant class actions*, já que, neste caso, haverá a exigibilidade de deveres e de responsabilidades contra os membros da classe, sendo o seu real contorno condição *sine qua non* para a efetividade do provimento jurisdicional. Importante ressaltar que o recorte da classe repercute diretamente no recorte dos limites subjetivos da coisa julgada. Daí a sua extrema importância para a dinâmica processual.

No Brasil, as naturais formações sociais existem, mas o grau de pertencimento e identificação de vínculos entre grupos revelam-se mais frágeis quando comparado com os laços sociais norte-americanas. Em nosso país, a fluidez social é maior, a pluralidade cultural e de miscigenação são maiores. Faz parte ainda da nossa história um longo período autocrático, que nos privou dos valores democráticos e, por consequência, dificultou a formação e o fortalecimento dos movimentos coletivos. Enfim, fatores que, com maior ou menor participação, acabaram por dificultar, ou, quiçá, tornar menos nítida a identificação de interesses coletivos em nossa sociedade e, conseqüentemente, das lutas e resistências coletivas.

Este cenário histórico e cultural tem reflexos na dinâmica processual quando o assunto é ação coletiva, como a dificuldade de se delinear o grupo com maior exatidão, de se identificar subclasses, de eleição de um representante como porta-voz deste grupo ou, mesmo quando identificado um elo que proporciona a constituição de uma coletividade litigante, esbarram-se nas dificuldades de vínculos mais frágeis entre os integrantes do grupo.

⁷⁷⁵ Sobre o conceito de classe, André Vasconcelos Roque: “A conceituação de “classe” no direito-norte-americano é uma das tarefas mais difíceis, uma vez que a doutrina americana não apresenta definições preestabelecidas. A maioria dos autores aborda a questão sob uma perspectiva puramente pragmática, identificando na classe os limites de vinculação da decisão na ação coletiva”. Acrescenta o autor que deve se evitar conceituações subjetivas ou mesmo que dependam do julgamento do mérito (ex: indivíduos que foram discriminados” (Op. Cit., p. 74).

Nossa legislação até se arriscou em expressamente prever “grupo, categoria ou classe” ao dispor sobre os direitos coletivos *stricto sensu*⁷⁷⁶, sem, no entanto, trazer com as referidas expressões os seus respectivos conceitos ou relacioná-los aos contornos e à natureza das formações sociais que deveriam se vincular. A doutrina e a jurisprudência também não visualizaram relevância na definição de cada uma das formações sociais, fazendo-as perder o seu potencial conceitual.

Apenas para pontuar, o termo “classe” ganhou universalidade por meio dos escritos marxistas⁷⁷⁷ e, assim, seguiu sendo usada para caracterizar as relações sociais do trabalho de uma sociedade capitalista. Por esta razão, a identidade da classe patronal e operária tornou-se bastante clara em nossa sociedade, diante da percepção das características sociais de seus membros, o que permanece até hoje. Este é um dos motivos que faz o Direito do Trabalho um campo fértil às ações coletivas, ativas ou passivas, conforme já ressaltamos.

Com o tempo, emerge a pluralidade de diversos grupos sociais, relativos a etnias, comunidades e associações diversas, com a maior pluralidade de atores coletivos representando cada um destes interesses e destas ideologias. E então, essa consciência de classe passa a florir no pensamento ocidental, transcendendo os limites marxistas, para evoluir para a consciência de si próprio, para representar o pertencimento grupal⁷⁷⁸. É esta a concepção de agrupamento nas ações coletivas.

No Brasil, como visto, a estrutura processual coletiva está baseada na classificação do direito material (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), o que gera bastante dificuldade prática de identificação da coletividade destinatária da referida ação, pois não reproduz as formações sociológicas de forma precisa, o que acaba por provocar graves entraves na identificação de seus limites subjetivos.

⁷⁷⁶ Artigo 81, inciso 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 I ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

⁷⁷⁷ “A teoria das classes surgiu com Marx como teoria das lutas de classes e da mudança histórica. O sucesso científico da teoria deveu-se, em grande medida, à articulação que ela propunha entre as esferas sociais – a economia, a sociedade e a política e a cultura – de tal modo que uma certa ordem prevaleceria sempre entre elas; o segrego de tal ordenamento devendo ser buscado na produção da vida material (na economia, em última instância) (GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Classes, Raças e Democracia*. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 35).

⁷⁷⁸ De acordo com Diogo Campos Medina Maia, “a ideia de coletividade organizada é o reflexo da formação social. A consciência de classe, desenvolvida na sociedade capitalista, estimula todo tempo a reunião e a organização social em grupos coesos, que possuem muito mais expressividade do que o indivíduo em si” (*A Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente*. Op. Cit. 321).

Diferentemente, no sistema norte-americano, o modelo processual está baseado no resultado prático da ação coletiva (proporcionar tutelas mandamentais e declaratórias em face de um padrão de conduta comum a todo o grupo ou permitir o processamento coletivo de questões comuns predominantes). Esta proposta substituiu outra que constava na Regra 23 de 1938, que, assim como no Brasil, se baseava na tipologia do direito defendido, o que também gerava inúmeras controvérsias no que pertine aos aspectos subjetivos da coletividade litigante. Focadas no escopo do provimento jurisdicional, as regras atuais do sistema norte-americano, ainda que não ilidam as dificuldades de se identificar os verdadeiros destinatários do provimento jurisdicional e aqueles que ficarão vinculados pela coisa julgada, escapam dos obstáculos de categorização dos direitos transindividuais a partir do direito material.

A forma de estruturação e classificação das ações coletivas são assuntos de extrema importância, pois estão relacionados à sua efetividade. Mas ganham um fator complicador nas ações coletivas passivas. Diversamente da flexibilização da coisa julgada das ações coletivas ativas, nas passivas, a proposta, como visto, é que todos os membros do grupo fiquem vinculados à decisão judicial (coisa julgada *pro et contra*). Então, identificar de forma clara e correta o recorte da coletividade destinatária da pretensão inicial torna-se questão primordial, sob pena de grande controvérsia na fase executiva ou, até mesmo, inexecutabilidade da decisão coletiva, diante dos obstáculos para se apontar, precisamente, contra quem se pode exigir a conduta.

Por esta razão, o aprimoramento da sistemática sobre a qual subjaz o sistema processual coletivo, como fez o sistema norte-americano, é questão primordial. Neste ponto, sobre uma nova proposta de classificação dos direitos coletivos, remetemos o leitor para o Capítulo 08, onde iremos abordar a proposta formulada por Edilson Vitorelli, que traz novos elementos para a classificação e identificação dos direitos transindividuais.

Outra diferença relevante entre os sistemas norte-americano e brasileiro que favorece o maior afloramento das ações coletivas passivas naquele país são as naturais diferenças entre os sistemas jurídicos, questão também já pontuada. Como já adiantamos, o *common law* comporta uma maior flexibilização procedimental, os termos jurídicos são mais abertos e fala-se ainda em discricionariedade judicial. Todos estes componentes ampliam as margens para o ajuste judicial dos atos processuais ao caso concreto, características, a propósito, colocadas como a causa do sucesso das ações de classe⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹ GIDI, Antônio. *A Class Action* como instrumento de tutela coletiva de direitos. Op. Cit. p. 18.

Portanto, o sistema norte-americano, principalmente nas *class actions*, o órgão julgador tem uma liberdade maior para o gerenciamento do conflito, conforme se nota nos poderes dispostos na Regra 23 (d).

Já no *civil law*, as margens são bem mais estreitas e o procedimento mais previsível e menos adaptável ao caso concreto. Por certo que as realidades do *common law* e *civil law* estão se aproximando. A normativa trazida pelo CPC/15 (art. 139, 190 e 191, CPC) demonstra claramente esta aproximação. A flexibilização procedimental é pauta atual de nosso ordenamento jurídico e vai ao encontro da concepção de que a forma deve servir à efetivação da justiça substancial. Não obstante, nosso ordenamento jurídico, principalmente quando o tema é processo coletivo, que tem subjacente o interesse público, é respaldado por um largo espectro principiológico, de modo a permitir uma margem de manipulação do procedimento em favor de uma decisão mais justa.

De todo modo, ainda é pauta de controvérsia a inflexão de nosso ordenamento processual em relação às regras atinentes à estabilização do pedido, à litispendência, conexão, continência, efeitos subjetivos da coisa julgada, mecanismos de controle da representatividade adequada pelo órgão julgador e pelas partes, o que impede um avanço mais incisivo no que pertine à maior adaptabilidade do procedimento, necessária ao conflito coletivo, mormente diante destes novos conflitos coletivos que estão a surgir e que desafiam o sistema processual posto.

Esta mesma questão, atinente à possibilidade ou não de flexibilização do procedimento, também se mostra como uma das principais no debate sobre a permissibilidade ou não, em nosso sistema, das ações coletivas passivas. Uma vez que não há regramento processual expresso e, considerando a necessidade de adaptação ao sistema posto, elaborado apenas e tão somente para as ações coletivas ativas, a autorização normativa, de *lege lata*, torna-se bastante controversa.

Este cenário demonstra que as diferenças existem entre os sistemas jurídicos em comparação e exercem um considerável peso.

Entretanto, tais diferenças não fazem de nosso sistema avesso às influências das ações coletivas passivas norte-americanas. Concordamos com Camilo Zufellato⁷⁸⁰: uma coisa é dizer que a legislação brasileira é totalmente voltada às ações coletivas ativas, o que certamente não é verdadeiro. Outra, é dizer que ela não deixou espaço para as ações

⁷⁸⁰ ZUFELATO, Camilo. *Ação Coletiva Passiva no Direito Brasileiro*: necessidade de regulamentação legal. Op. Cit., p. 101.

coletivas passivas. Nosso ordenamento jurídico, assim como as *class actions* nos EUA, foi projetado para resguardar a pretensão da coletividade em juízo, e não o contrário. Mas em nenhum diploma legal processual o instituto das ações coletivas passivas está vedado, expressa ou implicitamente. A necessidade de seu melhor redimensionamento não ilide a sua legitimidade e a sua imprescindibilidade ao sistema. Este, portanto, é o desafio: sem afrontar a legislação, refletir um instituto efetivo e legítimo.

Neste sentido, algumas questões já refletidas e institucionalizadas pelo sistema norte-americano, mormente quanto à pertinência das *defendant class actions*, podem nos influenciar positivamente.

Em primeiro lugar, podemos verificar que o fundamento da existência das *defendant class actions* parte da mesma reflexão em nosso sistema: impraticabilidade de formação do litisconsórcio necessário passivo. Como trazer aos autos mais de quarenta réus⁷⁸¹, que, indispensavelmente, devem figurar no polo passivo para a eficácia da decisão? E se forem centenas, milhares? A Regra 19 do *Federal Rules*, que regulamenta o litisconsórcio necessário, por sua natureza e necessária formalidade, não soluciona a questão. Da mesma forma, a nossa normativa atinente ao litisconsórcio tampouco o faz.

E, ainda que se consiga trazer todos os réus ao polo passivo, por meio da citação individual ou por meio da publicidade da ação, os obstáculos não de continuar. Isso porque, ao longo do processo, podem se fazer necessárias inúmeras sucessões processuais, desencadeando uma dificuldade enorme ao prosseguimento regular do feito.

A *defendant class action* é um mecanismo eficiente para lidar com a numerosidade, pois lida com uma “entidade litigante temporária”⁷⁸², formada por uma coletividade, que frui das garantias processuais, por meio de um representante adequado. Isso faz com que se possa justamente suplantar a personalidade de cada um de seus membros. Observando a naturalidade e fluidez de uma coletividade, a classe e seus integrantes podem ser dinâmicos, podem se alterar ao longo do processo, prescindindo de procedimentos de sucessão processual, que são questões típicas do processo individual.

Como já adiantado, esta limitação do litisconsórcio em lidar com uma pluralidade dinâmica no polo ativo e passiva é um problema presente em nosso ordenamento jurídico

⁷⁸¹ Nos Estados Unidos, se o número de réus for maior que 40, o litisconsórcio é presumido impraticável (SHEN, Francis X. *The Overlooked Utility of the Defendant Class Action*. Op. Cit., p. 96).

⁷⁸² “The very decision to recognize the claimants as a class – a temporary litigative entity – grants them a form of power. Prisoners, consumers, school children, and stock purchasers who had no previous organization may become, through the medium of the class actions, a single entity capable of pressing claims in court” (YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp. 1-2).

e que não contempla uma solução normativa expressa, já que a sucessão processual mostra-se, da mesma forma que no país norte-americano, um grave entrave para o prosseguimento do processo. Sem dúvida alguma, o estabelecimento de uma “entidade litigante”, com contornos adequados para a sua identificação, seria uma adequada solução.

Outra questão interessante no sistema norte-americano é a abertura maior do sistema no quesito da legitimação. Nos EUA, um membro da classe pode ser autor ou réu em uma *class action*, representando todo o grupo. Em contrapartida, a legitimação recebe outro componente obrigatório: a representatividade adequada. Este requisito mostra-se tão importante para as ações de classe, que representa o substrato da cláusula do *due process of law* nesta modalidade de tutela.

Nas ações coletivas passivas, há possibilidade de também admitirmos a legitimação de um representante adequado, que seja o porta-voz desta coletividade. A possibilidade de exercício da legitimação extraordinária por substituição processual por um dos membros do grupo também é uma solução já pensada, por exemplo, para solucionar os casos de litisconsórcio unitário facultativo, portanto, que a discussão sequer seria novidade em nosso ordenamento.

A discussão giraria em torno da capacidade deste membro eleito ser um bom porta-voz dos interesses deste grupo. Daí o tema acerca do controle da representatividade adequada no Brasil ser um pressuposto essencial, que também já está posta em nosso país, inclusive nas ações coletivas ativas.

Em busca de uma maior participação dos membros substituídos, também podemos nos deixar influenciar pelo espírito da publicidade, imbuído no sistema de notificação do sistema de classes norte-americano, mas, sem dúvida nenhuma, moldando-o para se adaptar à nossa sociedade e à nossa cultura. Naquele país o escopo é permitir o *opt out*, o que nos é vedado, mas tem também o objetivo de possibilitar o controle da representatividade adequada pelos substituídos, o que seria útil também ao nosso sistema. Ainda assim, não há razão para insistir na notificação individual dos membros de uma ação coletiva passiva se a própria citação individual se mostrou inviável. Aliás, atualmente, a notificação individual recebe flexibilizações do próprio sistema americano⁷⁸³.

De todo modo, como já ponderamos quando abordamos o ato de citação, o esforço razoável para o conhecimento da existência da ação e o controle da *performance* do

⁷⁸³ Owen Fiss defende a possibilidade de notificação coletiva, em razão dos altos custos advindos deste ato quando feito individualmente (*Um Novo Processo Civil*. Estudos norte-americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 245).

representante, principalmente sobre o conteúdo fático e jurídico que deve consubstanciar a defesa, é uma forma interessante de se evitar que a via representativa seja uma maneira de afastar o conhecimento dos titulares do direito discutido em juízo, minando, em consequência, a pluralidade ideológica das ações de grupo. Repisa-se que a construção de uma ação coletiva passiva não é para, exclusivamente, se buscar a economia processual, mas sim as garantias do acesso à justiça, inclusive da coletividade ré, o que, aliás, se mostra o propósito deste trabalho.

A divisão em subclasses das *class actions* também é uma interessante forma de solucionar as contrariedades existentes em uma coletividade, de modo a garantir defesas coletivas de grupos efetivamente coesos e respeitar a pluralidades que são naturais das classes e grupos, afastando uma falsa identidade de interesses e garantindo um diálogo processual efetivamente representativo.

Estes mecanismos citados podem ser adaptados para a processualística coletiva brasileira e se tornarem uma saída para alguns questionamentos relativos ao procedimento da ação coletiva passiva que ainda não encontram resposta pronta e certa, em razão da inovação do instituto em nosso ordenamento. O que se faz necessário é refletir sobre a sua pertinência, a sua funcionalidade perante nosso sistema, enfim, aferir a sua adaptabilidade à realidade processual, cultural, social e econômica brasileira.

Mas, mais do que a técnica, se faz importante a análise dos principais fundamentos principiológicos sobre os quais subjazem as *defendant class actions*, de modo a contrapô-los com o nosso para verificar se são ou não coincidentes.

Após o estudo das *defendant class actions*, foi possível depreender que seus principais escopos no sistema norte-americano giram em torno da efetividade e economia processual. Em relação ao primeiro, os processualistas veem nas *defendant class actions* o meio mais adequado para se prevenir e fazer cessar a conduta ilícita supostamente perpetrada pela classe ré, o que eles denominam de *deterrence*. Ademais, esta modalidade de ação coletiva passiva visa a racionalizar custos e evitar a relitigância⁷⁸⁴, molecularizando os conflitos em um só processo. Sob esta última perspectiva, há quem veja economia para todos os sujeitos envolvidos: para o autor, que, com uma ação consegue trazer todos os réus; para o tribunal, que não se sobrecarrega com inúmeras ações similares; e para o réu,

⁷⁸⁴ De fato, as *class actions* mostram-se os instrumentos mais importantes para se combater os efeitos maléficos das causas repetitivas nos Estados Unidos.

que, por intermédio de uma defesa única, consegue minimizar os custos de sua defesa⁷⁸⁵. A maior incidência das hipóteses de *defendant class actions* relacionadas à violação de patentes corrobora com esta assertiva⁷⁸⁶, não obstante a tentativa da doutrina de tentar chamar a atenção para afirmá-las como um efetivo instrumento para a defesa dos direitos civis e como forma de controle de constitucionalidade⁷⁸⁷.

De todo modo, esta conclusão não retira as *defendant class actions* o *status* de um potente instrumento de acesso à justiça, para o autor e para o réu. No “*civil rights litigation*”, a proposta é que a ação de classe funcione como um instrumento efetivo de correção de condutas ilícitas praticadas por vários réus, portanto, abarcando, com respeito aos limites do julgado que sofrem restrição em relação à competência jurisdicional, todos aqueles que praticam a conduta que afronta os direitos civis, principalmente as práticas discriminatórias e inconstitucionais. Concordamos com Antônio Gidi que a exigibilidade de deveres da coletividade é tão importante quanto a tutela para a exigibilidade de seus direitos, já que, em ambos os casos, a lesão, em si, é coletiva.

Pelo que podemos inferir dos processualistas que defendem as ações coletivas passivas no Brasil, a garantia de acesso à justiça do autor é objeto central, suplantando até mesmo a racionalidade processual. Como afirmado por Bruno Dantas, a processualística coletiva mira o acesso à justiça, enquanto os novos instrumentos processuais, incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos extraordinários repetitivos, miram a racionalidade processual⁷⁸⁸.

Se o pano de fundo da ação coletiva em nosso sistema é a garantia do acesso à justiça, teremos que analisar, para entender como legítima à ação coletiva passiva, se ela franqueia este acesso a ambas as partes, portanto, à parte autora e à parte ré.

Mas, ao nosso sentir, e diferente do que pode, à primeira vista, parecer, o impulso maior para a construção e sedimentação deste instituto neste momento inclina-se mais para

⁷⁸⁵ “The advantage to plaintiff of bringing all potential defendants together in a single suit is obvious. Courts, too, should welcome defendant class actions, both for their efficiency and because they reduce the likelihood of inconsistent or incomplete adjudication of issues. Defendants who defend as a class could reduce their litigation costs and eliminate some tactical advantages the plaintiff otherwise enjoys (PARSONS, A. Peter; STARR, Kenneth W. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: the unrealized viability of rule 23*, 4 *Ecology L. Q.* (1975). 884.

⁷⁸⁶ ROQUE, André Vasconcelos. *Ob. Cit.* 475.

⁷⁸⁷ ANCHETA, Angelo N. *Defendant Class Action and Federal Civil Rights Litigation. Defendant Class Actions and Federal Rights Litigation.* 33 *UCLA L. Rev.* 283. 283.

⁷⁸⁸ “Enquanto a tutela coletiva se justifica por razões de facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio, a tutela plura-individual visa imediatamente a dois objetivos principais: eficiência do Poder Judiciário e preservação da igualdade perante a lei (*Op. Cit.*, p. 77).

a necessidade de se resguardar o acesso à justiça do réu do que do autor. Na perspectiva do acesso à justiça do autor, como ocorre nos Estados Unidos, a ação coletiva passiva nos parece, a princípio, se tratar de uma falso problema.

Isso porque a numerosidade de litisconsortes passivos no caso concreto raramente se apresentou como óbice ao regular trâmite da ação com larga pluralidade no polo passivo. Não se nega que há julgados que extinguiram ações nas quais os réus, por serem múltiplos, não foram devidamente qualificados ou o foram parcialmente. Mas a ampla maioria das ações, inclusive após a firme jurisprudência do STJ, somada à recente alteração legislativa descritas no artigo 554, § 1º, CPC, se inclinam pela restrição ao direito de defesa em favor do acesso à justiça do autor, sem uma reflexão mais acurada sobre a melhor técnica de se respeitar as garantidas daqueles que figuram no polo passivo.

Não se descarta que, a partir do momento em que se consolida um instrumento efetivo para veicular as situações jurídicas passivas, novas questões, antes represadas por ausência de mecanismo processual efetivo, podem surgir para a defesa de direitos violados por uma coletividade. Se a lesão é coletiva, o instrumento para fazer cessá-la nos é importante, independente se ele é para exigir direitos ou deveres de uma coletividade. Por esta perspectiva, a ação coletiva passiva se torna um instrumento efetivo de acesso à justiça.

Se a reflexão acima é absolutamente válida, até porque se adequa perfeitamente ao conteúdo sociológico atual, defendemos que a discussão premente das ações coletivas passivas perpassa pela sua potencialidade em outorgar as garantias aos membros desta coletividade, diante da flagrante violação de tais garantias quando aplicadas as regras processuais individuais.

Portanto, sem descuidar da potencialidade das ações coletivas como forma de instrumento de racionalidade e economia processual, sem menosprezar a sua potencialidade em também servir como técnica útil e efetiva para a exigibilidade de deveres da coletividade, que podem sim ser grandes violadoras de direitos, defendemos neste trabalho que, diante do cenário atual das ações plurissubjetivas passivas, o mote central para a construção de um modelo de ação coletiva passiva deve estar preconizado na reflexão sobre como garantir o direito de defesa aos réus ausentes, que sequer foram citados na ação, mas cujo provimento jurisdicional serão destinatários. Esta reflexão vem em um momento em que o próprio CPC contempla norma que dispensa expressamente a identificação e citação pessoal de todos os réus quando a numerosidade esbarrar no acesso à justiça do autor (art. 319, § 2º e § 3º, CPC). Busca-se na ação coletiva passiva uma forma de contornar as graves deficiências da processualística individual no tratamento das ações

de múltiplas partes. Partimos, então, do pressuposto que o modelo representativo pode ser mais efetivo, ao menos em sua comparação com o modelo processual atual.

É sobre este prisma que se analisam os possíveis contornos de se construir, de *lege lata* ou de *lege ferenda*, uma ação coletiva passiva, como alternativa legítima para o respeito e equilíbrio das garantias nas ações que versam sobre os conflitos fundiários.

6.4. Linhas Conclusivas sobre os Institutos que perfazem as Ações Coletivas Passivas

Uma vez apresentado o panorama, o posicionamento e as controvérsias existentes na doutrina sobre o tema em nosso país, passamos a fazer algumas considerações deste trabalho sobre os institutos das ações coletivas passivas.

Em primeiro lugar, é importante deixar claro que, quando mencionamos a expressão “ação coletiva passiva”, não estamos falando em importação das *defendant class actions* norte-americanas. O estudo comparado feito demonstrou claramente a resistência que aquele tipo de ação ainda enfrenta nos Estados Unidos, os contextos sociais e políticos diversos do Brasil, com consequências diretas na técnica e nos valores processuais, e as diferenças que ainda existem entre o *civil law* e *common law*. Portanto, a reflexão sobre a ação coletiva passiva em nosso país tem como desafio a construção de um procedimento justo e garantista para a solução de situações jurídicas passivas, que, como já largamente frisado, são uma realidade incontestada em nosso país.

Para iniciar esta reflexão, é inescapável a primeira indagação: podemos extrair de nosso ordenamento jurídico posto a ação coletiva passiva ou se faz necessária alteração legislativa para tanto?

Neste estágio do trabalho, ainda não temos uma resposta definitiva a esta indagação para todas as hipóteses de direito material, vez que eventual resposta positiva passa pela análise detalhada do procedimento, que está condicionado às idiossincrasias do direito substancial, e, ainda, se este procedimento passa pelo crivo do devido processo legal constitucional. Assim, a melhor resposta a esta indagação neste estágio é a de que nossa legislação não é, a princípio, refratária às ações coletivas passivas. Se por um lado é certo que nosso ordenamento jurídico não tem previsão legislativa específica sobre o tema, por outro, não há impedimento legal ou normativo que ilida a sua permissibilidade. Ao contrário, o artigo 83 da Lei 8.078/90 deixa claro a escolha pela atipicidade da tutela coletiva, firme no substrato da lesão jurídica a um bem coletivo.

Tem-se, ademais, que a afirmação de que, sem normativa específica, a aplicação do processo coletivo passiva representará uma liberdade muito ampla do Poder Judiciário de criar procedimentos não é verdadeira. Em primeiro lugar, o momento é justamente de um maior espectro de liberdade para a flexibilização procedimental, não apenas às partes, mas também mais poder ao órgão julgador de ajustar o procedimento, de modo a servir a uma justiça mais rente ao caso concreto. Vale lembrar que o maior empoderamento do magistrado nos litígios de interesse público já é defendido pela doutrina há tempos⁷⁸⁹.

No mais, o reconhecimento de *lege lata* das ações coletivas passivas não significa a conclusão de que está dispensada alteração legislativa para melhor regulamentá-la. As lacunas normativas em relação à matéria são evidentes e acabam por se tornar a causa da inefetividade processual e de insegurança jurídica. Neste sentido, a pertinência de melhor regulamentação deste instituto, de modo a torná-lo mais harmônico e seguro, é questão uníssona na doutrina. Percorrer os trilhos da regulamentação processual representará um avanço importante para o nosso Direito Processual coletivo.

Mais uma vez, a defesa da possibilidade da ação coletiva passiva não dispensa a reflexão sobre os parâmetros e os vetores que possam conduzir tal modelo com a previsibilidade e segurança jurídica que se espera de qualquer procedimento. Sem dúvida alguma, não se mostra prudente a possibilidade de litigar em face de interesses transindividuais, sem antes ter certeza de que tal procedimento concretiza valores constitucionais, em especial o direito de ação e o acesso à justiça⁷⁹⁰. Se estamos refletindo a ação coletiva passiva como uma alternativa para cessar as garantias processuais de ações plurissubjetivas passivas, precisamos ter certeza, ao menos, que a coletivização é a melhor via para atingir este desiderato quando comparada com a processualística individual.

E, justamente acerca do procedimento, para entendê-lo ou não como justo, emerge uma segunda pergunta: é possível traçar um procedimento único a todos os casos de situações jurídicas passivas em juízo?

Ponderamos que a resposta a esta pergunta perpassa pela necessidade inicial de identificação da diversidade de direitos materiais subjacentes a este tipo de conflito e a realização de pesquisas qualitativas, como o estudo de casos, que permitam uma conclusão mais segura sobre a possibilidade de se estabelecer um procedimento padrão a todos estes

⁷⁸⁹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara *et al* (coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷⁹⁰ VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis. Op. Cit. Introdução.

litígios, independente do direito substancial que lhe é subjacente. Ressaltamos que, sem tal pesquisa, parece-nos arriscado uma afirmação genérica sobre institutos processuais importantes e decisivos para se resguardar os corolários do devido processo legal, como, por exemplo, a legitimação de agir.

Portanto, sem a pretensão de estabelecermos conclusões definitivas, tampouco genéricas, sobre as ações coletivas passivas, passamos a seguir a fazer algumas reflexões acerca de determinados institutos técnicos, inclusive, como fase preliminar para então tecermos o nosso entendimento acerca da técnica e dos princípios que devem vigor os procedimentos que dimensionam os litígios fundiários, caracterizados pela coletividade no polo passivo.

Iniciemos com a legitimação coletiva passiva. Neste caso, como bem ressaltado pela doutrina, o modelo baseado em presunções legais cai por terra. Faz-se imprescindível que a atenção se volte ao efetivo potencial do legitimado de se mostrar um representante adequado no caso concreto. E, justamente diante da variedade da natureza do bem jurídico, revela-se difícil definir, aprioristicamente e em abstrato, um rol taxativo de legitimados.

Neste aspecto, a experiência norte-americana pode também nos ajudar a refletir sobre a legitimação individual para as ações coletivas, não apenas para as ações coletivas passivas, mas também para as ações coletivas ativas, sendo que, neste último caso, já tivemos a oportunidade de defendê-la, sob o fundamento de uma maior democratização do processo coletivo, mormente diante de seu potencial de servir de controle de políticas públicas⁷⁹¹.

Os Código Modelo de Processo Coletivo do IBDP, como visto, prevê, como legitimada passiva uma coletividade organizada, ainda que sem personalidade jurídica. Ao nosso sentir, a proposta acerta ao entender como desnecessária a dispensa de a coletividade ser revestida de personalidade jurídica, mas, por outro lado, discordamos da exigência de organização prévia, pois este requisito pode infirmar a potencialidade deste instrumento processual. Não se desmerece o fator organizacional, afinal, se ele está presente, os interesses comuns daquele grupo também estão. Mas, como dito, esta exigência excluía muitos casos de plurissubjetividade passiva ampla, permanecendo com uma larga lacuna aberta. Ademais, haveria muita controvérsia sobre o conceito do termo “organização”. Os moradores de uma determinada área, por exemplo, que não têm associação constituída,

⁷⁹¹ CARVALHO, Sabrina Nasser. *Processos Coletivos e Políticas Públicas*. Op. Cit., pp. 179-185.

tampouco realizam reuniões entre si, são ou não organizados? A resposta é difícil de se obter e este conceito indeterminado seria objeto de infindável controvérsia.

Não se ignora a possibilidade de sociedades ou associações de fato⁷⁹², em que há uma organização prévia clara e os membros estão vinculados por interesses comuns, ainda que tal entidade seja despida de personalidade jurídica. Esta coesão, como mencionado, é, por si só, uma importante indicação de existência do grupo. Atrás desta organização há, pelo menos, um líder que é responsável por agregá-la e que será capaz de defender os interesses desta coletividade, já que os interesses estarão afinados, sendo, assim, mais fácil se extrair um representante adequado. Daí, portanto, a possibilidade desta coletividade ter personalidade judiciária⁷⁹³ e figurar o polo passivo da lide, desde que observada a representatividade adequada.

Ainda assim, mais adequado seria permitir as ações coletivas passivas quando for possível delinear a coletividade ré, por estar este agrupamento interrelacionado em razão de algum vínculo fático ou jurídico que os une e, cumulativamente, quando for possível extrair um representante adequado⁷⁹⁴. Isso porque o fator organizacional e os interesses comuns podem ser impulsionados após o ajuizamento da ação, mormente diante da publicidade exigida neste tipo de ação.

De todo, se há associação constituída em torno desta coletividade, a legitimação coletiva já está posta, ou, ao menos, é possível falar em presunção relativa desta legitimação. As associações são verdadeira expressão da sociedade civil e dos anseios sociais e, como tal, revelam-se, ao menos em tese, o ente mais adequado para ser eleito como legitimado extraordinário por substituição processual, afinal, representam a sociedade civil organizada. Falamos em presunção relativa, pois há casos em que a associação existe formalmente, mas não há qualquer elemento subjetivo de vínculo comum em relação aos seus membros ou, mesmo, é completamente esvaziada, sem participação de interessados. Neste caso, não há como afirmá-la como porta-voz desta coletividade. Estas

⁷⁹² MAIA, Digo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 87.

⁷⁹³ Personalidade judiciária pode ser traduzida na aptidão para ser parte, independentemente da existência ou não de personalidade jurídica, nos termos do Código Civil (TESHEINER, José Maria Rosa. *Ações Coletivas Pró-consumidor*. In: *Ajuris*, Porto Alegre, (54): 75-106, mar. 1992).

⁷⁹⁴ Este parece ser a proposta veiculada no Código Modelo da UERJ/UNESA (art. 42) e do Código Modelo para os países da Ibero-América (art. 32), os quais dispõem: “Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado (...)”. O dispositivo dá a entender que a ação coletiva passiva está autorizada se houver uma coletividade organizada ou se tiver um representante adequado.

observações apenas reforçam a necessidade de controle da representatividade adequada *ope judicis*, sem todos os casos.

Malgrado o reconhecimento da importância das associações, não há como elencá-las como as únicas legitimadas coletivas passivas. Esta exigência também reduziria drasticamente as possibilidades de ações coletivas passivas, mormente considerando o baixo grau de associativismo de nosso país. Por esta razão, nos mantemos firmes na combinação entre possibilidade de delineamento de classe e a possibilidade de se identificar um representante adequado para que a ação coletiva passiva possa ganhar contornos mais fortes.

Da mesma forma, não há razão para excluir, *a priori*, os legitimados coletivos da ação coletiva ativa (art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85). O argumento de que tais entes e órgãos públicos têm a função de defender os direitos coletivos, apenas corrobora para reafirmar a sua legitimação e não para excluí-la. Refletir sobre a pertinência das ações coletivas passiva não é apenas pensar em uma maneira de impor limites a um direito coletivo. Ao contrário, trata-se de uma das formas de delimitar os legítimos contornos deste direito coletivo, corrigindo abusos e desvirtuamentos e, em consequência, concorrer para torná-lo ainda mais efetivo⁷⁹⁵. Neste sentido, eleger representantes adequados que têm reconhecida importância no cenário dos direitos coletivos para falar em nome da coletividade, inclusive para defendê-la, não parece ser despropositado.

Estamos falando da do Ministério Público (art. 5º, I, Lei 7.347/85), da Defensoria Pública (art. 5º, II, Lei 7.347/85) ou de entes despersonalizados da Administração Pública (art. 82, inciso III, CDC), como o Procon. É certo que eles não são necessariamente os representantes obrigatórios da coletividade, mas, a depender do caso concreto, funcionam como perfeitos representantes da coletividade ré, pois podem contribuir, adequadamente, para a defesa do exercício legítimo do direito de uma coletividade, proporcionando, ainda, adequado acesso à justiça aos réus. Mais à frente, demonstraremos que, no caso dos conflitos fundiários, o Ministério Público e a Defensoria Pública podem funcionar como adequados representantes.

⁷⁹⁵ Neste sentido, Camilo Zufellato: “As ações coletivas servem para reger o exercício de um direito coletivo. Se a decisão judicial impuser limitações a um direito transindividual significa que esta é a exata medida do exercício desse. Assim, a ação coletiva não tem como escopo trazer danos aos direitos transindividuais, mas sim corrigir desvirtuamentos ou abusos no momento da efetivação destes. Em sendo julgado procedente o pedido, quem receberá imposições restritivas serão aqueles que exercem mal o direito transindividual e não o próprio direito em si; esse terá encontrado, no provimento jurisdicional, sua exata medida de concreção” (*Ação Coletiva Passiva no Direito Brasileiro: necessidade de regulação legal*. Op. Cit., p. 92).

Defender uma amplitude maior dos legitimados extraordinários, como estamos fazendo, leva à conclusão inescapável de que a representatividade adequada, requisito integrante da legitimação, ou melhor, seu controle *ope judicis*, é ponto chave para a eleição do legitimado extraordinário. Daí porque este requisito passa a ser a essência do instituto da legitimação nas ações coletivas passivas.

Neste aspecto da representatividade adequada, como a ideia é que ela seja objeto de controle judicial, temos ainda a possibilidade de contar com a fiscalização dos substituídos. Conceber uma ação representativa não quer dizer excluí-los. A participação se dará *pele* processo, o que não representa uma alienação dos verdadeiros destinatários da decisão. Isso quer dizer que a preocupação com a informação dos membros do grupo no momento da cognição plena da fase de conhecimento é essencial.

De todo modo, não nos parece que a intervenção individual dos membros substituídos lhes seja defeso. Como adiantado, eles poderão intervir em caso de ausência de representação adequada, inclusive para fazer o controle deste requisito intrínseco à legitimação.

No que pertine à coisa julgada, concordamos com a grande maioria da doutrina de que ela deve se fazer *pro et contra*, portanto, não deve ser aplicada a dinâmica descrita no artigo 103 do CDC. Isso porque a flexibilização descrita no referido dispositivo iria levar a uma completa inefetividade do instrumento⁷⁹⁶, já que retira os membros individuais do grupo de estarem automaticamente vinculados e incluídos⁷⁹⁷.

É certo que, neste aspecto, a representatividade adequada também se mostra um componente primordial, uma vez que, ausente este requisito, os membros do grupo poderão exercer o seu direito de resistência, afastando a sua vinculação ao julgado. Não há dúvidas de que a defesa de um viés mais utilitarista do processo passa por um rigorismo maior na defesa e garantia processual. Daí decorre uma compatibilização entre a racionalidade dos institutos processuais e a proteção dos direitos individuais e, conseqüentemente, o equilíbrio do pêndulo da justiça entre as partes.

⁷⁹⁶ Daí porque a proposta do Código Modelo para os países Ibero-américa é criticada: “La técnica utilizada por el Código Modelo irá probablemente restringir la utilización de la acción colectiva pasiva (...) a procesos dirigidos contra una amplia colectividad de personas. Si la colectividad es pequeña, es probable que todos – o casi todos – los miembros del grupo se rebelen en acción propia, contra la eficacia de la sentencia, atomizando la controversia y subtrayendo efectividad a la sentencia colectiva” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la Teoría de Liebman. In: GIDI, Antônio (coord.). *La Tutela de derechos difusos, derechos colectivos, e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica* México: Porrúa, 2004, p. 259).

⁷⁹⁷ Neste sentido, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari, *Representatividade Adequada nos Processos Coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 153.

Portanto, neste ponto, os efeitos da coisa julgada estão umbilicalmente ligados à legitimação de agir, mais especificadamente, ao seu requisito da representação. A regra na processualística coletiva é que a coisa julgada não está relacionada com a participação pessoal do indivíduo no processo⁷⁹⁸, mas sim na proteção e defesa dos interesses dos membros do grupo.

Refletir as bases teóricas sobre as quais subjaz a ação coletiva passiva é, sem dúvida alguma, conectar processo com as formações sociais atuais. E, se estas formações sociais coletivas são sujeitos de direitos, não há como negar que também são titulares de deveres, inclusive aqueles atinentes à observância dos limites do direito exercido. Assim, se não espontaneamente respeitados, fazem-se necessários instrumentos processuais para o controle destes grupos. Esta é uma das funções desempenhadas pelas ações coletivas passivas, vistas, por muitos, como a função mais importante⁷⁹⁹.

Sem negar a assertiva acima, o presente trabalho propõe uma nova perspectiva para as ações coletivas passivas: diante do retrato atual de ausência de mecanismos processuais para lidar com a impraticabilidade do litisconsórcio necessário passivo, o método de coletivização apresenta-se como a alternativa para o resguardo das garantias processuais dos réus. Indubitavelmente, para a construção da ação coletiva passiva, as garantias processuais dos substituídos devem ser compreendidas como condições de procedibilidade das ações coletivas, o que significa a disposição de procedimentos rigorosos para esta fiscalização. A coletivização passiva pode apresentar suas dificuldades práticas e teóricas, mas talvez seja a maneira mais honesta e razoável de se fazer olhar para os direitos e garantias dos demandados em larga escala.

⁷⁹⁸ Aliás, coisa julgada não está ligada à participação individual no processo. A sua extensão é uma escolha política legítima do sistema acerca do quão desejável é o valor segurança jurídica e pacificação social (KALVEN Jr., Harry; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of the class suit. The University of Chicago Law Review. vol. 8. 1940, p. 711.).

⁷⁹⁹ Este é o entendimento de Diogo Campo Medina Maia. *A Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente*. Op. Cit., p. 340).

CAPÍTULO 7 INSTITUTOS REPRESENTATIVOS NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS PLURISUBJETIVOS PASSIVOS

7.1. Institutos representativos no sistema processual

Iniciamos com a ressalva de que os institutos representativos que nos interessa neste momento de estudo apontam para uma nova teoria da representação no sistema processual⁸⁰⁰. Portanto, nossa abordagem não versa sobre a representação em sentido técnico-jurídico do Direito Processual brasileiro, que remete ao consentimento formal e consensual entre representante e representado de delegação de poderes para a defesa do direito em juízo. A perspectiva de análise contempla uma hipótese de um portador ideológico dos interesses de um grupo ou mesmo daqueles que comungam de interesses coesos e convergentes, ainda que não identifiquem este liame subjetivo entre si, de se colocar como porta-voz⁸⁰¹ em juízo dos interesses compartilhados. Foi o que Antônio do Cabral Passo denominou de “procedimentos representativos”, técnicas que, em nome da celeridade, eficiência e acesso à justiça, permitem que certos sujeitos postulem em nome da coletividade atingida, acompanhados de ficções extensivas da coisa julgada aos indivíduos membros da classe que não participaram do julgamento⁸⁰².

Na tutela coletiva, este procedimento representativo é classificado majoritariamente em nossa doutrina como legitimação extraordinária por substituição processual, não obstante mais recentemente haja quem defenda que o instituto da legitimação coletiva deva romper seus vínculos com o direito material, ganhando autonomia suficiente para se tornar exclusivamente um instituto processual. Daí porque alguns estão a classificá-la como legitimação autônoma para a condução do processo⁸⁰³.

De todo modo, independentemente da discussão acerca da natureza jurídica da legitimação coletiva, esta perspectiva de representação processual de um grupo desperta

⁸⁰⁰ CASTELO, Juliana Justo Botelho. *Litigância de Massa: ações coletivas e técnicas de agregação*. Op. Cit., p. 50.

⁸⁰¹ GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Repro* 108/61, out/dez, 2002. São Paulo: RT, 2002, pp. 61-70).

⁸⁰² CABRAL, Antonio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In: *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 63.

⁸⁰³ Sobre a natureza jurídica da legitimação de agir no Direito Processual Coletivo há três correntes doutrinárias: a primeira de Kazuo Watanabe, que defende tratar-se de legitimação ordinária; a segunda, capitaneada por Barbosa Moreira, defende tratar-se de legitimação extraordinária por substituição processual; e a quarta, de gênese alemã, entende tratar-se de legitimação autônoma para a condução do processo. Enquanto às demais buscam explicação na relação entre direito material e processo, a segunda propõe um rompimento destes dois elementos, sob o argumento de que, na processualística coletiva o instituto da legitimação pode tornar-se um instituto eminentemente processual.

reflexões na doutrina acerca da escolha do representante, sobre como ele deve agir para garantir a legitimidade de sua atuação e, ainda, sobre as formas de controle de seus atos em juízo, haja vista que o representante não está a defender direito próprio e sim de uma coletividade.

Há, inclusive, quem busque na teoria da representação das ciências políticas elementos que possam dar mais sustentabilidade a este fenômeno no Direito Processual, por certo, procedendo às devidas adaptações para a sua transposição ao sistema de Justiça. Neste sentido, o paralelo feito por Álvaro Luiz Valery Mirra de que a legitimação para a ação civil pública é uma forma de participação popular semidireta, vez que o poder-dever de reivindicação do bem comum estaria sendo outorgado a entes intermediários, como os órgãos públicos ou a entidades eleitas pelo legislador, os quais estariam autorizados a falar em nome do grupo. De outro vértice, a ação popular seria expressão dos postulados da democracia direta ou participativa, uma vez que o próprio cidadão teria legitimidade para defender, diretamente, direitos difusos, restritos ao espectro da moralidade administrativa, do meio ambiente e patrimônio histórico cultural⁸⁰⁴.

A diferenciação é válida para justificar uma direta ou indireta participação do cidadão na reivindicação do interesse público. Ocorre, no entanto, que todos os procedimentos relativos ao Direito Processual Coletivo contemplam a representação de interesses como base estrutural da legitimação de agir, pautado na classificação de legitimação extraordinária por substituição processual. Mesmo a ação popular, que tem o cidadão como o legitimado exclusivo, pode até ter a sua legitimação mais aberta e democrática quando comparada com a ação civil pública, que encontra na legislação o rol taxativo de seus legitimados, com exclusão da pessoa física. Porém, ambos os procedimentos contêm no instituto da legitimação o viés representativo. A primeira, por intermédio de um cidadão representando todos os demais, titulares do direito difuso. A segunda, os legitimados inscritos no artigo 5º da Lei 7.347/85, representando uma coletividade. A diferença está apenas quanto à escolha do representante, portanto.

⁸⁰⁴ “Quanto ao modelo participativo judicial, tem-se que a participação por intermédio do Judiciário na defesa do ambiente pode variar, em conformidade com o instrumento processual considerado, ora assumindo a forma de participação direta, ora revelando a feição de participação semidireta. A participação judicial direta se dá nas hipóteses em que a legitimidade ativa para a causa é conferida ao indivíduo ou ao cidadão. Já a participação judicial semidireta tem lugar nas hipóteses em que a legitimidade ativa e atribuída aos denominados “grupos ou instituições sociais secundários” – Ministério Público, associações civis, sindicatos etc. -, ou seja, instituições ou organismos que se encontram em posição intermediária entre o povo e os representantes eleitos” (Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42).

Como se observa, não há como pensar na processualística coletiva sem o sistema representativo de interesses. Cuida-se de um elemento obrigatório e inescapável para a efetividade, racionalidade e produtividade do modelo coletivo⁸⁰⁵. E, justamente no enfrentamento desta realidade, o que se mostra pertinente é refletir mecanismos de compensação para a proteção dos direitos individuais, como a flexibilização da coisa julgada para não prejudicar direitos individuais (*secundum eventum litis*), a exemplo do que ocorre em nosso sistema, ou, no caso das *class actions* norte-americanas (B)(2)(3), a adoção do sistema do *opt out*, permitida em uma das espécies de ações coletivas. De todo modo, o sistema processual representativo de interesses continua sendo a via necessária, por ser única, para conduzir as ações coletivas.

O desafio da processualística coletiva sempre foi o de apresentar uma nova forma de litigância, sem esbarar nos corolários do devido processo legal, a que cada indivíduo é titular. Assim, o escopo é fazer uma releitura das garantias processuais sob uma nova ótica, a coletiva, sem desnaturar as conquistas e avanços já sedimentados pelo Estado constitucional e democrático. Desta forma, em vez de participação *no* processo, característica da concepção clássica a individualista, a proposta é que a participação seja feita *pelo* processo⁸⁰⁶. E daí surge uma ampla responsabilidade da estrutura processual em manter os valores garantísticos de um processo comprometido com os preceitos constitucionais. Em outros termos, a proposta está em franquear contornos diferenciados dos institutos, mas que a essência da garantia devida a cada jurisdicionado seja mantida.

Ainda que não exclusivamente por intermédio do Direito Processual Coletivo, a representação de interesses no Processo Civil parece ter se sedimentado e ter galgado mais força com o tempo. É que, também com o tempo, as garantias constitucionais foram

⁸⁰⁵ Por esta razão, discordamos das seguintes afirmações de Edilson Vitorelli: “é certo que representação e processo coletivo sempre andaram juntos, mas isso não significa que exista relação de causalidade, de dependência ou mesmo de sustentação recíproca entre eles. Não há nada que exija que uma demanda coletiva seja processada por intermédio de mecanismos representativos, salvo a inviabilidade fática de sua condução de outro modo. Representação é, antes de tudo, uma solução pragmática e não uma justificativa para a não participação” (*O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 116). Ora, a inviabilidade fática é justificativa suficiente para a adoção da técnica representativa, pois, como o próprio autor citado dispõe: “as normas jurídicas não existem objetiva e inequivocamente, mas apenas dentro da realidade social”. Aliás, a problemática da presente tese subjaz justamente na impossibilidade de participação direta e efetiva de todos os réus no processo, sendo, então, necessária a busca de alternativas processuais que não violem o devido processo legal dos membros ausentes.

⁸⁰⁶ MIRRA, Álvaro Luís Valery. *Participação, Processo Civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. Tese de Doutorado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador Cândido Rangel Dinamarco, 2010, p. 155. Edilson Vitorelli questiona esta afirmação feita pelos processualistas brasileiros, sob o argumento de que, “se alguém não participa de um processo, certamente não poderá participar por intermédio dele” (*O Devido Processo Legal Coletivo*. Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 115).

ganhando contornos diferenciados, impulsionados pela mudança de ideologia de determinado período histórico e pela necessidade do próprio sistema de justiça, que, em razão da multiplicidade de processos, se viu quase que paralisada. Deste modo, aquilo que parecia ser essencial, como o gozo de determinadas garantias pelo espectro individual (“*day in court*”), foi superado em determinados casos em que isso se mostrou possível. E, assim, a garantia do direito de ser ouvido (“*opportunity to be heard*”) ganhou um novo desenho: o direito de ser ouvido por meio de um representante⁸⁰⁷.

A agregação ou coletivização para fins processuais contempla, em maior ou menor medida, a técnica da representação de interesses. É verdade que no Direito Processual Coletivo a questão ganha destaque, pois ela se mantém ativa desde o seu nascimento. O processo, do início ao fim, é regido pela técnica representativa quanto à sua legitimação de agir. Um ente privado, um órgão público ou um cidadão, no caso da Ação Popular, dá início ao processo e segue representando, formalmente, a coletividade que, materialmente, figura no polo ativo, até o fim do processo.

Mas é importante notar que não é apenas a processualística coletiva que se utiliza de institutos representativos. O processamento e julgamento de demandas repetitivas, por exemplo, exigem, da mesma forma, a técnica representativa, por meio do sistema da causa-piloto, ainda que não nos mesmos moldes do que ocorre no processo coletivo. É certo que o instituto da representação não se enquadra no instituto da legitimação extraordinária por substituição processual, até porque não se trata de julgamento de demanda propriamente dita, vez que há cisão entre o julgamento abstrato da tese em discussão⁸⁰⁸. Isso, no entanto, não exclui a técnica representatividade como força motriz de tais instrumentos processuais.

Nos termos do artigo 928 do CPC, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos. Estes instrumentos processuais estão inseridos no sistema de formação de precedentes obrigatórios, mas também se prestam a gerir e decidir demandas em curso, que se encontram sobrestadas, aguardando o julgamento das causas paradigmas. Mesmo o IRDR tem como pressuposto que uma causa esteja sendo processada no tribunal, sendo que, por meio incidental, será julgada a tese jurídica e replicada no

⁸⁰⁷ GIDI, Antônio. A *Class Action* como Instrumento de tutela coletiva dos direitos. Op. Cit, p. 100.

⁸⁰⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. In: ZANETTI Jr., Hermes (org.). *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. vol. 08. Salvador; Juspodivm, pp. 587-588.

juízo do recurso (art. 978, § único, CPC)⁸⁰⁹. Por esta razão, no entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, o IRDR é “uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes”⁸¹⁰, ou seja, técnica para a solução de casos idênticos.

A base que ampara esta técnica de julgamento, tanto no IRDR como nos recursos repetitivos, é a escolha de casos representativos da controvérsia. Deste modo, procede-se à escolha qualitativa de dois ou mais casos, nos termos do artigo 1.036, § 6º, CPC, dispositivo que também deve reger o IRDR, segundo dispõe a doutrina⁸¹¹. Diante da impossibilidade de participação de todos os litigantes, aqueles que forem eleitos, sem prejuízo da intervenção de terceiros, como o *amicus curiae*, que tem o escopo de democratizar e de qualificar o debate processual, deverão exercer o papel representativo no diálogo processual, vez que a tese consolidada será replicada aos demais casos, como dito.

Quanto à técnica de julgamento de casos repetitivos, mais do que mera representatividade, fala-se em *representatividade adequada*⁸¹², remetendo, neste caso, ao requisito tão discutido na prática e na doutrina norte-americana. Isso porque há clara necessidade de qualificar a escolha destes representantes das teses a serem defendidas, de modo a reduzir a possibilidade de eventuais *déficits* argumentativos. Há quem discorde do termo e conteúdo da “representatividade adequada”, mencionando que mais adequado seria “representatividade argumentativa”⁸¹³. De todo modo, há representatividade e há filtros do sistema para garantir a sua qualificação.

Não se descarta que os instrumentos processuais destacados para o julgamento de casos repetitivos não pressupõe grupos ou classes, nos moldes do que ocorre na coletivização processual. Mas não se pode negar que, mesmo nas demandas repetitivas, há interesses comuns compartilhados e coesão quanto à representação argumentativa e

⁸⁰⁹ DIDIER Jr., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. Salvador: Jus PodiVm, 2016, p. 595.

⁸¹⁰ Com este posicionamento, o doutrinador diferencia o IRDR dos mecanismos para a criação de precedentes, mas limita-o a solução de casos idênticos (MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *In: Revista de Processo*. vol. 249. Ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 401).

⁸¹¹ Segundo Antonio do Passo Cabral, esta regra deve ser aplicada por analogia ao IRDR (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao art. 982. *In: Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. n. 2.3, p. 1.438).

⁸¹² Sobre o procedimento de escolha das causas-piloto, o entendimento de Antônio do Passo Cabral: “Ao lado da pluralidade de sujeitos e a maior possibilidade de canais de participação, entendemos ser interessante que se pense também na *representatividade* destes sujeitos. Aqui usamos o termo “representatividade” no sentido norte-americano das class actions. E, por este parâmetro, pensamos que devam ser preferidas, para seleção como processo-piloto, as demandas coletivas às individuais” (A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *In: Revista de Processo*. vol. 231. Maio de 2014, p. 220) (pp. 201-223).

⁸¹³ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 152.

dialógica em favor da tese que se pretende formar para aplicação automática nas demandas em curso e para a constituição de precedentes.

O que se pretende demonstrar é que, nestes casos, de demandas repetitivas que refletem direitos individuais massificados, a técnica representativa foi uma escolha político-legislativa do ordenamento jurídico com vistas a racionalizar o sistema, ainda que realizada por intermédio de outras vias processuais que não a substituição processual utilizada pelo Processo Coletivo. De outro lado estão os direitos essencialmente coletivos, marcados pela indivisibilidade, em que a técnica representativa mostra-se, então, a única via para se tornarem justicáveis⁸¹⁴. Neste último caso, estamos falando de meios para se alcançar o efetivo acesso à justiça destes direitos que, pelo formato da legitimação na processualística individual, mantêm-se sub-representados.

Pelo que foi exposto, é forçoso reconhecer que a agregação ou coletivização de litígios deve contemplar, necessariamente, a técnica de representação de interesses, preservando a relação dialógica exigida no processo, ainda que não direta, mas qualificada e esperada pelos jurisdicionados, que terão seu patrimônio jurídico atingido por determinada decisão. Busca-se, assim, a revisitação de mecanismos participativos por um viés mais amplo e aberto, com o compromisso de não infirmar a pluralidade e o potencial de influenciar o órgão julgador. Sem desnaturalizar a essência do contraditório, portanto.

Como afirmou Owen Fiss ao interpretar a Constituição norte-americana, o que está garantido não é “um dia na corte”, mas sim a representação adequada de interesses⁸¹⁵. Podemos também buscar inspiração nesta perspectiva para interpretarmos a garantia do artigo 5º, XXXV, CF/88, pois a representação de interesses para fins processuais pode servir não apenas para desafogar o Poder Judiciário, mas principalmente para expandir o acesso à justiça, que continua sendo um problema central no sistema de justiça de nosso país, principalmente para os mais pobres, que sequer conseguem adentrar as portas do Judiciário.

Destarte, considerando que o Processo Civil contempla técnicas representativas em diversos institutos e que a questão já se encontra consolidada como técnica legítima em nosso ordenamento jurídico, não há razão para negar a sua aplicação nas ações coletivas

⁸¹⁴ Ainda que se entenda possível as ações pseudoindividuais (ações formalmente individuais, mas materialmente coletivas), ainda assim elas necessitam da técnica representativa, pois um indivíduo estará representando todos os demais e os efeitos objetivos da coisa julgada serão *pro et contra*, vinculando a todos.

⁸¹⁵ FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 215.

passivas. O que se faz necessário é repensar na melhor forma de moldá-las para que preservem uma efetiva participação *pele* processo. E atingir este desiderato é, reconhecidamente, um grande desafio.

7.2. Novo CPC e a previsão de intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública nos litígios coletivos de posse: a controvérsia doutrinária sobre a sua natureza jurídica

Em recente pesquisa de opinião realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público⁸¹⁶, a Defensoria Pública e o Ministério Público foram consideradas, respectivamente, a primeira e a segunda instituição mais importantes do país. Nesta mesma pesquisa, a Defensoria Pública aparece como a segunda instituição mais confiável, atrás apenas das Forças Armadas. O Ministério Público classifica-se logo em seguida, em terceiro lugar. E, em um momento de grave crise política, financeira e ética que vive o país, chama a atenção outro ponto da pesquisa: houve um aumento do nível de confiança destas duas instituições do período de 2014 a 2017, o que demonstra o grau de consolidação e maturidade conquistados pelos dois órgãos e sua inegável essencialidade para as bases do Estado Democrático de Direito.

Em que pese a origem do Ministério Público ser bem anterior⁸¹⁷, foi a Constituição de 1988 que redesenhou as suas funções, incumbindo este órgão de missões de alta relevância política e social, como a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais disponíveis⁸¹⁸, atribuindo-lhe o *status* de instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Já a Defensoria Pública é mais nova e foi prevista, originalmente, na Constituição de 1988. No entanto, acabou por se tornar um dos símbolos da inefetividade de uma norma constitucional. No Estado de São Paulo, por exemplo, Estado mais rico da Federação, a sua criação se deu com 18 anos de atraso⁸¹⁹, enquanto no Estado de Santa Catarina a criação ocorreu tão somente no ano de 2012⁸²⁰. E, como já abordado, ainda que atualmente todos

⁸¹⁶ Relatório da Pesquisa de Satisfação e Imagem do CNMP – 2017. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf. Acesso em 17/10/2017.

⁸¹⁷ A previsão do Ministério Público remonta as Ordenações Manuelinas, em que havia o “promotor de justiça da casa de suplicação”, já com previsão de função acusatória e fiscalizatória. De todo modo, o órgão apenas constou expressamente na Constituição Federal de 1934.

⁸¹⁸ Artigo 127 da CF/88.

⁸¹⁹ Lei Complementar estadual de 988/2006.

⁸²⁰ Lei Complementar 575/2012.

os Estados a tenham criado, os órgãos não estão institucionalizados em todas as Comarcas⁸²¹ e, em outros casos, a sua presença é marcada por uma estrutura deficiente e insuficiente para absorver a demanda. Por esta razão, o mandamento constitucional do modelo público de acesso à justiça segue sendo descumprido. Malgrado as dificuldades estruturais, a missão institucional de garantir os direitos humanos à população carente, nos termos do artigo 134 da Constituição Federal, lhe garante *status* social e político para se manter entre as instituições mais importantes do país, conforme pesquisa citada.

Com vistas a atender a missão que lhes foi constitucionalmente outorgada, Ministério Público e Defensoria Pública desempenham específicas e particulares atribuições. Mas há um ponto de sobreposição entre as funções exercidas por estas duas instituições: a legitimidade concorrente e disjuntiva para o ajuizamento de ações civis públicas⁸²². Por este instrumento coletivo, é possível trazer à análise do poder jurisdicional questões de largo espectro político e de profundo impacto social. Diante da potencialidade do processo coletivo de servir à revisão de uma política governamental e da sindicabilidade de direitos fundamentais⁸²³, este instrumento processual erige-se como um mecanismo de exercício da democracia participativa⁸²⁴. E, como também já afirmado, é por meio das ações coletivas que o direito à moradia e o direito à terra encontram maior potencial para se perfazerem efetivos quando submetidos ao crivo do Poder Judiciário⁸²⁵. Daí decorre a relevância das duas instituições para a busca de uma solução justa aos conflitos fundiários, urbanos e rurais, seja quando a coletividade se posiciona no polo ativo da demanda, substituída pelos referidos órgãos, seja quando a coletividade é posta em situação jurídica passiva.

Esta destacada importância do Ministério Público e da Defensoria Pública não passou despercebida pelo Código de Processo Civil de 2015. É o que se infere das diversas menções no diploma processual a ambos os órgãos, inclusive com a garantia de legitimidade para institutos processuais de larga relevância, a exemplo do incidente de

⁸²¹ O único Estado em que a Defensoria Pública consegue absorver toda a demanda de assistência jurídica gratuita é o Rio de Janeiro.

⁸²² A legitimidade do Ministério Público está prevista no artigo 5º, inciso I e da Defensoria Pública no artigo 5º, inciso II da Lei 7.347/85.

⁸²³ Cf. CARVALHO, Sabrina Nasser. *Processos Coletivos e Políticas Públicas*: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática. São Paulo: Contracorrente, 2016.

⁸²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como Instrumento de controle das chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública*: lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: RT, 2002, pp. 790-791).

⁸²⁵ STROZAKE, Juvelino José. *Acesso à Terra e a Lei da Ação Civil Pública*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Pontifícia de São Paulo, 2006. *passim*.

resolução de demandas repetitivas⁸²⁶, inovação processual e uma das principais apostas de instrumentos para a formação de precedentes judiciais. Pode-se, portanto, falar em prestígio outorgado pelo CPC em vigor a ambas as instituições, que, como vimos, está alinhavado com o seu respaldo perante a sociedade civil.

De todo modo, é no capítulo das ações possessórias, mais especificamente, nos litígios coletivos de posse, que a previsão de intervenção destes dois órgãos está imbuída de uma forte roupagem social e política.

A menção a estas instituições ocorre em dois momentos. A primeira no artigo 554, parágrafo primeiro, CPC, que determina a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública nas ações possessórias em que figure um grande número de pessoas. Há uma ressalva atinente à Defensoria Pública, que somente deve intervir se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica. Mais à frente, o artigo 565, CPC, que discorre sobre o procedimento do litígio coletivo pela posse do imóvel, dispõe em seu parágrafo 2º que o Ministério Público e a Defensoria Pública devem ser intimados a comparecer à audiência de mediação, fazendo nova ressalva quanto à Defensoria Pública, pois condiciona a sua intervenção quando houver parte beneficiária da justiça gratuita.

Conforme já afirmado, a intervenção dos órgãos nesta modalidade de litígio foi reivindicação dos próprios movimentos sociais, que viam na participação das referidas instituições no debate processual uma forma de reforçar o impacto de natureza pública (social e política) dos conflitos fundiários, chamando a atenção para a necessidade de não mais tratá-lo como simples embate entre direitos privados das partes. Havia, portanto, no momento da discussão dos Projetos de Lei que antecederam o CPC/15, uma expectativa dos movimentos sociais de que tanto o Ministério Público, como a Defensoria Pública, pudessem contribuir, propositivamente, no debate processual, principalmente para prevenir a violação de direitos humanos nas desocupações compulsórias.

Mas, como se deve dar esta atuação no caso concreto? Quais os limites e qual a finalidade dessa intervenção?

A previsão normativa não veio acompanhada da descrição da natureza jurídica da atuação da instituição, tampouco da menção sobre seus os poderes processuais. Desta forma, a omissão acaba por delegar à jurisprudência e à doutrina o encargo de suprir as lacunas legais.

⁸²⁶ Artigo 977, inciso III do CPC.

No âmbito doutrinário, grande parte dos manuais de Processo Civil apenas destaca a previsão legislativa de intimação destes dois órgãos públicos, sem qualquer preocupação em discorrer sobre os seus poderes processuais ou sequer abordam como deve se dar a sua forma de atuação. Entre aqueles que se arriscam a definir a sua natureza jurídica, encontramos opiniões das mais diversas.

Antes de passarmos para as posições defendidas pela doutrina sobre a natureza jurídica desta modalidade de intervenção, necessário se faz analisar outros dispositivos processuais que também versam sobre a intervenção destes dois órgãos nos litígios coletivos de posse.

O artigo 178, do CPC dispõe sobre as hipóteses de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei. O inciso III deste dispositivo determina que o órgão intervenha no *munus* de *custus legis* nos processos que envolvem litígios coletivos pela posse rural ou urbana. Portanto, a intimação do Ministério Público para participar dos atos processuais é imprescindível em todo conflito possessório coletivo, sob pena de nulidade processual.

Em relação à Defensoria Pública, há outra peculiaridade, que já foi abordada neste trabalho, mas vale a revisitação. Vimos que é atribuição ordinária desta instituição a função de curador especial, nos termos do artigo 72, parágrafo 1º do CPC. Assim, haverá intervenção da Defensoria Pública nos litígios coletivos da posse, na qualidade de curador especial, após a citação por edital de parte da coletividade não encontrada, ainda que o oficial de justiça tenha realizado a citação daqueles que estavam no local na única oportunidade que foi à área objeto do conflito (art. 554, § primeiro, CPC).

Além de curador especial, não há dúvidas de que a Defensoria Pública poderá atuar na elaboração da defesa de eventuais réus que sejam hipossuficientes econômicos e que busquem e escolham a instituição para o exercício de sua garantia de acesso à jurisdição de forma integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF/88). Cuida-se de outra função tradicional da instituição.

Portanto, nas hipóteses acima citadas, a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública é incontroversa: *custos legis*, curador especial e representante judicial, respectivamente. Por se tratar de institutos processuais tradicionais nestes dois casos, não há dúvidas quanto aos seus deveres, poderes e faculdades processuais. A discussão que se faz necessária é se o artigo 554, parágrafo primeiro e o artigo 565, ambos do CPC, criaram ou não uma modalidade diversa de intervenção destes dois órgãos ou, ao contrário, se apenas ratificaram estas suas funções já tradicionalmente previstas aos órgãos públicos.

Daniel Amorim Assumpção Neves é um dos que entendem que a previsão legal não trouxe qualquer novidade. Para ele, tais dispositivos vão reafirmar a função do Ministério Público como fiscal da lei⁸²⁷.

Marcelo de Oliveira Milagres também vê a intervenção do Ministério Público nos litígios fundiários, individuais ou coletivos, quando há interesse público ou social, no *munus* de fiscal da lei, ressaltando, segundo o autor, que o escopo é tutelar direitos fundamentais que estão em jogo, como os de ordem ambiental e urbanística⁸²⁸.

Adroaldo Furtado também compreende o Ministério Público como “fiscal da lei” nestas hipóteses legais em análise⁸²⁹. Mas seu entendimento perpassa pela necessidade de intervenção deste órgão não apenas em razão da multiplicidade de réus, mas, principalmente, em razão do desconhecimento da identidade deles. Assim, ainda que haja muitos os réus, se todos estiverem identificados, não há razão para a referida intervenção, na visão do autor, pois se tratará de litisconsórcio multitudinário, que dispensa o procedimento especial do litígio coletivo de posse. Portanto, na visão Furtado, não é o número de réus que determina a imprescindibilidade de intimação do Ministério Público, mas a condição de réus incertos⁸³⁰. Ao que parece, o entendimento do autor é de que o órgão intervenha para reduzir o impacto das garantias processuais da parte ré de não identificação e citação pessoal de cada um daqueles que compõe o polo passivo.

Também compartilham do entendimento de que a intervenção do Ministério Público deve se dar na qualidade de fiscal da lei Luiz Guilherme Marinoni⁸³¹ e Nelson Nery⁸³².

O que se percebe é que a doutrina, majoritariamente, reafirma as funções tradicionais do Ministério Público, classificando-a, neste caso, como *custos legis*. Por este entendimento, os artigos 554, parágrafo 1º e 565, ambos do CPC, apenas ratificam o quanto disposto no artigo 178, III do CPC.

⁸²⁷ *Novo CPC: inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2016, p. 372.

⁸²⁸ Ações Possessórias e o Ministério Público. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (org.). *Repercussões do Novo CPC: Ministério Público*. Salvador: Jus PodiVm, 2017, pp. 350-352.

⁸²⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 932.

⁸³⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al] *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1517-1518.

⁸³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. vol. 03: Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 187.

⁸³² NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1504.

No caso da Defensoria Pública, a polêmica é maior, pois o referido órgão poderia atuar também como representante postulatório da parte.

Justamente, pautado nesta função mais tradicional da Defensoria Pública, de assistência judiciária da parte hipossuficiente, Adroaldo Furtado afirma que a intimação prevista no artigo 554, parágrafo único, CPC, se presta a possibilitar que os demandados identificados e citados possam gozar de patrocínio jurídico. Segundo o autor, “a atuação da Defensoria, portanto, suprirá a insuficiência econômica dos possíveis réus e a insuficiência jurídica dos revéis, igualmente conhecidos”. Daí a conclusão do autor de que a previsão da intervenção da Defensoria Pública neste dispositivo é de inutilidade gritante, pois decorreriam de sua função ordinária e, portanto, pelo curso natural do processo, esta instituição já seria provocada a participar do litígio⁸³³. Esta posição também é compartilhada por Daniel Amorim Assumpção Neves, que não vê nos dispositivos que preveem a intervenção da Defensoria Pública nos litígios coletivos de posse nenhuma novidade⁸³⁴.

A posição acima leva a conclusão de que, caso a coletividade já tenha constituído advogado, a intimação e atuação da Defensoria Pública seria desnecessária, pois os integrantes do polo passivo já teriam a suas garantias processuais advindas da representação postulatória devidamente resguardadas.

Contudo, outras posições mais inovadoras, que olham a instituição por outra perspectiva e com novos olhares, surgem na doutrina.

Para José Augusto Garcia de Sousa, o CPC/15 deseja a participação da Defensoria Pública neste tipo de demanda, ainda que os réus estejam devidamente patrocinados nos autos por advogado particular. O autor justifica a sua posição preconizado sobre a profunda densidade social que se revestem tais demandas, as quais, segundo ele, não podem ser compreendidas por um olhar meramente técnico. Esta interpretação, segundo Sousa, coaduna-se com tratamento diferenciado dado pelo CPC/15 a tais ações e anda de mãos dadas com a trajetória evolutiva da instituição, que a leva também a assumir papéis não tradicionais⁸³⁵ nos dias atuais.

⁸³³ *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda [et al]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1518.

⁸³⁴ *Op. Cit.*, p. 372.

⁸³⁵ A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: novos caminhos e responsabilidade para uma instituição enfim essencial. In: *Revista de Direito Processual da UERJ*. JARDIM, Afrânio Silva [et al]. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, pp. 251-312.

Nesta mesma linha, parte na doutrina também defende que a previsão legal de intervenção da Defensoria Pública vem ao encontro do reequilíbrio entre as partes processuais. Deste modo, consoante ao quanto apontado neste estudo, alguns autores reconhecem que a parte passiva nos litígios fundiários está revestida de vulnerabilidades de diversas ordens e, portanto, ainda que tenham advogado constituído, estão em desvantagem processual.

Frederico Rodrigues Viana de Lima bem sintetiza as vulnerabilidades:

Não são raras as situações em que as ações possessórias atingem grupo elevado de pessoas, a maioria ou a totalidade de carentes, cuja vulnerabilidade extrema, advinda não apenas da pobreza, mas também da delicada e crítica situação processual que vivenciam, recomenda ao legislador a adoção de uma postura estatal mais ativa. Aliando-se a isso, a própria ignorância, infelizmente natural, a respeito da titularidade dos direitos fundamentais mais básicos (dignidade da pessoa humana, direito à moradia, assistência jurídica integral e gratuita e, ainda, o fato de que nestas ocasiões a parte com que litigam costuma deter grande poderio econômico, social e político, a cientificação da Defensoria Pública representa um viés social digno de aplausos⁸³⁶.

Outro entendimento sugere que, caso o defensor, ao comparecer na audiência de mediação, verifique a adequada representação dos interesses da coletividade pelo advogado constituído, sem identificar qualquer traço de desequilíbrio processual, poderá se manter inerte. A intervenção somente se daria caso ele assumisse o papel de assistente simples da parte para reequilibrar o embate processual existente⁸³⁷, repisa-se, o que ocorreria apenas se o caso concreto denotar desequilíbrio entre as partes.

A propósito, a posição de que a Defensoria Pública iria atuar como assistente simples não é inédita, vez que é possível visualizar julgados consistentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, antes mesmo do CPC/15, que admitiam a intervenção da Defensoria Pública a título de assistente simples, inclusive nos casos de litígios de posse ou mesmo outra modalidade de ação quando uma coletividade está no polo passivo da lide⁸³⁸. Assim,

⁸³⁶ LIMA, Frederico Rodrigues Viana. Um Novo Processo Civil para uma nova Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Repercussões do Novo CPC: Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 354.

⁸³⁷ PORTO, José Roberto Sotero de Mello; CAMPOS, Rodrigo Sardinha de Freitas. Questões sobre a atuação da Defensoria pública nas Ações Possessórias. In: *Revista Eletrônica CONJUR*. Publicado em 13/04/2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/tribuna-defensoria-questoes-atuacao-defensoria-aco-es-possessorias> Acesso em 20/10/2017.

⁸³⁸ “Reintegração de posse. Decisão que considerou desnecessária a intervenção da Defensoria Pública. Liminar de reintegração deferida. Agravo de instrumento. Inteligência do artigo 4, incisos X e XI, da Lei Complementar 80 de 1994. Funções institucionais da Defensoria Pública que ultrapassam a representação judicial individual de cidadãos necessitados e abarca a tutela de interesses da coletividade e da própria Defensoria Pública. Direito de moradia de famílias em condição de hipossuficiência. Inteligência do artigo

admitida esta hipótese, a Defensoria Pública seria assistente simples da multidão de indivíduos que figuram no polo passivo.

No que pertine mais especificadamente à atuação da Defensoria Pública, há na doutrina quem entenda tratar-se de uma intervenção *sui generis*, pautada sob a vocação política e jurídica da instituição. Mais especificamente, no caso em pauta, a intervenção se dá em razão da relevância que a Defensoria Pública teria no resguardo de direitos relacionados à posse, moradia, do direito à terra, da ordem urbanística sustentável, da reforma agrária. E, assim, a instituição atuaria para ampliar o debate democrático, funcionando como amplificador do contraditório dos interesses da comunidade. Aqueles que compartilham deste entendimento, portanto, acreditam que a Defensoria Pública deve atuar sempre de forma parcial em favor da coletividade ré⁸³⁹. Esta figura foi denominada na doutrina de *custus vulnerabilis*⁸⁴⁰. Cuida-se de figura construída com paralelo com o *custos legis*, porém, com enfoque distinto de atuação. Aqueles que a defendem, afirmam que a atuação da Defensoria Pública ocorreria institucionalmente, em nome de sua missão constitucional. Partindo de uma interpretação aberta dos conceitos jurídicos constitucionais de “necessitados” e “insuficiência de recursos”⁸⁴¹, expressões constantes dos artigos 5º, inciso LXXIV e 134, CF/88, respectivamente, abre-se a possibilidade de intervenção da Defensoria Pública nas causas de relevância social em razão de ampla vulnerabilidade de uma das partes do litígio, que, não necessariamente, se prende ao aspecto financeiro⁸⁴².

554, § 1º, do CPC. Intervenção da Defensoria Pública em litígios possessórios em que figure no polo passivo grande número de pessoas em condição de hipossuficiência. Elementos suficientes a configurar o interesse da instituição em ingressar na lide como assistente litisconsorcial. Posse comprovada. Conjunto probatório. Esbulho. Ocupação que teve início em 2016. Ação distribuída em 21.11.2016. Posse de força nova. Presentes os requisitos da liminar. Inteligência do artigo 562 do CPC. Decisão reformada em parte. Recurso parcialmente provido, com observação” (TJ/SP Agravo de Instrumento Nº: 2232883-89.2017.8.26.0000).

⁸³⁹ MAIA, Maurílio Casas. A Intervenção de Terceiros da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCP: colisão de interesses (art. 4º, a, V, Lei 80/94) e posições processuais dinâmicas. In: MACÊDO, Lucas Burlí (org.). *Coleção Novo CPC. Parte Geral*. Salvador: JuspodVm, 2016, p. 1269.

⁸⁴⁰ “O Estado Democrático de Direito, nos moldes desenhados pela Constituição Federal, não pode prescindir de instrumentos de tutela dos direitos fundamentais, motivo pelo qual a Defensoria Pública, suprimindo histórico déficit com a massa de desvalidos de nosso país, surge como necessário ator voltado ao resguardo de seus interesses, muitas vezes contrapostos ao do Estado e mesmo do Parquet, erigindo-se como *custus vulnerabilis*” (ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto Souza de. MAIA, Maurílio Casas. O Estado defensor e sua legitimidade para os pedidos de suspensão de liminar de segurança e tutela antecipada. In: *Revista de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 40. vol. 239. Janeiro/15, p. 259 (pp. 247-259).

⁸⁴¹ Ada Pellegrini Grinover há tempos defendeu que a expressão “necessitados” e “insuficiência de recursos” deve ser interpretada extensivamente para abranger não apenas a vulnerabilidade econômica mas também organizacional (Parecer sobre legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. In: *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, ano 4, n. 2, jul/dez, 2011). Assim também restou decidido na ADIn 3943, que julgou improcedente o pedido de inconstitucionalidade do artigo 5º, II da Lei 7.347/85, que dispõem sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações civis públicas.

⁸⁴² Neste sentido, o julgamento da ADIn 3.943 perante o STF entendeu que o termo necessitado deve ser interpretado *lato sensu*. Quem perfilha este entendimento, defende que esta intervenção *sui generis* autoriza os poderes recursais e ampla liberdade de manifestação.

Nesta mesma perspectiva, já houve quem denominasse esta modalidade de intervenção de *custus plebis*⁸⁴³, classificando-o como uma intervenção *ad coadjuvandum* em favor do grupo hipossuficiente. Camilo Zufellato, que assim a classificou, entende que esta modalidade de intervenção estaria no meio do caminho entre a ideia do *amicus curiae* e do *custos legis* e deveria ocorrer não apenas nos casos em que a coletividade figura no polo passivo, mas também em todas as ações coletivas que discutam direitos dos hipossuficientes, ainda que a Defensoria Pública não seja a autora da ação, pois tal função coaduna-se com a dimensão política do processo coletivo⁸⁴⁴.

A propósito, sobre a atuação da Defensoria Pública, é importante identificar uma impropriedade técnica, identificada no artigo 565, parágrafo 2º do CPC. O dispositivo condiciona a intervenção da Defensoria Pública na audiência de mediação sempre quando uma das partes for beneficiária da justiça gratuita. O artigo 554, parágrafo 1º, CPC emprega o termo “pessoas em situação de hipossuficiência econômica” para delimitar o espectro de intervenção da Defensoria Pública. Não há dúvidas de que este último termo é mais alargado do que o primeiro e mostra-se bem mais adequado à função da instituição de franquear assistência jurídica integral e gratuita, consoante ao artigo 5º, inciso LXXIV, CF/88.

Sobre este aspecto, a impropriedade técnica acima apontada parece desconsiderar todo o progresso perfilhado pela Defensoria Pública nesta última década. A Defensoria Pública distanciou-se, inclusive topograficamente na Constituição Federal, das funções exercidas pela advocacia para reorientar a sua função à ampliação do acesso à justiça na lógica democrática⁸⁴⁵. Em outros termos, a Constituição Federal, principalmente após a Emenda Constitucional 132/14, redesenhou a sua função para retirá-la de uma amplitude estreita da assistência judiciária e da advocacia dativa e torná-la “instrumento do regime democrático”, com a incumbência de exercer a “promoção dos direitos humanos”, utilizando-se as expressões do artigo 134, CF/88, alterada pela EC 80/14⁸⁴⁶. Destarte, a

⁸⁴³ ZUFELLATO, Camilo. A participação da Defensoria Pública nos processos coletivos de hipossuficientes: da legitimidade ativa à intervenção *ad coadjuvandum*. In: RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri (org.). *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: JusPodiVim. 303/332).

⁸⁴⁴ Op. Cit, p. 324.

⁸⁴⁵ COSTA, Domingos Barroso da. GODOY, Arion Escorsin de. Defensoria precisa definir identidade para não se prender ao passado. In: *Revista Conjur*. Publicado em 21/07/2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-21/tribuna-defensoria-defensoria-definir-identidade-nao-prender-passado>. Acesso em 20/10/2017.

⁸⁴⁶ Domingos Barroso da Costa e Arion Escorsin de Godoy chamam a atenção para os riscos e as causas do tensionamento identitário da Defensoria Pública: “ou cedemos aos empuxos do passado e, com uma atuação restritiva, nos reduzimos à mera reedição institucionalizada da advocacia dativa, ou assumimos as responsabilidades de que nos incumbe o texto constitucional, exorcizando os fantasmas dos modelos de

norma constitucional deixa claro que a Defensoria Pública não deve simplesmente defender pessoas, mas também os valores fundamentais do ordenamento⁸⁴⁷. É partindo desta responsabilidade constitucional que deve ser interpretada a natureza jurídica da previsão legal de intervenção da Defensoria Pública nos litígios coletivos de posse. Ademais, conforme a radiografia que fizemos dos conflitos fundiários atuais, podemos afirmar que dificilmente indivíduos hipossuficientes não estejam entre os legitimados passivos. Pode haver ações possessórias em que a multidão não seja hipossuficiente, mas é forçoso reconhecer que não é isso que massivamente ocorre em nossos tribunais.

Outra hipótese aventada pela doutrina: auxiliar do juízo, na mesma toada da figura participativa do *amicus curiae*. Neste caso, a atuação dos órgãos não abarcaria a elaboração do pedido, pois não se tratará de parte, mas sim “orbitará, em atividade (re)mediadora, em torno do litígio instaurado”. Deste modo, a participação é para alargar o diálogo processual e propor saídas possíveis junto ao juízo e às partes⁸⁴⁸, como uma defesa complementar à defesa privada, semelhante à visualizada no Direito Penal⁸⁴⁹.

Por fim, está reverberando na doutrina outra posição importante: o Ministério Público e a Defensoria Pública seriam, nesta hipótese, representantes adequados da coletividade que figura no polo passivo. Em outros termos, os órgãos atuariam como legitimados extraordinários por substituição processual da coletividade que materialmente deveria figurar no polo passivo, mas que, em razão dos óbices para a citação pessoal e mesmo para a defesa individual em juízo, encontram severas dificuldades de exercer a sua legitimidade passiva ordinária. Quem assim o justifica, aborda o tema pela perspectiva das ações coletivas passivas.

Susana Henriques da Costa e João Eberhardt partem da preocupação com o direito de defesa e a garantia do contraditório dos réus desconhecidos nesta modalidade de conflitos. Para os autores o artigo 554, parágrafo 1º, CPC, parece reconhecer a necessidade de representação adequada de interesses deste grupo de indivíduos a ser exercida pela Defensoria Pública e o Ministério Público, identificando-se com o modelo traçado com o Direito Processual Coletivo.

atuação privada que ainda nos assombram para adentrarmos a dimensão pública em que poderemos concorrer para a efetivação dos princípios e objetivos de nossa Carta Maior” (Defensoria precisa definir identidade para não se prender ao passado. Op. Cit.).

⁸⁴⁷ SOUSA, José Augusto Garcia de. *A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: novos caminhos. Responsabilidade para uma instituição enfim essencial*. Op. Cit., 265.

⁸⁴⁸ PORTO, José Roberto Sotero de Mello; CAMPOS, Rodrigo Sardinha de Freitas. *Questões sobre a atuação da Defensoria pública nas Ações Possessórias*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/tribuna-defensoria-questoes-atuacao-defensoria-acoess-possessorias>. Acesso em 20/10/2017.

⁸⁴⁹ Neste sentido, VIANA, Frederico. *Um novo CPC para uma nova Defensoria Pública*. Op. Cit., p. 1277.

De fato, é possível questionar a existência de contraditório efetivo e igualdade substancial em demandas possessórias em que os ocupantes de terra são citados fictamente por edital e não apresentam condições reais de se articularem para promover sua defesa judicial. A intimação dos legitimados coletivos, que são litigantes habituais por essência e possuem maior estruturação interna e expertise na defesa de interesses transindividuais, pode ser uma medida que equilibre as forças em disputas que, na maior parte das vezes, transcendem a mera dimensão civilista da posse e envolvem outros direitos sociais como meio ambiente e moradia⁸⁵⁰.

Um dos argumentos utilizados para a defesa de uma ação coletiva passiva é a de que a jurisprudência, inclusive do STJ, já vinha admitindo a propositura de ação possessória contra uma coletividade não individualmente identificada⁸⁵¹, portanto, de certa forma, ainda que não nominalmente, já vinha aceitando as ações coletivas passivas.

Por outro lado, há quem refute esta tese. Maurílio Casas Maia demonstra uma preocupação com a inversão dos valores processuais no caso de se sustentar que a Defensoria Pública atua como substituto processual. Na compreensão do autor, a intervenção da Defensoria Pública é no sentido de reforçar e fortalecer o contraditório e a ampla defesa, jamais o contrário. Melhor explicando, o autor desvela uma preocupação de que a intervenção da Defensoria Pública venha a infirmar a garantia dos indivíduos de serem citados e informados no processo e, portanto, de exercerem pessoalmente o contraditório, tudo forjado sob a representação de interesses na legitimidade extraordinária por substituição processual.

Também contra a posição de que se trata de ação coletiva passiva, José Aurélio de Araújo classifica este entendimento de autoritário e paternalista, pois estaria condicionando o acesso à justiça da coletividade à atuação do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Na concepção do autor, a ação coletiva passiva vai de encontro ao contraditório e à ampla defesa, de modo a representar um desvio de participação democrática das instituições⁸⁵².

⁸⁵⁰ COSTA, Susana Henriques da; FRANCISCO, João Eberhardt. Uma Hipótese de Defendant Class Action no CPC? O Papel do Ministério Público na Efetivação do Contraditório nas Demandas Possessórias propostas em face de pessoas desconhecidas. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques (org.). *Repercussões do Novo CPC*: Ministério Público. Salvador: Juspodivm, p. 311.

⁸⁵¹ OLIVEIRA, Rogério Alvarez. MP deve intervir nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. *Conjur*, 17 de outubro de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-out-17/mp-debate-mp-intervir-litigios-coletivos-posse-terra-rural-ou-urbana>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

⁸⁵² “Cremos, no entanto, que a ação coletiva passiva é absolutamente antagônica ao contraditório participativo e à ampla defesa, não sendo admissível em geral e, menos ainda, no litígio coletivo de posse” (ARAÚJO, José Aurélio de. O Litígio Coletivo da Posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da

Fernando Gajardoni entende que, a depender da forma como se deu a ocupação, a expressão “litígio coletivo pela posse do imóvel” pode representar uma verdadeira ação coletiva passiva, ou, ao contrário, inserir-se na dinâmica da processualística individual, aplicando-se as regras do litisconsórcio multitudinário, em que não há representação de interesses. Assim, afirma que não se deve confundir “litígio coletivo (em que o objeto da ação é coletivo) com casos de invasão praticada, individualmente, por várias pessoas (litisconsórcio passivo), caso em que a disciplina do artigo 565, CPC/15, não deve ser observada”. Portanto, na visão do autor, o objeto da ação somente será efetivamente coletivo quando observar a indivisibilidade descrita no artigo 81, II do CDC, o que apenas ocorreria quando a ocupação foi resultado de uma atuação conjunta e indivisível. Mas não é só. O autor adiciona outros requisitos que influenciam na conclusão de que se trata de uma ação coletiva passiva, como número de litisconsortes, impossibilidade de identificação individualizada, entre outros, questões a serem aferidas apenas à luz do caso concreto⁸⁵³.

A despeito da clara divergência exposta entre as concepções dos órgãos nos litígios coletivos de posse, estão todos concordes que a intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público se dá em razão de uma formação processual plurissubjetiva, que longe está daquela relação tradicional, individualista e bilateral do autor *versus* réu. E desta multiplicidade de indivíduos em uma das partes nos litígios possessórios podem ser extraídas duas conclusões também bastante consonantes no debate doutrinário: há uma conotação de interesse público no litígio, seja em razão de seu objeto mais alargado, seja pela natureza de fundamentalidade do direito material discutido e, ainda, uma reconhecida fragilidade da citação ficta, que pode comprometer a garantia mais essencial do processo, o contraditório.

Por se tratar de um instituto novo e inédito inserto no procedimento especial das possessórias, ainda levará certo tempo até os tribunais pacificarem as controvérsias que permeiam a previsão legislativa, principalmente para definir qual é a sua natureza jurídica e, conseqüentemente, quais são os poderes, deveres, faculdades e ônus processuais da Defensoria Pública ou do Ministério Público. De todo modo, um componente importante para influenciar, prospectivamente, o entendimento jurisprudencial a ser consolidado no futuro é a forma de agir de cada instituição no conflito fundiário. Assim, proatividade, parcialidade, o exercício de faculdades instrutórias, conhecimento dos fatos subjacentes à

Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord). *Repercussões do Novo CPC*. Salvador: JusPodiVm, out/2015, p. 536).

⁸⁵³ GAJARDONI. Fernando da Fonseca. *Os Conflitos coletivos pela posse de imóveis no novo CPC*. Op. Cit.

lide, diálogo com a coletividade ré são alguns elementos importantes que revelam como as próprias instituições compreendem o seu papel e estão, elas mesmas, direcionando e sedimentando a natureza de sua função no conflito fundiário.

7.2.1 Reflexões sobre as figuras processuais interventivas propostas

Como visto, a discussão doutrinária acerca da previsão legal de intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público nos litígios coletivos de posse encontra um espectro amplo de posições, que vão desde a defesa de que se referem a atribuições tradicionais, já exercidas pelas referidas instituições, até a afirmação de que se cuida de criação de um inovador instituto processual.

Discutir e categorizar os institutos somente faz sentido se há efeitos práticos decorrentes desta classificação. Portanto, sobre o objeto em análise, se faz importante desvelar a sua natureza jurídica com o objetivo de desvelar os limites de atuação da Defensoria e do Ministério Público. Em outros termos, é imprescindível identificar quais os seus deveres, poderes, faculdades e ônus processuais e, mais, se há uma correlação desta intervenção com outros institutos processuais, como a legitimação de agir e a coisa julgada.

Com base na pesquisa doutrinária acima descrita, várias figuras processuais foram aventadas para classificar a previsão legal da intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público nos litígios coletivos de posse. Passemos a analisar aquelas mais tradicionais, para aferir se elas se amoldam à categoria interventiva em apreço.

Iniciemos pelo Ministério Público. “Fiscal da ordem jurídica” foi a denominação utilizada pelo CPC/15 para qualificar a função interventiva do Ministério Público no Processo Civil. Assim, o artigo 178 do CPC/15 promoveu um redimensionamento da função de *custos legis*, traçando prioridades institucionais, inspiradas no seu perfil constitucional (art. 127, CF/88), com a consequente exclusão de algumas hipóteses interventivas tradicionais e burocráticas, que estavam em desconformidade com o seu novo *status* no Estado democrático e constitucional⁸⁵⁴.

As hipóteses interventivas foram sumarizadas em três incisos do artigo 178, CPC/15: i) no caso de interesse público ou social; ii) interesse de incapaz; iii) litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Ainda que permeadas por conceitos jurídicos

⁸⁵⁴ Assim, foram retiradas as referências às ações de estado e às disposições de última vontade e ausência, afastando qualquer similitude com a função de curador.

indeterminados, que suscitam um espectro amplo de interpretações sobre a intelecção da norma aplicada ao caso concreto, uma questão é bastante clara e vem sendo reforçada pela doutrina: não há mais espaço para uma postura passiva e contemplativa do órgão⁸⁵⁵, pois a missão do Ministério Público frente ao Processo Civil é de assegurador de direitos fundamentais processuais e materiais⁸⁵⁶.

Já destacamos que os litígios coletivos pela posse do imóvel têm como pano de fundo direitos fundamentais, como direito à moradia e direito à terra. Também pontuamos que há um reconhecimento internacional de alto risco de violação de direitos humanos, o que a comunidade estrangeira denominou de “despejos compulsórios”, conforme normativa inscrita nos tratados de direitos humanos. Demonstramos ainda que a inserção dos dispositivos referentes à intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública nos litígios coletivos pela posse do imóvel foi resultado da pressão dos movimentos sociais, que viam nestes órgãos uma forma de reforçar o resguardo dos direitos da coletividade. E já destacamos as vulnerabilidades processuais de se ter no polo passivo uma coletividade de réus incertos, com grande potencial de esvaziamento total das garantias relacionadas ao direito de defesa.

Fincado nestas premissas, pode-se afirmar que o escopo da previsão legal do artigo 178, inciso III do CPC é de que a intervenção do Ministério Público se dê para o resguardo dos direitos e garantias materiais e processuais da coletividade exposta neste conflito. Esta é a razão subjacente da intervenção do órgão como fiscal da ordem jurídica.

Partindo desta conclusão, questiona-se como então se dará esta atuação no caso concreto.

Nos casos mais tradicionais de atuação do Ministério Público como *custos legis*, entende a doutrina que o órgão ministerial deve zelar para que o sujeito processual que é o fundamento de sua intervenção não seja prejudicado. Como exemplo, se a intervenção como *custos legis* se deu em razão de haver incapaz como parte na ação, o órgão deve atuar para que não sejam praticadas ilegalidades em detrimento desta parte processual. Isso, no entanto, não quer dizer que as manifestações do Ministério Público no processo necessariamente precisam ser em favor do incapaz ou de outra hipótese legal que despertou

⁸⁵⁵ GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (coord). *Repercussões do NCPC*: Ministério Público. Salvador: JusPodiVm, p. 74.

⁸⁵⁶ ZANETI Jr., Hermes. Código de Processo Civil de 2015: ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (coord). *Repercussões do NCPC*: Ministério Público. Salvador: JusPodiVm, p. 48.

a sua intervenção, pois, na opinião da doutrina, trata-se de liberdade de opinião, sufragada pela independência funcional. Mas, por outro lado, os poderes do órgão estão limitados ao seu interesse processual⁸⁵⁷, sendo que este sim só encontra respaldo quando forem exercidos em favor do sujeito que ensejou a intervenção do Ministério Público. Isso quer dizer que o interesse recursal do órgão estaria condicionado à atuação em favor dos sujeitos e interesses que serviram de base para a sua intervenção⁸⁵⁸.

Transpondo a questão para os litígios coletivos de posse, podemos afirmar que a atuação do Ministério Público, nos termos do artigo 178, III do CPC, deve ocorrer em favor da coletividade que é demandada na ação. E, neste *munus*, seus poderes recursais estão limitados ao interesse processual que autorizou a sua intervenção e, em assim sendo, podem ser exercidos apenas e tão somente em favor da coletividade inserida no litígio fundiário, resguardando a sua liberdade de opinião, como ora salientado.

No caso da Defensoria Pública, como visto, parte da doutrina defende que a natureza jurídica da intervenção descrita no artigo 554, parágrafo 1º e artigo 565, CPC/15, poderia ser classificada como assistência simples.

Quanto ao referido instituto, houve algumas alterações no CPC/15 para tornar a assistência mais organizada, mas a essência continuou a mesma: cuida-se de intervenção de terceiros, e, como requisito básico, se faz necessário demonstrar o interesse jurídico daquele que irá intervir para atuar favoravelmente à parte que almeja auxiliar. Diversamente da assistência litisconsorcial que atua com autonomia, o assistente simples tem poderes limitados à vontade contrária do seu assistido. Neste sentido, o assistente não tem poderes para impedir que o assistido pratique atos de disposição de vontade, como reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir da ação ou do recurso, renunciar à ação ou ao recurso⁸⁵⁹.

O assistente é compreendido como um legitimado extraordinário de seu assistido, pois atua em nome próprio, na defesa de interesse alheio. Neste sentido, o próprio texto legal dispõe sobre a sua natureza jurídica, retificando a expressão utilizada pelo CPC/73 de “gestor de negócios”⁸⁶⁰ para ajustá-la à sua real natureza jurídica. Agora o texto processual fala expressamente que o assistente será seu substituto processual em caso de revelia ou em

⁸⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Atuação do Ministério Público no Processo Civil*. Disponível em www.mazzilli.com.br. Acesso em 31/10/2017.

⁸⁵⁸ Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel. *Novo CPC: o Ministério Público e a jurisdição voluntária*. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (coord). *Repercussões do NCPC*. Ministério Público. Salvador: JusPodiVm, pp. 248-249.

⁸⁵⁹ Artigo 122 do CPC/15.

⁸⁶⁰ Artigo 52, § único do CPC/73.

razão de omissão do réu por qualquer outro título⁸⁶¹. Mas, como há uma limitação a esta atuação, a doutrina a denomina de legitimidade extraordinária subordinada, vale dizer, “o assistente simples tem, enfim, seus poderes limitados à vontade contrária do assistido”⁸⁶². De todo modo, repisa-se que, em caso de revelia do assistido ou qualquer outra omissão contumacial⁸⁶³, o assistente, que até então era legitimado incidentalmente para auxiliar na defesa do direito do assistido, passa a assumir a posição de parte no processo⁸⁶⁴. Desta forma, caso o assistido deixe de recorrer, o assistente pode assim procedê-lo, evitando a preclusão, salvo se o assistido expressamente manifestar interesse contrário, já que a vontade do assistido é o muro limitador da atuação do assistente.

Desde que não contrarie posição expressa do assistido, os poderes do assistente serão os mesmos do assistido. Assim, poderá aduzir fatos e argumentos jurídicos, requerer provas, recorrer, entre outros, sujeitando-se, em contrapartida, aos mesmos ônus processuais que o assistido, conforme a redação do artigo 121 do CPC.

Uma última e importante questão: a assistência é tradicionalmente compreendida como uma modalidade de intervenção de terceiros espontânea. Mas há casos em que a doutrina sugere que a convocação para participar do processo se dê de ofício ou mesmo provocada por uma das partes, o que é denominado de intervenção *iussu iudicis*. Ou seja, ainda que excepcional, é possível a assistência provocada de ofício, o que, segundo a doutrina, não desnatura o instituto processual.

Postos os fundamentos jurídicos que embasam a assistência simples, voltamos aos requisitos legais que a perfazem para aferir se eles se adequam a atuação da Defensoria Pública. A questão mais intrincada é responder se há ou não interesse jurídico do referido órgão de intervir em conflitos fundiários coletivos, agindo em prol de uma coletividade.

⁸⁶¹ Artigo 121, parágrafo único do CPC/15.

⁸⁶² DA CUNHA, Leonardo Carneiro. A Assistência no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER Jr., Fredie (coord). *Coleção Novo CPC: doutrina selecionada*. Parte Geral. Salvador: Jus PodiVm, 2016, p. 1086.

⁸⁶³ Importante apenas registrar a omissão pode ser contumacial ou negocial. O artigo 120, CPC, apenas se refere à omissão contumacial. Ou seja, se houver omissão negocial, esta é por si só um limite claro de atuação para o assistente.

⁸⁶⁴ No CPC/73, mencionava que, em caso de revelia, o assistente atuava como “gestor de negócios”. Mas a doutrina compreendida que a expressão deveria ter a interpretação de substituto processual. Por esta razão, Severo Neto já aduzia: “Nessa hipótese, o assistente assume a posição de parte no processo, mais precisamente de substituto processual. O assistente, que até então era legitimado incidentalmente para auxiliar na defesa de direito do assistido, se este revel, perde essa qualidade e uma outra legitimidade surge, sobrepondo-se àquela. Essa “segunda” legitimidade incidental, operada de permeio na relação jurídica processual, atribui ao assistente, como gestor de negócios, a qualidade de substituto processual” (*Substituto Processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 51).

Sobre o interesse jurídico, é comum na doutrina a afirmação de que ele consiste na existência de relação jurídica entre o terceiro e a parte que pretende assistir, a qual poderá ser afetada pela sentença a ser proferida no processo em curso⁸⁶⁵. Mas há vozes dissonantes. Ubiratan do Couto Maurício é um deles. O autor afirma que não há em nosso ordenamento jurídico qualquer dispositivo que estabeleça, como condição de legitimidade para intervenção assistencial, a obrigatoriedade de relação jurídica entre o assistente simples e a parte com a qual pretenda assistir⁸⁶⁶. O autor fala então em vínculo da situação jurídica do terceiro e o objeto do processo⁸⁶⁷. Não se trata de vínculo qualquer, mas sim aquele que autoriza que a situação do terceiro seja afetada, inclusive em seu prejuízo, pela decisão a ser proferida no processo em curso, no caso de vitória da parte contrária. Em outros termos, o interesse jurídico é analisado sob a perspectiva de um “prejuízo juridicamente relevante que adviria ao assistente na hipótese de vitória da parte contrária”⁸⁶⁸.

Já defendemos neste trabalho que, a depender do espectro do elemento subjetivo no polo passivo do litígio fundiário, pode ser impraticável a identificação e citação individual de grande parte dos réus que compõem a coletividade. E, ainda, a complexidade do objeto subjacente, ou seja, a forma como se deu e é organizada a ocupação do imóvel *sub judice* também pode sugerir a indivisibilidade do objeto, que, segundo o artigo 10 do Estatuto da Cidade, se dá quando não for possível identificar o terreno ocupado por cada possuidor, em razão, justamente, da irregularidade da forma de ocupação. Como outrora concluímos, tais nuances se identificam com as características que perfazem os direitos coletivos (direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*).

Se a questão versa sobre direitos coletivos *lato sensu*, a Defensoria Pública é legitimada extraordinária (no caso, não subordinada), ou seja, atua como substituto processual em ações civis públicas que versam sobre o referido direito, quando então podem veicular pedidos pertinentes aos efeitos jurídicos advindos da referida ocupação, como a defesa de sua permanência na área e, em consequência, também pleitear a regularização fundiária. Ou seja, tal instituição é legitimada extraordinária por substituição processual, no processo coletivo, para discutir o direito que, por sua vez, também está em pauta na ação formalmente individual, mas com uma multiplicidade de réus desconhecidos no polo passivo.

⁸⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 55.

⁸⁶⁶ BATISTA, Lia Carolina. *Assistência simples no Direito Processual civil*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 22.

⁸⁶⁷ Op. Cit., pp. 66-67.

⁸⁶⁸ STF, Pleno MS n. 21. 059-1, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 5.9.1990.

Portanto, pode-se afirmar que a decisão a ser proferida na ação em que o polo passivo é plurissubjetivo, quando o escopo é retirá-los da área, é prejudicial a eventual ação coletiva a ser proposta, já que a esvaziará por completo. Nesta linha, não há como negar que a Defensoria Pública é titular de relações jurídicas conexas àquela que está sendo discutida no litígio coletivo de posse e, assim, detém interesse jurídico de atuar como assistente simples⁸⁶⁹.

Importante apenas salientar que o assistente simples deve atuar sempre de modo favorável a uma das partes e, por esta razão, é compreendido como intervenção *ad coadjuvandum*. Assim, a afirmação de que a previsão do artigo 554, parágrafo primeiro e artigo 565, ambos do CPC, referem-se à hipótese de assistente simples, leva à conclusão de que a Defensoria Pública deve, necessariamente, corroborar com a defesa e para a vitória de seus assistidos, ou seja, da coletividade ré. A assertiva parece óbvia, mas é sempre importante frisar.

Como já demonstrado, o Tribunal de Justiça de São Paulo já admitiu a Defensoria Pública como assistente simples em ações de reintegração de posse ajuizadas contra uma multiplicidade de réus, o que denota que, ainda antes da previsão legal do artigo 554, parágrafo 1º, CPC, estava sendo esta a estratégia utilizada pela Defensoria Pública deste estado para intervir neste tipo de natureza de processo. No caso das ações possessórias contra os “rolezinhos”, a Defensoria Pública também adotou a posição de assistente simples, o que nem sempre foi admitido em primeira instância⁸⁷⁰.

Na verdade, o instituto da assistência parece se enquadrar muito bem quando a coletividade está materialmente e processualmente no polo passivo, adequadamente representada por uma associação ou por uma liderança, ou seja, quando já há um porta-voz, um representante adequado, que traga os fatos e fundamentos jurídicos subjacentes à defesa da coletividade. Neste caso, os órgãos públicos poderiam reforçar a tese de defesa, trazendo novos elementos fáticos e fundamentos jurídicos, sem, no entanto, tirar o protagonismo da coletividade e desprezar a sua importante organização para efetuar a defesa. E, ainda que coadjuvante, Defensoria Pública não seria mera parecerista, mas estaria dotada de poderes processuais para, se necessário, utilizá-los em defesa de um processo mais justo e equilibrado.

⁸⁶⁹ Fredie Didier prevê expressamente a figura do legitimado extraordinário para justificar o interesse jurídico do assistente simples (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. Salvador: JusPodiVm, 2016, p. 489).

⁸⁷⁰ Ex: processo 1001287-53.2015.8.26.0196, que teve curso na Comarca de Franca.

Nos casos de representação de interesses, portanto, quando a coletividade é substituída por um portador ideológico, como ocorre nas ações coletivas passivas, é pertinente trazer outros institutos processuais para reforçar as garantias das partes substituídas, já que estas não atuam diretamente no processo. Assim, a intervenção da Defensoria Pública como assistente e do Ministério Público como fiscal da lei em favor da coletividade mostra-se plenamente adequado, pois corrobora para a garantia do equilíbrio entre as partes.

Mas nem sempre a figura da assistência se mostra adequada para os casos dos conflitos plurissubjetivos. A controvérsia surge quando não há manifestação no processo em favor da coletividade, mas apenas de um ou mais réus isolados, que se limitem a defender os seus interesses particulares, que podem até mesmo ser contra o grupo. Nesta hipótese, surgirão dúvidas se o assistente estará ou não subordinado aos argumentos expostos unilateralmente nesta defesa.

Fato é que o instituto da assistência ainda está amparado nas bases da processualística individual e não foi pensado para o modelo processual coletivo, pois não tem como fim subjacente o estabelecimento de um sujeito processual com a função precípua a infirmar o *déficit* democrático advindo das ações coletivas passivas. Não há, a princípio, fins de atuar como representante ideológico na figura do assistente e seus limites desvelam o quão preso está o instituto ao modelo de litigância individual. Daí, portanto, que a solução não está descartada, mas não há como negar que ela contempla uma restrição em si mesma.

Outra hipótese mencionada na doutrina é a atuação da Defensoria Pública como *custos plebis* ou *custos vulnerabilis*. A designação se refere às previsões de intervenção dispostas no CPC/15 da instituição em favor do vulnerável, de modo a permitir um equilíbrio maior entre as partes no processo e, ainda, diante da possibilidade atual de formação de precedentes judiciais vinculantes em nosso sistema. Assim, a participação do órgão nos litígios coletivos de posse se enquadraria nestas hipóteses, seja em razão da hipossuficiência da parte ré, seja em razão de sua vulnerabilidade processual, como já descrita. A proposta de uma nova figura interventiva, inclusive com denominação diferenciada, é a de garantir a intervenção da instituição em prol do vulnerável, sem as amarras da figura da assistência. A doutrina que assim a defende, franqueia poderes amplos à Defensoria Pública, inclusive poderes recursais, fazendo paralelo com a figura do *custos legis* (art. 179, CPC). Este entendimento parece ir ao encontro da importância que a instituição conquistou ao longo destes anos perante a sociedade e confirma a sua relevante

contribuição nos conflitos de larga sensibilidade e de altas e diversas vulnerabilidades, como as características dos conflitos fundiários. No mais, representa um avanço em relação à assistência, já que não se mostra tão estreita como este último e mais convergente com os litígios de massa.

Outra possibilidade aventada na doutrina, menos tradicional, mas já aceita na jurisprudência há algum tempo, passando a integrar leis especiais e, agora, devidamente previsto no Código de Processo Civil, é o *amicus curiae*. Instituto de inspiração norte-americana⁸⁷¹, foi previsto no Brasil, inicialmente, pela Lei 6.385/76, com a admissão da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos de seu interesse para dar pareceres e fazer esclarecimentos, posteriormente alterada pela Lei 6.616/78. Não obstante outras hipóteses mencionadas pela doutrina⁸⁷², a figura ganhou bastante evidência nos processos de controle concentrado de constitucionalidade⁸⁷³, pois o *amicus curiae* passou a ser compreendido como mecanismo de pluralização e democratização do procedimento hermenêutico das normas processuais, oportunizando o alargamento do debate a diversos atores, públicos ou não, da cena institucional⁸⁷⁴.

Com o tempo, outras figuras interventivas, que também tinham a proposta de trazer ao processo *experts* sobre o assunto em pauta, que não se confundiam com as partes ao litígio, foram sendo previstas em diversos diplomas normativos⁸⁷⁵, que, por sua função,

⁸⁷¹ A gênese do instituto é do Direito medieval inglês, mas a sua importância destacada, com reflexos nos ordenamentos jurídicos de outros países, ocorreu no Direito norte-americano.

⁸⁷² A doutrina mencionada como hipóteses de *amicus curiae* em nosso ordenamento jurídico: Lei 12.529/11, que revogou a Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e prevê a intervenção do CADE; Lei 10.259/01 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), em que autoriza no art. 14, § 7º, a manifestação de interessados, mesmo que não sejam partes, no pedido de uniformização de interpretação de lei federal; art. 5º, Lei 9.469/97, que permite a intervenção da União nas causas em que figurem como autoras e réas as autarquias, fundações públicas e sociedade de economia mista e empresas públicas federais; Lei 9.279/96, que prevê a intervenção do INPI nas ações de ação de nulidade de patente, desenho industrial e de marca.

⁸⁷³ O artigo 7º, § 2º, Lei 9.868/99 dispõe: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. O §1º do artigo 9º da referida Lei dispõe: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Tais dispositivos versam sobre o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Este último dispositivo é reproduzido no artigo 20, § 1º, Lei 9.868/99, que regulamenta a Ação Declaratória de Constitucionalidade e no artigo 6º, §1º, da Lei 9.882/99.

⁸⁷⁴ Neste sentido, Peter Häberle, que defende a existência de instrumentos processuais informativos ao juízo, como a intervenção de *experts* sobre o assunto, como formas refinadas de exercitar a democracia (*Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 14).

⁸⁷⁵ A doutrina entende como *amicus curiae* a hipótese descrita no artigo 14, § 7º, da Lei 10.259/2001, que prevê a manifestação de interessados no pedido de uniformização de interpretação de lei federal em caso de divergência entre decisões sobre questões proferidas pelas Turmas Recursais do Juizado Especial Federal;

sugeria tratar-se desta figura de retaguarda democrática. Contudo, como as legislações também não definiam os seus poderes, as classificações doutrinárias sobre a sua natureza jurídica eram as mais diversas⁸⁷⁶.

O CPC/15 termina com a discussão e ainda generaliza o instituto do *amicus curiae* a qualquer procedimento que discuta matéria relevante e que gerem repercussão social⁸⁷⁷. Também pôs um ponto final nas discussões sobre a sua natureza jurídica: trata-se de modalidade de intervenção de terceiros. Seus poderes processuais também foram definidos: não pode o *amicus curiae* interpor recurso, salvo Embargos de Declaração ou recurso no incidente de resolução de demandas repetitivas⁸⁷⁸.

Muito se discutiu na doutrina acerca da parcialidade do *amicus curiae*. Majoritariamente, os autores entendem tratar-se de auxiliar do juízo que pode ou não atuar em favor de destinatário certo e preciso, mas que, de todo modo, deve contribuir para a construção de uma escorreita deliberação judicial⁸⁷⁹. Portanto, pode-se entender como uma modalidade de intervenção *ad coadjuvandum* de uma das partes no litígio. E, como tal, está autorizado a apresentar argumentos, dados ou elementos que contribuam para a prolação de uma decisão mais qualificada, trazendo a juízo pontos ainda não abordados pelas partes, mas de relevante importância para o julgamento.

Se faz importante o destaque de que os poderes processuais do *amicus curiae* são bastante limitados. Este terceiro não está habilitado a alterar o elemento objetivo da demanda, não evita a revelia da parte no processo e também não está autorizado a interpor recurso. Por esta razão, pode-se falar que o *amicus curiae* qualifica o contraditório, mas não o substitui.

Sendo assim, a despeito da importância do *amicus curiae*, que atua para qualificar e democratizar o debate, tem-se que o instrumento não se presta ao resgate do

classificam como *amicus curiae* a previsão de intervenção da União nas causas em que figurem como autoras e réas as autarquias, fundações públicas, sociedade de economia mista e empresas públicas federais, nos termos do artigo 5º, Lei 9.469/97; a previsão de intervenção do INPI nas ações em que se pleiteia a nulidade de registro de patente, desenho industrial ou marca (art. 57, 118 e 175 da Lei 9.279/96, respectivamente).

⁸⁷⁶ A doutrina já tentou identificá-lo com a figura do *custos legis* e do perito judicial.

⁸⁷⁷ Artigo 138, CPC.

⁸⁷⁸ Artigo 138, § 1º e 3º, CPC.

⁸⁷⁹ Neste sentido: “Sua atuação tende a ser, por definição, altruísta. Altruístas em dois sentidos bem definidos. Primeiro, porque o *amicus curiae* não atua em juízo em prol de direito ou interesse seu, próprio, egoísta. Segundo, porque o interesse que motiva a sua intervenção e a consequente atuação processual do *amicus* é institucional, e, nessas condições, não tem, necessariamente, destinatário certo, preciso, individualizado, subjetivado. Pouco importa para o *amicus curiae* quem será o “vitorioso” na demanda, se o autor ou o réu. Ele tutela um interesse em si mesmo considerado. O “beneficiário” autor e réu é consequência de sua atuação, não a causa” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. In: DIDIER, Fredie *et al* (coord.). *O terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em Homenagem ao Professor Gusmão Carneiro*. São Paulo: RT, 2010, pp. 443-444).

equilíbrio entre as partes, tampouco como substituto de garantias mais essenciais, como o contraditório e a ampla defesa. Daí porque se conclui que não se estaria utilizando da potencialidade máxima de instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público imputá-lo apenas como *amicus curiae* nos conflitos fundiários. Entender assim seria não permitir uma atuação mais efetiva destes órgãos públicos, quando necessário.

Outra tese aventada pela doutrina em relação à Defensoria Pública seria a possibilidade deste órgão intervir para representar judicialmente a coletividade ré, quando esta não tiver advogado constituído. Fulcrado neste entendimento, a intimação do órgão prevista para a audiência de mediação prescrita no artigo 565 do CPC seria para garantir à comunidade assistência jurídica, caso os ocupantes não disponham de patrocínio jurídico.

Em primeiro lugar, concordamos com o posicionamento da doutrina de que se inclina a defender que a natureza jurídica das intervenções da Defensoria Pública e do Ministério Público previstas nos artigos 554 e 565, CPC, é a mesma. A ideia de ambos os dispositivos foi garantir a presença da Defensoria Pública e do Ministério Público nos litígios fundiários, diante do interesse público subjacente. O artigo 565, CPC apenas reforça a necessidade da presença destes órgãos públicos na audiência de mediação. A propósito, a interpretação mais adequada é a de que estes órgãos devem ser intimados logo no início do processo, antes, inclusive, de ser despachada a petição inicial. Isso quer dizer que, necessariamente, a intimação para ingresso nos autos destas duas entidades deve anteceder à audiência de mediação ou qualquer decisão acerca do pedido liminar do autor.

É inegável que, no caso da Defensoria Pública, diante da pluralidade de posições que a instituição pode realmente ter no conflito, a natureza jurídica de sua intervenção pode se alterar ao longo da demanda. Inicialmente, pode o órgão ser intimado a ingressar nos autos para se manifestar sobre o conflito como custos *vulnerabilis* e, no decorrer do processo, ou mesmo a audiência de mediação, a comunidade pode procurá-la para que preste assistência jurídica e, então, passará a proporcionar capacidade postulatória às partes.

Ressalve-se, no entanto, que admitir que a instituição possa prestar assistência jurídica gratuita à comunidade porque esta assim o quis é bem diferente de dizer que a previsão do artigo 565 do CPC determina que o órgão deva prestar tal serviço público assim que constatada que a coletividade não dispõe deste patrocínio. A atuação da Defensoria Pública não é vinculativa aos hipossuficientes, mas é uma possibilidade, uma faculdade àqueles que assim o desejam e que, obviamente, cumpram os requisitos de hipossuficiência (financeira ou organizacional). Há, portanto, de haver sempre um movimento voluntário da coletividade em busca da instituição e do serviço que ela presta. Uma coisa é

esclarecimento e a orientação da comunidade sobre a existência deste órgão, como meio para garantir o patrocínio jurídico gratuito. Outra coisa é dizê-lo garantia compulsória à parte que ainda não disponibiliza de advogado. A última opção esvai por completo a autonomia do cidadão⁸⁸⁰.

E, ainda, se formos adotar a conclusão de que a Defensoria Pública atua para franquear capacidade postulatória aos réus, a conclusão também será a de que a sua atuação deve ficar restrita aos indivíduos que comparecerem no ato ou daqueles que pessoalmente forem em busca deste serviço público.

Ocorre que esta interpretação feita estritamente sob o prisma do Direito Processual individual trará, coerentemente, resultados individuais. E, assim, como ainda ocorre, dúvidas se manterão sobre os efeitos subjetivos da coisa julgada, ou seja, sobre quem efetivamente é parte na demanda. Este entendimento não soluciona o problema daqueles não identificados e não citados.

No mais, não se pode ignorar que uma defesa plena e efetiva em favor dos ocupantes no conflito fundiário exige o amplo conhecimento das características que perfazem a comunidade ré, portanto, exigem contato prévio com seus membros. A sua história da comunidade, o contexto da ocupação, o vínculo entre os moradores e ocupantes, o tempo de permanência na área, as promessas feitas e não cumpridas pelos gestores públicos ao longo dos anos, os serviços públicos disponíveis, entre outras informações já mencionadas neste trabalho, são essenciais para uma defesa plena. Difícil defender que a comunidade está gozando de patrocínio jurídico se aquele que o faz sequer tem as informações mínimas para apresentá-las em juízo e ajustá-las ao arcabouço normativo.

O que se pretende afirmar é que não há como afirmar que a comunidade goza da garantia de acesso à justiça de forma gratuita, tampouco que detém capacidade postulatória com a simples presença de um defensor público na audiência de mediação, quando tem contato pela primeira vez com a comunidade. Isso representaria manter a presença da Defensoria Pública apenas para legitimar as decisões tomadas em juízo, mas que, sem outros instrumentos de garantia de um contraditório e um patrocínio jurídico efetivo,

⁸⁸⁰ Outras vozes, rechaçam esta possibilidade, sob o argumento de que se deve respeitar a autonomia da parte e escolher seu causídico de sua confiança e, ainda, que a função de representante postulatório do defensor público deve ser conduzida pelo critério econômico (MAIA, Maurílio Casas. A Intervenção de Terceiros da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º, a, V, Lei 80/94) e posições processuais dinâmicas. In: *Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: JusPodiVm, 2016, p. 1.267).

podem continuar permeadas por um largo desequilíbrio entre as partes, mormente se grande parte da coletividade não foi citada pessoalmente.

Esta afirmação não diminui a importância da presença da Defensoria Pública e do Ministério Público na audiência de mediação. Ainda que não tenham tido contato prévio com a comunidade, ambos os órgãos são importantes neste momento processual, principalmente antes da decisão liminar de reintegração de posse ou remoção da comunidade, para o resguardo de seus direitos e garantias, que devem ser observadas, independente do contexto histórico e fático da ocupação coletiva. O que apenas se ilide é a possibilidade de se entender que a intervenção destes dois órgãos no processo é o suficiente para resguardar as garantias processuais, sem uma visão abrangente sobre os limites de sua atuação e sobre um crivo mais crítico acerca de como tais órgãos podem efetivamente intervir de forma qualificada para contribuir na missão de paridade de armas e isonomia entre as partes.

Por fim, resta-nos analisar a intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público, inscrita no artigo 554, § 1º e artigo 565, ambos do CPC/15, como legitimados coletivos passivos. Em outros termos, isso nos levaria a responder se tais dispositivos legais criaram uma hipótese de uma ação coletiva passiva aos conflitos fundiários e, ainda, se tais instituições poderiam funcionar como substitutos processuais da coletividade. Esta última indagação exige a ponderação sobre a existência de eventuais outros legitimados coletivos passivos.

No Capítulo anterior, posicionamo-nos, a princípio, em favor da possibilidade das ações coletivas passivas em nosso sistema, mas ressalvamos a impossibilidade de, por ora, fazer generalizações procedimentais a todas as espécies de direito material subjacentes. A cautela tem razão de ser, diante da identificação de variáveis inerentes ao objeto desta ação coletiva passiva, como espectro subjetivo do polo passivo, grau de coesão entre a coletividade, maior ou menor facilidade de se eleger um representante adequado, entre outras, as quais podem sugerir diferenças procedimentais entre elas.

Para responder o questionamento, faz-se imprescindível refletir sobre um procedimento adequado às situações jurídicas passivas pertinentes aos conflitos fundiários, partindo da reflexão de um ponto nevrálgico desta espécie de litígio: a legitimação de agir. A construção de um modelo adequado irá ter repercussões diretas em outros institutos, como o conceito de partes, coisa julgada, efetividade da fase executória. Portanto, assim como ocorre na processualística coletiva, a legitimação coletiva é o nódulo central das discussões.

Para corroborar com as nossas premissas reflexivas, antes de tecer conclusões, faz-se importante compreender como a Defensoria Pública e o Ministério Público estão eles próprios interpretando a previsão interventiva do artigo 554, § 1º e 565, § 2º, CPC, o que é feito no tópico seguinte. Posteriormente, iremos discorrer sobre a atuação dos movimentos sociais e das associações nas ocupações coletivas, atores recorrentes e com funções destacadas, que não podemos ignorar.

7.2.2 Atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público nos Litígios Coletivos de Posse: o direcionamento institucional

Como já afirmamos neste trabalho, a natureza jurídica da intervenção da Defensoria Pública e do Ministério Público nos conflitos fundiários irá depender essencialmente de como estes dois órgãos públicos se colocam no debate processual, assim que intimados, nos termos do artigo 554, parágrafo 1º, CPC.

Como vimos, as controvérsias doutrinárias são largas e, em razão da regra recente, ainda há uma expectativa de como os tribunais irão se posicionar quanto à natureza jurídica destes dois órgãos, delimitando, assim, seus poderes e deveres processuais.

Mas vale repisar que, neste momento de prospecção acerca da consolidação dos limites da atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, o posicionamento institucional de cada um deles e, conseqüentemente, o papel que cada um destes órgãos irá arregar para si, é de extrema relevância na construção deste entendimento pelos tribunais. Se mantiverem-se estritos aos papéis tradicionais, há uma tendência de os tribunais chancelarem os modelos já existentes de atuação, que tendem a ser mais tímidos. Se avançarem e reivindicarem um papel mais ativo e, portanto, permeados com maiores poderes processuais, haverá, por outro lado, uma necessidade de maior debate e reflexão nos tribunais, aumentando as chances de um entendimento mais progressista.

Por esta razão, investir na análise do posicionamento institucional é uma abordagem interessante neste momento para mensurar as possíveis conclusões a serem alcançadas no futuro.

No âmbito do Ministério Público de São Paulo foi elaborado material de apoio contendo orientações sobre como se deve dar a atuação deste órgão nos conflitos

possessórios coletivos pelo Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva, em outubro de 2017⁸⁸¹. O manual é feito em formato de perguntas e respostas.

Logo no início, o Manual já indica o posicionamento institucional acerca da natureza jurídica da intervenção: cuida-se, na visão do *Parquet* paulista, de *custos legis*⁸⁸². Nesta linha, o entendimento do órgão estadual é de que o artigo 178, inciso III do CPC mantém-se diretamente relacionado com o artigo 554, parágrafo 1º do CPC.

Mais à frente, ainda na leitura do material em análise, verifica-se o cuidado em afastar o posicionamento de que o MP poderia atuar como legitimado coletivo passivo, o que é feito pela seguinte indagação: “O MP atua em nome dos ocupantes?”. A resposta é peremptória: “Não. Não existe substituição processual”. A fundamentação para a resposta é que o próprio texto legal exige a citação pessoal dos que forem encontrados no local, bem como determina a necessidade de se dar ciência da propositura da ação proposta⁸⁸³. Por fim, finaliza que a Defensoria Pública será obrigatoriamente intimada para a defesa dos hipossuficientes, sugerindo que este último órgão possa elaborar a defesa da coletividade. Deste modo, pela visão institucional do Ministério Público de São Paulo, este órgão não deve atuar como legitimado passivo coletivo nos litígios fundiários. Este posicionamento vai ao encontro da doutrina majoritária, como outrora abordado.

No que pertine à Defensoria Pública, a Comissão Especial do Direito Social à Moradia e Questões Fundiárias do Condege (Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais) elaborou enunciados⁸⁸⁴ sobre a atuação da instituição nestas hipóteses. Segundo o enunciado nº 01, a intervenção descrita no artigo 554, § 1º, CPC se dará na figura de *custos vulnerabilis*, que não se confunde com a atuação de curador especial e de representante postulatório da parte ré, podendo tais figuras recair sobre os mesmos defensores ou

⁸⁸¹ Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/material%20de%20apoio.pdf. Acesso em 19/02/2018.

⁸⁸² “O Novo CPC estabelece como hipótese de intervenção do MP no Processo Civil (*custos legis*) os processos que envolvam litígios coletivos pela posse da terra urbana ou rural (art. 178, III). Especificadamente no que tange a ações possessórias “em que figure no polo passivo grande número de pessoas”, há dispositivo expresso sobre a necessidade de intervenção do MP (art. 554, § 1º)”.

⁸⁸³ “Não. Não existe substituição processual. O MP tutela o pleno respeito a direitos fundamentais, com preponderância àqueles de projeção social, como direito à moradia. Tanto não assume o MP defesa dos hipossuficientes que o CPC exige, no caso de ações possessórias, a citação pessoal de todos os réus que forem encontrados (art. 554, § 1º e 2º). Ainda, buscando-se a plena ciência de todos os ocupantes do local, o art. 554, § 3º determina a necessidade de se dar publicidade à existência de ação possessória, o que pode ser feito com publicações na imprensa, afixação de cartazes no imóvel, anúncios por meio de faixas etc. Por fim, a Defensoria Pública será obrigatoriamente intimada para a defesa dos hipossuficientes (art. 554, § 1º, parte final)”.

⁸⁸⁴ Os enunciados foram aprovados no XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, realizado em novembro de 2017 (Disponível em <http://www.condege.org.br/>)

defensores distintos, quando não se visualizar conflito de interesses⁸⁸⁵. O Enunciado 2 deixa claro que a atuação de *custos vulnerabilis* recai sobre os direitos das pessoas vítimas de remoções forçadas e que, por analogia, aplicam-se todos os poderes processuais descritos no artigo 179, CPC, podendo, portanto, a instituição requerer provas, apresentar recurso, entre outras medidas judiciais⁸⁸⁶. O Enunciado 3 ressalta que a atuação da Defensoria Pública não gerará a presunção de que todos os indivíduos foram citados e de preclusão consumativa das partes individualmente apresentarem defesa⁸⁸⁷.

Em conclusão: o posicionamento institucional do Ministério Público é de que este órgão intervém nos litígios fundiários apenas e tão somente na função de *custos legis*. Ademais, rechaça peremptoriamente a possibilidade de o órgão atuar como legitimado coletivo passivo. Já a Defensoria Pública entende que pode atuar como representante judicial da comunidade, caso ela assim o deseje, ou atuar como *custos vulnerabilis*, também denominado por alguns de *custos plebis*. Mas em momento algum a instituição se refere aos litígios coletivos de posse como conflitos processualmente coletivos, portanto, parece não vislumbrar legitimação coletiva passiva da própria Defensoria Pública.

Por certo que estas interpretações postas pelos órgãos acima citados não traçam destinos obrigatórios da interpretação dos artigos constantes do CPC, conclusões que cabem aos Tribunais Superiores, quando provocados. Mas, como dito, neste momento, o entendimento de cada órgão acerca de suas perspectivas de poderes, deveres, faculdades e ônus processuais neste tipo de intervenção é de extrema importância, pois são elementos importantes para uma futura e consolidada interpretação a ser feita pelas últimas instâncias de interpretação da norma, pois refletem no seu desempenho na reivindicação ou não de espaço no debate.

7.3. Associações e Movimentos Sociais por Moradia: seu papel representativo e organizacional das comunidades no processo

⁸⁸⁵ “Enunciado 01: “A atuação da Defensoria Pública, prevista no §1º do artigo 554 do CPC, se dá na condição de *custus vulnerabilis* e não se confunde com a atuação de representantes dos réus e curador especial, podendo, em tese, essas três formas de atuação recair sobre o mesmo defensor na ausência de conflito, ou sobre defensores distintos”.

⁸⁸⁶ “Enunciado 02: A atuação na condição de *custus vulnerabilis*, prevista no artigo 554, § 1º, do CPC, compreende a intimação de todos os atos do processo, a possibilidade de produção de provas, de requerimento de medidas judiciais e de interposição de recurso”.

⁸⁸⁷ “Enunciado 3: A atuação da Defensoria Pública, nos termos do artigo 554, §1º, do CPC, não substitui a representação processual regular das partes e não gerará a presunção de citação de todos os interessados nem a sua preclusão consumativa à apresentação de defesa”.

A premissa atinente ao instituto da representação processual nos litígios fundiários pauta-se sobre a necessidade de identificação de forças catalizadoras de interesses comuns, que auxiliem o grupo na identificação e organização de ideias, pressupostos essenciais para um agir coletivo, no caso em análise, pressupostos para a elaboração de uma defesa coletiva.

É importante a ressalva de que a abordagem sobre o que se denomina de *agir coletivo* neste trabalho limita-se à busca de um consenso para a construção de uma defesa processual comum. Se faz importante a ressalva de que este recorte do agir coletivo, que está nos lindes de nosso propósito, é bem mais estreito do que as estratégias e objetivos comuns articulados na luta de um espectro mais amplo da luta por terra e por moradia. Neste último caso, o escopo é muito mais ambicioso, pois visa a confrontação do *status quo* político, econômico e social, propósitos típicos dos movimentos sociais.

Na verdade, os movimentos sociais são o exemplo por excelência do mais genuíno *agir coletivo*⁸⁸⁸. Isso quer dizer que a forma espontânea de sua formação advinda do seio social e o fato de se tratar de um fenômeno constituído pela própria comunidade envolvida no conflito revela laços de afinidade entre os indivíduos perante a controvérsia estabelecida no conflito social. Isso porque o movimento social tem justamente o papel de mobilização de solidariedades que não conseguem manter, sozinhas, uma organização e uma estabilidade para a expressão de suas demandas por meio de canais participativos e transformadores da realidade⁸⁸⁹. Os movimentos sociais possibilitam a construção desta identidade coletiva, e, portanto, da formação de um consenso e da junção de forças para defesa de interesses comuns. E, então, inegavelmente, exercem um papel de extrema importância na atuação coletiva e, conseqüentemente, na expressão de interesses e na reivindicação dos interesses pelo coletivo.

Se analisarmos a história do movimento de moradia na cidade de São Paulo vamos identificar uma trajetória de ampla mobilização e de largas conquistas sociais obtidas pela luta dos movimentos de moradia⁸⁹⁰. Foram estes atores sociais que, com suas ações políticas, forçaram o deslocamento da discussão do conflito fundiário da esfera privada, que pairava apenas sobre o conceito absoluto de propriedade, para a esfera pública,

⁸⁸⁸ GOHN, Maria da Glória. *Sociologia dos Movimentos Sociais*. São Paulo: Editora Cortez, 2012, pp. 11-20.

⁸⁸⁹ MELUCCI, A. *Challenging Codes: Collective Action in the Information Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 98.

⁸⁹⁰ GOHN, Maria da Glória. *Sociologia dos Movimentos Sociais*. Op. Cit. *passim*.

pontuando, assim, a necessidade de políticas públicas específicas de melhor distribuição de bens comuns e que estivessem destinadas aos sem-teto e sem-terra⁸⁹¹.

Já abordamos que o principal instrumento utilizado para o alcance destes resultados foram as ocupações de imóveis no Centro de São Paulo. Este movimento de reivindicação política iniciou-se na década de 1980, mas se intensificou na década de 1990⁸⁹², contrapondo-se ao modelo hegemônico de urbanização que estava ocorrendo no Brasil, de grave especulação imobiliária⁸⁹³. E, até hoje, as ocupações, nas áreas urbanas e rurais, revelam-se os principais meios de pressionar o Poder Público a intervir na injusta distribuição de terras e moradia.

Estas ocupações promovidas pelos movimentos sociais são fruto de um agir coletivo, conforme já também tivemos a oportunidade de frisar. Estes atos necessariamente estão escorados pela organização promovida pelos movimentos sociais, revestidos ou não de personalidade jurídica, mas necessariamente organizados e que mantêm entre seus componentes um vínculo permeado de um propósito comum, a necessidade social somada à luta pela terra e moradia. Mais do que organização, os movimentos possuem lideranças, capazes de direcionar o agir coletivo e de manter fortalecidos os vínculos, a despeito da natural pluralidade do grupo. Não por outra razão a ocupação para fins políticos é uma atuação extremamente complexa e difícil e, para mantê-la, se exige largo espírito de liderança e coletividade, conforme se extrai do relato a seguir feito:

[...] a ocupação de um imóvel exige uma logística considerável: é necessário ter pessoas experientes coordenando as atividades internas e administrando os conflitos entre as famílias alojadas, bem como lideranças capazes de negociar os rumos da ocupação com a política e/ou com representantes do poder público em situações de reintegração de posse, geralmente permeadas por muita tensão entre as partes. Ou seja, ocupar um prédio e manter uma ocupação em andamento é algo que demanda muito esforço por parte das lideranças do movimento, e nem sempre é possível realizar estas ações com intensidade frequente porque em determinados momentos as pessoas capacitadas para realizar tal empreitada não estão totalmente disponíveis, uma vez que já se encontram absorvidas por outras tarefas⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ TRINDADE, Thiago Aparecido. *Ampliando o Debate sobre a Participação Política e a Construção Democrática: o movimento de moradia e as Ocupações de imóveis ociosos no Centro da Cidade de São Paulo*. Tese apresentada à Universidade de Campinas, 2014, p. 129.

⁸⁹² NEUHOLD, Roberta dos Reis. *Os Movimentos de Moradia e Sem-teto e as ocupações de imóveis ociosos: a luta por políticas públicas habitacionais na área central da cidade de São Paulo*. Mestrado apresentado à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2009, p. 19.

⁸⁹³ Op. Cit., p. 129.

⁸⁹⁴ TRINDADE, Thiago Aparecido. *Ampliando o Debate sobre a Participação Política e a Construção Democrática: o movimento de moradia e as ocupações de imóveis ociosos no centro da cidade de São Paulo*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de Campinas, 2014, p. 144.

Malgrado os desafios existentes na forma de expressão política dos movimentos de moradia ou dos movimentos dos sem-terra por meio das ocupações, há, nestes casos, inegavelmente um agir coletivo. A ocupação é fruto de uma mobilização coletiva, conduzida por um interesse de uma luta articulada e estruturada em conjunto por atores que compartilham de pautas políticas específicas e que viram, nas ocupações, uma forma de dar visibilidade à suas reivindicações.

Mas, mais do que um agir coletivo, há, nestes casos, uma entidade coletiva, independentemente se está ou não revestida de personalidade jurídica, como já frisamos. A organização prévia, a comunhão de interesses entre seus componentes, o grau elevado de pertencimento aos valores e objetivos a serem alcançados e, por fim, a existência de uma liderança são requisitos que fazem deste grupo uma entidade coletiva. E, desta forma, este cenário mostra-se propício para a ampla efetividade dos mecanismos representativos, em diversos aspectos, inclusive para fins processuais.

Deste modo, todo este contexto sociológico deve ser transposto ao litígio, pois ele é capaz de interferir na moldura processual, mormente para abalar os institutos mais dogmáticos, como a legitimação de agir. O contexto exige uma releitura coletiva dos institutos processuais, de modo a aproximá-los da realidade que os permeia. Se estão presentes determinados requisitos que tornam possível a inserção do conflito na perspectiva da processualística coletiva, não há razão para rejeitar um novo modelo, que se mostra efetivo. É isso que se espera de um Direito Processual que se diz justaposto à realidade social.

Estas assertivas levam às seguintes conclusões: neste tipo de conflito, há bases sociológicas sólidas para justificar a legitimação extraordinária por substituição processual no polo passivo, diante do claro compartilhamento de interesses e direitos, o que permite a elaboração de uma defesa que contemple a todos. E sobre este aspecto, vale mais uma vez destacar o papel unificador, organizador, impulsionador dos movimentos sociais nos conflitos fundiários. Com eles inseridos no conflito, a realidade processual se altera de forma significativa, e, diante destes pressupostos, não há razão para não aceitar que os movimentos sociais, com ou sem personalidade jurídica, sejam legitimados coletivos passivos e, assim, respondam a toda a coletividade.

Mas, indubitavelmente, nem toda a ocupação de amplo espectro tem por trás um movimento social que funcione como seu articulador. Já abordamos neste trabalho os inúmeros assentamentos irregulares que foram se formando, que foram se ampliando ao

longo da história, como via de escape à ausência total de políticas destinadas a sua melhor distribuição pelos meios formais. A formação inicial destes assentamentos, não necessariamente, é fruto de um agir coletivo. Da mesma forma, a sua manutenção ao longo do tempo não necessariamente está constituída por uma rede articulada e coordenada politicamente. Este, como já salientamos, é o cenário mais difícil para lidar com os mecanismos representativos.

Conforme já destacamos no Capítulo 2, o associativismo, principalmente de bairro, teve uma visível queda ao longo dos anos, com reflexos importantes na mobilização coletiva daquela comunidade. Afirmamos que Pasárgada de Boaventura, *locus* que antes permitia ao pluralismo jurídico flutuar, agora não mais é permeada pelos fortes laços comunitários que os movia enquanto entidade coletiva. Não obstante, vale observar que os movimentos sociais apenas se fazem presentes apenas sob determinadas circunstâncias. Para Edson Miagusko, a presença dos movimentos sociais não coincide com a ausência do Estado, mas, ao contrário, quando há a “presença de “programas sociais”, de agentes políticos estatais dos três níveis de governo, ONGs, agentes de filantropia privada, religiosa e da caridade, ou seja, não se constata a ausência e sim a presença de diversos agentes num campo de forças complexo”⁸⁹⁵. Se interpretamos estas afirmativas *a contrario sensu*, vamos concluir que os movimentos sociais não alcançam os lugares onde o Estado não está, onde ausentes estão os demais agentes políticos, onde não há programas sociais estabelecidos ou prometidos, enfim, onde há efetivamente uma lacuna de forças transformadoras. E, nestas hipóteses, a lacuna é profunda e a possibilidade de mobilização coletiva para a busca de melhoria é muito reduzida.

E, assim, o cenário se altera: não há uma organização prévia, o grau de pertencimento a esta comunidade é muito frágil, não há uma liderança capaz de costurar os vínculos entre os ocupantes e, conseqüentemente, sem poder organizacional de afastar as divergências e sobrepor os interesses comuns para a busca da construção de uma defesa coletiva.

A despeito das inegáveis dificuldades, esse contexto não é um decreto de fracasso da dinâmica coletiva na defesa processual. Mas é importante frisar que haverá uma dificuldade muito maior para que as bases do Direito Processual Coletivo sejam aplicadas sem arranhões às garantias processuais constitucionais.

⁸⁹⁵ MIAGUSKO, Edson. *Movimentos de Moradia e Sem-Teto em São Paulo: experiências no contexto do desmanche*. Tese apresentada ao Programa de Filosofia, Letras e Ciências Humanas na Universidade São Paulo, 2008, p. 71.

São nestas lacunas que surgem a hipótese de outros agentes, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, que possam funcionar, em nível processual, como agente catalizador para a elaboração da defesa coletiva.

Postas estas afirmações, podemos concluir que, se há associação ou movimento social por trás da ocupação coletiva, há um agir coletivo e, assim, abre-se espaço para as técnicas processuais representativas serem aplicadas ao litígio coletivo de posse com maior facilidade. De outro lado, ausentes estes atores, há entraves maiores, os quais não podem ser desprezados na aplicação do viés representativo na legitimação passiva. Neste último caso, a processualística deve manter-se estruturando técnicas para que a representação possa ter efetividade e, então, cumprir com o seu papel racionalizador, sem ferir ou retroceder em qualquer garantia processual.

Neste cenário, faremos a seguir a reflexão acerca da possibilidade de a Defensoria Pública ou o Ministério Público contribuírem para traçar estratégias para fortalecer o agir coletivo, e, então, tornar viável o agir coletivo em juízo.

7.4. Legitimação de Agir e Representatividade Adequada à luz dos Litígios Coletivos de Posse

Em artigo específico sobre o tema de legitimação de agir, Donaldo Armelin nos convida a refletir sobre o termo para além da perspectiva processual. Assim, utilizando-se da clássica lição de Max Weber, da obra *Economia e Sociedade*, assevera o autor que a legitimação resulta da atribuição de poder a alguém a agir, e advém de uma posição de dominação, que pode ter várias origens (carismática, burocrática, legal etc.). Segue o autor afirmando que, em um Estado Democrático de Direito, o poder é do povo, que se distribui por intermédio das normas jurídicas, as quais, por sua vez, refletem a correlação entre a fonte do poder e os aspectos políticos que o permeiam (e dominam) no determinado momento da elaboração da normativa⁸⁹⁶.

Na esfera processual, o instituto ganha particularidades, mas mantém a mesma razão: cuida-se inegavelmente de atribuição de poder (e, também, em outra perspectiva, dever) para agir. Pautado nesta premissa, a representação de interesses, como elemento ínsito à legitimação de agir, para ter validade, deve ter sua base firme amparada em uma

⁸⁹⁶ ARMELIN, Donaldo. Ação Civil Pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 113-114.

norma jurídica, cuja intelecção seja o resultado da vontade popular (que não necessariamente coincide com a regra da maioria). Isso porque os institutos representativos pressupõem a exclusão da participação direta dos titulares do direito. Portanto, para tê-la como legítima, se faz necessário aferir se há autorização normativa para tanto (e, assim, se decorre da vontade popular), e, ainda, que dessa conclusão não haja violação às garantias processuais constitucionais, considerando o pacto constitucional inalienável, que também está amparado no anseio popular.

Nas ações coletivas ativas, a escolha do representante se dá por autoneomeação, ou seja, o autor da ação nomeia a si mesmo representante do grupo. É o mesmo que ocorre, segundo Owen Fiss, no sistema político e em outros domínios sociais⁸⁹⁷. No caso brasileiro, em específico das ações civis públicas, por exemplo, os órgãos e entidades descritos no artigo 5º da Lei 7.347/85, ao ajuizarem uma ação, arrogam para si o poder-dever de proteção e promoção dos direitos coletivos *lato sensu*. Neste caso, o fazem, pois há previsão legislativa que os outorgou legitimação para tanto, e, portanto, poder e dever para reivindicar, em nome de uma coletividade, direitos transindividuais, pautados na legitimidade democrática do Poder Judiciário de fiscalizador do cumprimento pelos demais Poderes das normas legais e constitucionais (art. 5º, XXXV, CF/88). Partindo desta perspectiva, pode-se concluir que a representação de interesses no procedimento coletivo ativo se dá com fulcro nas normas jurídicas postas (correlação de formas ideológicas e políticas em um determinado momento histórico), e, em assim sendo, contam com o devido amparo constitucional da cláusula republicana.

Diferentemente, nas *defendant class actions* norte-americanas, vimos que a nomeação do representante do grupo é feita pelo autor da ação, o que, aliás, gera controvérsia e desconfiança na doutrina, já que o autor teria a possibilidade de escolher contra quem deseja litigar, e, então, poderia concorrer para a escolha de um representante não adequado, ou, ao menos, não o mais forte deles. A resposta a esta indagação rejeita o insucesso da adequação da representação, baseando-se nos mecanismos de controle existentes para garantir uma adequada representação, como a possibilidade das

⁸⁹⁷ “A autoneomeação tem precedentes no mundo da política e em outros domínios sociais. De fato, é lugar absolutamente comum em situações políticas, que há mudança radical de regime. As pessoas que se reuniram na Philadelphia, no verão de 1787, para traçar as primeiras linhas da Constituição dos Estados Unidos autoneomeram-se para representar o povo. Aqueles que sentaram ao redor da mesa-redonda em Budapeste, no verão de 1989, assumiram seus mandatos de maneira similar. Até agora, não há negação de que a autoneomeação seja uma forma anômala de representação, apenas uma forma justificada. Seu uso nas class action revela o caráter verdadeiramente excepcional – talvez até mesmo revolucionário – dessa criação processual” (*Um Novo Processo Civil*. Op. Cit, pp. 240-241).

impugnações feitas pelos titulares do direito e de ofício pelo próprio órgão julgador. Ao final, concluindo-se que não há representatividade adequada daquele indivíduo indicado, pode haver substituição do representante ou, se não cumprido o requisito, a não certificação da ação coletiva.

No Brasil, nos casos de situação jurídica passiva, as normas processuais não contemplam soluções jurídicas expressas sobre representação de interesses. Por esta razão, a constitucionalidade de um desenho metodológico para abarcar este tipo de atuação exige uma reflexão muito mais densa. A construção deste desenho deve garantir o não rompimento do fluxo natural de poder, que deve ser do titular do direito (no caso, da coletividade constituída pelas diversas formações sociológicas) ao representante processual. Qualquer modelo representativo será contrastado com a garantia inscrita no artigo 5º, inciso XXXV, CF/88 e inciso LV, da Constituição Federal. Daí, repisa-se, o extremo cuidado de qualquer conclusão sobre o assunto.

Ciente da importância do tema, Edilson Vitorelli, na obra *O Devido Processo Legal Coletivo*, dedicou-se, de modo bastante aprofundado a analisar a representação nas ações coletivas, ou seja, a relação entre o grupo titular dos direitos coletivos e o legitimado coletivo, que, então, é parte formal do processo. O autor faz um densa reflexão sobre o instituto da representação na processualística coletiva, pondo em xeque categorias processuais bastante consolidadas, como, por exemplo, a tipologia dos litígios coletivos e o próprio modelo representativo e seu embasamento fático e jurídico. A despeito de não abordar as ações coletivas passivas, suas conclusões são importantes parâmetros para as nossas reflexões sobre a legitimação passiva coletiva.

O primeiro passo do autor para tanto é apresentação de uma nova proposta de classificação dos direitos transindividuais, com fulcro em conceitos sociologicamente orientados⁸⁹⁸. No Brasil, por influência do Direito italiano, a estrutura processual coletiva está baseada na classificação do direito material (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos). No entanto, a doutrina⁸⁹⁹ já vinha alertando sobre os equívocos práticos que

⁸⁹⁸ Aduz o autor que a teoria brasileira, na década de 80, se valeu dos conceitos de sociedade, grupo, comunidade, coletividade, sem, entretanto, buscar o conteúdo desses conceitos nas ciências sociais, utilizando-os, portanto, de forma atécnica. A sua proposta, portanto, é resultado de uma aproximação com a Sociologia (VITORELLI, Edilson. Tipologia dos Litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER Jr. Fredie. *Repercussões do Novo CPC*. vol. 8. Salvador: JusPodiVm, 2015, pp. 84-85).

⁸⁹⁹ Neste sentido, Kazuo Watanabe sobre a conceituação e classificação dos direitos coletivos *lato sensu*: “Devo confessar, inicialmente, que vim para a palestra de hoje com a apreensão de um jogador de xadrez que vai a uma disputa levando o equipamento sem saber se está com as peças completas. O tema realmente reclama meditação profunda e o estudo a que procedi não me dá, ainda, segurança de estar com os elementos

podem surgir dessa classificação, pois esta divisão não reproduz as formações sociológicas de forma precisa, o que acaba por provocar bastante dificuldade de identificação de seus limites subjetivos. Em termos mais diretos, esta classificação não é suficiente para definir quem são os titulares destes direitos transindividuais.

Em razão desta lacuna em nossa legislação, Edilson Vitorelli faz uma proposta de nova classificação dos direitos transindividuais, com fulcro em conceitos sociologicamente orientados⁹⁰⁰. Para o autor, os direitos transindividuais deveriam ser devidos em litígios transindividuais de difusão global, de difusão local e difusão irradiada. No primeiro, a lesão não atinge, de modo especial, diretamente os interesses de nenhuma pessoa, mas atinge a sociedade, como um ente supracoletivo e despersonalizado. Segundo o autor, neste caso, a conflituosidade⁹⁰¹ tende a ser baixa, pois os indivíduos que a compõe são atingidos de modo uniforme pela lesão e não há interesse pessoal no conflito⁹⁰². O segundo, litígio transindividual de difusão local, refere-se a lesão que atinge, de modo específico e grave, determinadas comunidades, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e de fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, como é o caso de comunidades quilombolas, indígenas, grupos minoritários, entre outros. Anota o autor que, neste caso, os interesses tendem a ser coesos, o que, a princípio, lhes garante um certo fator de homogeneidade, mas não necessariamente uniformidade, já que dissidências internas são naturais⁹⁰³. Por fim, os litígios transindividuais de difusão irradiada. Cuida-se de lesão que afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou diversos segmentos sociais, os quais não compõem uma comunidade, gerando um alto grau de conflituosidade entre as suas visões⁹⁰⁴.

completos”. (WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 85).

⁹⁰⁰ Aduz o autor que a teoria brasileira, na década de 80, se valeu dos conceitos de sociedade, grupo, comunidade, coletividade, sem, entretanto, buscar o conteúdo desses conceitos nas ciências sociais, utilizando-os, portanto, de forma atécnica. A sua proposta, portanto, é resultado de uma aproximação com a Sociologia (VITORELLI, Edilson. Tipologia dos Litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER Jr. Fredie. *Repercussões do Novo CPC*. vol. 8. Salvador: JusPodiVm, 2015, pp. 84-85).

⁹⁰¹ O autor utiliza-se da seguinte definição de “conflituosidade”: “A conflituosidade, por sua vez, é um elemento que deve ser avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto mais variado for o modo como foram atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade, uma vez que o impacto da tutela não será uniforme em relação a todos os indivíduos, gerando diversidade de interesses e de posições entre os lesados” (Op. Cit. 87)

⁹⁰² Op. Cit., pp. 89-93.

⁹⁰³ Op. Cit., pp. 93-97.

⁹⁰⁴ Op. Cit., pp. 97-104.

Para cada uma dessas tipologias, o autor sugere esquemas representativos diversos, pois cada uma delas dispõe de uma particularidade, que afeta a relação representativa.

Os conflitos fundiários, por contemplar uma terminologia ampla, podem, por certo, ser inseridos em qualquer uma destas tipologias. De todo modo, partindo-se dos moldes propostos pelos “litígios coletivos de posse”, descritos nos artigos 554 e seguintes do CPC, e com enfoque na perspectiva do direito de defesa, como nos propomos a discutir neste trabalho, é forçoso concluir que a coletividade será, normalmente, constituída por uma comunidade de determinado local, contra a qual se pretende a sua remoção compulsória. E, diante desta configuração, estariam inseridos no segundo tipo apresentado pelo autor: um grupo de pessoas altamente coeso, em que seus membros são unidos por laços de identidade de solidariedade social, emocional e territorial. Esta categoria, segundo o autor, inclui pessoa que compartilham “perspectivas sociais uniformes, pelo menos no que se refere à tutela do direito lesado”⁹⁰⁵.

Continua Edilson Vitorelli, que, nesta tipologia de conflito, o interesse dos titulares de direitos deve preponderar. Em outros termos: “a principal característica de um litígio local é que o legitimado coletivo atua segundo os interesses do grupo titular do direito, os quais são definidos, necessária e precipuamente, a partir de suas vontades e opiniões”⁹⁰⁶. Isso quer dizer que, caso a conclusão seja pela representação de interesses nos litígios fundiários passivos, o representante deve, necessariamente, atuar como um porta-voz da comunidade, de seus interesses e de seus desígnios, caso contrário, não será um representante adequado.

Como adiantado, o autor não aborda a questão das situações jurídicas passivas, mas suas conclusões estabelecem premissas importantes para a processualística coletiva como um todo, inclusive para o tratamento das ações coletivas passivas. A tipologia apresentada por Vitorelli não se prende ao método ativo ou passivo do processo coletivo, até porque as características do litígio local permanecem quando da situação jurídica ativa ou passiva. Em sendo assim, podemos afirmar que, no caso dos argumentos de defesa da lesão coletiva por esta coletividade, é possível extrair, a princípio, uma situação de consenso quanto aos argumentos de defesa da lesão coletiva por esta coletividade, em linhas igualmente coesas. Mais à frente, na mesma toada de Vitorelli, ponderamos que tal

⁹⁰⁵ Op. Cit., p. 96.

⁹⁰⁶ *O Devido Processo Legal Coletivo*. Op. Cit., p. 495.

conclusão não é absoluta, vez que todo conflito local traz em si um potencial de conflituosidade, o que pode, ainda que em parte, romper com esta coesão. Neste caso, o sistema processual deve estar atento para oferecer soluções que não descartem a representação dos interesses dissidentes, e não apenas abafá-los em um sistema compulsório e ilusório de representação única.

De todo modo, ainda que seja necessária a inserção de mecanismos de monitoramento de interesses divergentes, a possibilidade da apresentação de defesa coletiva do grupo é uma importante premissa para aferir a possibilidade de representação nas situações jurídicas passivas.

Pela perspectiva da conformação do direito material subjacente à lide, já concluímos (Capítulo 4) que há possibilidades de permissão, em determinados conflitos fundiários passivos, da representação de interesses, seja pela indivisibilidade prática ou normativa. Também já concluímos no Capítulo 5 que a representação de interesses no polo passivo não é, a princípio, vedada por nosso sistema, estando a depender de um método valorativo que efetivamente resguarde as garantias daqueles que titularizam a situação jurídica passiva, ou seja, de como será o desenho proposto às ações coletivas passivas. Em síntese: diante das conclusões que chegamos até o presente momento, parece-nos que a ação coletiva passiva pode sim encontrar legitimidade pelo sistema posto nos conflitos fundiários restritos, ou melhor, nos casos que Vitorelli denominou de “litígios coletivos locais”.

Se a etapa de justificar a possibilidade de coletivização de interesses e, conseqüentemente, representação de interesses está superada, resta-nos analisar quem poderá fazê-la, ou seja, quem será o representante deste grupo, que, a princípio, tem interesses convergentes.

No caso específico dos conflitos fundiários, concluímos que, se a coletividade demandada tem por trás um movimento social ou uma associação constituída, que tenha como seus fins institucionais o agir comum para ao propósito de luta por moradia ou por terra ao trabalho, forma-se um cenário atraente e potencialmente fértil para uma adequada representação de interesses. Nestes casos, a legitimação, revelada em um poder político de representatividade, está escorada por uma justaposição entre o agir coletivo do grupo e o discurso e escopos de defesa do movimento coletivo no processo. A representatividade⁹⁰⁷

⁹⁰⁷ Álvaro Luis Valery Mirra faz a seguinte separação: “representação adequada” refere-se à eficiência da atuação de seu representante e do advogado na defesa dos interesses do grupo e da classe representada em processo já instaurado. Já “representatividade adequada” é compreendida como uma faceta da

política (entenda-se por capacidade de o legitimado conhecer os fatos subjacentes à defesa coletiva e no seu comprometimento ideológico com a defesa vigorosa de toda a coletividade), neste caso, existe e é real.

A grande preocupação com os movimentos e as associações serem representantes adequados de interesses em juízo é a representatividade técnica (qualificação de sua assessoria jurídica, relacionamento com a parte, qualidade do trabalho no processo, entre outros)⁹⁰⁸.

Vale a ressalva de que há vários tipos de estruturas de movimentos sociais. O mais conhecido deles no âmbito dos conflitos fundiários, Movimento dos Sem-Terra (MST), tem uma rede muito bem estruturada de liderança, articulação, e assessoria jurídica, o que lhes permite traçar as suas estratégias jurídicas a partir de sua mobilização e escopo político⁹⁰⁹. Ademais, há casos em que os movimentos sociais são assessorados pelo debate acadêmico, que, muitas vezes, se coloca em defesa do ideário de uma reforma urbana mais justa e menos rendida ao capital imobiliário⁹¹⁰. É o que ocorre com alguns movimentos que atuam nos grandes centros urbanos e se contrapõem ao injusto embate entre o número de imóveis abandonados e o número cada vez maior de sem-teto nos grandes centros urbanos.

Em conclusão: nestes casos, há um grupo de alta coesão entre seus membros, fomentada por uma ou mais lideranças, que mantém aceso o agir coletivo e os interesses de grupo. Combinado com a capacidade e assessoria técnica, não há razão para que, nos conflitos fundiários, este movimento social, enquanto representativa de uma coletividade, ainda que despido de personalidade jurídica, não seja apontado como legitimado passivo. Nestes casos, a representatividade política e técnica existem e, portanto, a fórmula certa para a representatividade adequada.

Por outro lado, estas condições nem sempre estão presentes. Os movimentos de bairro, por exemplo, tendem a ser bem menos estruturados e organizados, conforme já pontuamos. Há casos em que pode até existir uma associação constituída, mas esta, em

representatividade política a determinados entes intermediários, ou seja, cuida-se de verificação se os legitimados coletivos atuam como porta-vozes dos interesses da sociedade e se contam com total autonomia e independência frente aos detentores do poder econômico (MIRRA, Álvaro Luis Valery. *Participação, Processo Civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, pp. 213-216).

⁹⁰⁸ Estes requisitos, entre outros, são exigidos nas *class actions* (Regra 23 (g)(1)(C)(i) e Regra 23(1)(C)(ii).

⁹⁰⁹ Programa Agrário do MST. IV Congresso Nacional do MST. Fevereiro de 2014. Lutar, construir e Reforma Agrária Popular. In: *MST: universidade e pesquisa*. Expressão Popular: São Paulo, 2014. pp. 173-225.

⁹¹⁰ TRINDADE, Thiago Aparecido. *Ampliando o Debate sobre a Participação Política e a Construção Democrática: o movimento de moradia e as ocupações de imóveis ociosos no centro da cidade de São Paulo*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de Campinas, 2014, p. 17.

alguns casos, é de pouca representatividade política e possui recursos escassos para o seu fortalecimento e para a defesa de seus interesses, principalmente, recursos jurídicos. Deste modo, nestes casos, há dois problemas: a falta de representatividade política e a ausência de recursos técnicos para o enfrentamento de uma defesa coletiva efetiva, o que poderia ensejar, portanto, falta de representatividade técnica.

Em primeiro lugar, quanto à representatividade técnica. Diante deste retrato, podemos afirmar que, na maioria dos casos, este requisito esbarra, na verdade, em uma questão estrutural maior, que é a violação de garantia da assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV, CF/88). Se a ausência é de estrutura técnico-jurídica à elaboração da defesa, a solução pode ser a ativação de mecanismos que supram esta lacuna. Melhor explicando, em muitos casos, a coletividade pode ser muito bem representada politicamente, diga-se, quanto ao retrato dos fatos constitutivos de seu direito, seja por uma liderança ou pelo presidente da sua associação constituída. Mas a ausência de um corpo jurídico apto à assessoria jurídica a torna incapaz de se posicionar em juízo como um representante adequado. Neste ponto, a Defensoria Pública se mostra como o elemento para perfazer esta lacuna, este vácuo, já que se trata de uma política pública justamente destinada, entre outras atribuições, a este fim específico.

É verdade que não há como limitar a representatividade técnica enquanto requisito integrante da representatividade adequada e, conseqüentemente, da legitimação, à mera satisfação da capacidade postulatória. Há casos em que o legitimado pode gozar desta capacidade, ou seja, estar representado por uma assessoria jurídica própria, mas, na prática, ela pode se mostrar frágil, insuficiente, atécnica, e desvelar, ao final, tratar-se de um representante inadequado, esvaziando a legitimidade, portanto. Daí porque o controle casuístico não pode ser descartado em todos os tipos de ações coletivas, ativas ou passivas, como será mais à frente abordado.

De todo modo, suprir a falta de capacidade técnica em uma ação coletiva passiva encontra mais soluções no sistema do que suprir a falta de representatividade política. Quanto à primeira, a Defensoria Pública, como adiantado, pode, efetivamente, ser um ator de suma importância no jogo processual. O modelo público de assessoria jurídica gratuita faz de seus integrantes membros habituais e qualificados para este tipo de demanda. Podemos falar, neste caso, de presunção (relativa) de representatividade técnica da instituição para atuar nesta modalidade de conflitos, mormente quando o faz pela perspectiva da defesa.

Diante deste contexto, a melhor forma de solucionar a questão, portanto, é manter o porta-voz, o representante desta coletividade, e contornar eventual vulnerabilidade processual com o reforço da intervenção da Defensoria Pública. Portanto, havendo representatividade política e ausente a representatividade técnica, é forçoso reconhecer a importância da intervenção da Defensoria Pública para suprir esta lacuna de tecnicidade, já que o *munus* exercido pelo órgão público perpassa também pela concretização da garantia constitucional de assistência jurídica integral e gratuita. Neste caso, a proposta não é de substituição do legitimado passivo, mas sim de reforço da capacidade postulatória da associação ou do movimento social pela Defensoria Pública.

Insero neste cenário, a previsão da intervenção da Defensoria Pública, nos moldes do artigo 554, parágrafo único, CPC, inclusive o contato mais próximo e pessoal na audiência de mediação, descrita no artigo 565, CPC, deve ser interpretada como uma forma de chamar ao processo este importante órgão público para facilitar o contato com a entidade legitimada passiva, franqueando-lhe nova oportunidade de apresentação de defesa em nome de toda coletividade, agora com a Defensoria Pública aportando argumentos jurídicos aos fatos outrora apresentados em juízo, sem prejuízo das defesas de Direito Processual, questões extremamente importantes neste tipo de conflito. Integrada a representatividade técnica à representatividade política, a representação torna-se plena e com menos chances de ser contestada.

Caso a coletividade já conte em juízo com assessoria jurídica, a Defensoria Pública poderá intervir na qualidade de *custos vulnerabilis*, colmatando, no que for preciso, a deficiência técnica em juízo e equilibrando a relação processual.

O grande problema está em resolver a representatividade política de uma comunidade que não tem um movimento social que o respalde ou uma associação que consiga identificar e impulsionar, se possível, a coesão e o alinhamento dos interesses do grupo, características importantes para a constituição de um verdadeiro porta-voz.

É, então, que surge a seguinte questão: poderia a Defensoria Pública e o Ministério Público serem compreendidos como legitimados coletivos passivos nestes casos, já que terão que intervir neste tipo de conflito (art. 554, § 1º, CPC)?

A resposta a esta indagação passa pela intrincada questão: estes órgãos públicos poderão ser representantes adequados desta coletividade?

Quanto à responsabilidade meramente técnica, é difícil responder negativamente, como mencionamos. Estes dois órgãos públicos, a despeito das diversas esferas de atuação, têm cada vez mais atuado em conflitos de largo interesse social, como é o caso das disputas

por terra e moradia em nosso país. As ações civis públicas que ajuízam sobre o tema dão conta que são atores importantes no debate de promoção destes direitos. Portanto, é possível a afirmação de que tais órgãos têm capacidade técnica para a apresentação de uma defesa juridicamente consistente, com a introdução no debate de diversos institutos urbanísticos e agrários, essenciais para a qualificação do provimento jurisdicional final.

Malgrado todo o reconhecimento institucional destes dois órgãos públicos, não há como presumi-los de forma absoluta representantes adequados da coletividade ré. A propósito, já defendemos em trabalho anterior que nenhum legitimado coletivo ativo arrolado no artigo 5º, Lei 7.347/85 deve ter presunção absoluta de representatividade adequada, devendo ser sua *performance*, aferida *in concreto* pelo órgão julgador⁹¹¹. Não haveria qualquer razão de entendimento diverso nas ações coletivas passivas, em que a coisa julgada sequer terá temperamentos para a esfera individual.

Nos casos dos litígios locais, a representatividade adequada fica ainda mais criteriosa, porque a pauta de interesses tratada no processo deve ser formulada a partir do que desejam os representados⁹¹². O representante, neste caso, tem um comprometimento ideológico com o grupo, não podendo dele se desvincular, caso contrário, a conclusão é por sua inidoneidade enquanto representante.

Deste modo, nestes casos, quando o representante da coletividade faz parte do seio da comunidade, como, por exemplo, um líder do movimento, o presidente da associação constituída ou mesmo um integrante antigo da comunidade, há, em tese, maiores chances de se constituírem verdadeiro porta-voz dos interesses daquele grupo, já que vivenciam, cotidianamente, os aspectos fáticos e valorativos que permeiam o conflito. Assim, ainda que não se dispense o controle da representatividade adequada, é forçoso concluir que há mais chances de a defesa dos integrantes advindos do seio da comunidade ser mais efetiva quando comparada com os órgãos públicos.

Ademais, há um risco no modelo público de legitimação coletiva passiva de que as entidades organizadas, quando existentes, sejam colocadas de lado para que outro ator, ainda que órgãos públicos como a Defensoria Pública e o Ministério Público, representantes ideológicos e independentes, assumam a representatividade à revelia do grupo ou do movimento. Não se nega, como já alertado pela doutrina, a possibilidade de se perfazer a ação coletiva passiva sob um modelo paternalista, o que certamente não é

⁹¹¹ CARVALHO, Sabrina Nasser. *Processos Coletivos e Políticas Públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Contracorrente, 2016, pp. 185-204.

⁹¹² VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*. Op. Cit., p. 513.

desejável, vez que a própria sociedade civil deve ter as rédeas da tutela de seus direitos em juízo, e, portanto, o poder sobre a forma de reivindicação dos direitos que lhe dizem respeito. O processo coletivo passivo adstrito às duas instituições em pauta poderia acabar por subjugar a importância e representatividade de tais movimentos coletivos, que fomentaram e impulsionaram a ocupação do local, consciente e responsável por seus atos. No mais, o escopo atual é de fomentar as forças advindas diretamente da sociedade civil e não colocar interlocutores para mediar e gozar estas garantias. Isso é que trará maior representatividade e maior justificativa para uma construção de legitimação coletiva passiva. Esta já é uma crítica feita quanto à legitimação coletiva ativa e, transportar um modelo paternalista para a legitimação coletiva passiva poderia infirmar ainda mais o empoderamento dos grupos sociais, o que, sem dúvida alguma, não é desejável em nenhuma instância, tampouco na esfera jurisdicional.

Por estas razões, o modelo público de representação de interesses no processo não pode ser o preponderante no sistema. Mas, a bem da verdade é que, a depender das circunstâncias, é o único possível. Como visto, para os problemas apresentados não há soluções ideais, mas as possíveis. Em outros termos, partimos da crítica e das distorções do processo individual para demonstrar que tais técnicas estão a violar as garantias processuais dos indivíduos e longe está de ofertar o “dia na corte” ou o “direito individual de ser ouvido”. De todo modo, a inserção da técnica processual coletiva, como a representação de interesses, somente prospera se é eficiente em aprimorar e, portanto, aumentar o grau de respeito e observância das garantias do devido processo legal a cada um dos jurisdicionados, ainda que não usufruídas por uma perspectiva individualista, mas coletiva.

Nesta linha, defendemos a possibilidade do modelo público de legitimação coletiva, mas sempre de forma subsidiária. O escopo é de privilegiar a manifestação de integrantes da própria comunidade, enquanto entidade organizada, quando ela assim se apresentar no conflito.

Quando falamos no modelo público de legitimação coletiva passiva nos litígios coletivos de posse, a hipótese aventada é apenas de abarcar a Defensoria Pública e o Ministério Público enquanto tal. Portanto, não nos referimos ao rol mais amplo do artigo 5º da Lei 7.347/85. Em primeiro lugar, porque houve uma opção político legislativa de que o procedimento especial previsto nas possessórias contemple expressamente a intervenção destes dois órgãos. E a lei assim o fez diante da importância destas duas instituições para o resguardo da vulnerabilidade processual, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos da parte que será compulsoriamente removida, como já salientado.

Ainda assim, para abrir espaço para a atuação destas duas instituições, alguns procedimentos prévios devem ocorrer.

No Capítulo 4, dispusemos acerca da fase citatória nos litígios coletivos passivos de posse, ressaltando a necessidade da tentativa de citação pessoal dos réus, ainda que prevista a citação por edital. E, também como requisito obrigatório, defendemos a publicidade do ato citatório, por meios diversos, ainda que não solenes e formais, mas que sejam, precipuamente, efetivos. Cuida-se de requisitos cumulativos e imprescindíveis para a legitimidade desta fase processual.

O escopo da tentativa de citação por edital e da publicidade é sempre necessária e deve ser combinada com o instrumento da tutela coletiva de direitos. Em primeiro lugar, para que se permita a provocação da coletividade, para que ela tome consciência do objeto do processo e de seus possíveis resultados e que se mobilize para contribuir para uma defesa coletiva. Desta forma, ainda que, neste caso a representação de interesses seja o instrumento preponderante, a mobilização da coletividade, seja por métodos coletivos e não individuais, é de extrema relevância. Se a coletividade está materialmente no polo passivo, é essencial que ela se organize para formular a sua defesa. Esta atuação conjunta, de despertar coletivo da consciência de direito, é muito importante para uma defesa efetiva. A posse e seus direitos correlatos, como a usucapião, a regularização fundiária, constituem-se também por fatos, e, como tal, a reunião de provas documentais e testemunhais por toda a coletividade é de suma importância nestes litígios. Ademais, a informação acerca da pretensão inicial, mormente quando ela se consubstancia no despejo compulsório da área, é essencial aos seus destinatários, até porque, posteriormente, serão eles que irão sentir, materialmente, o resultado da decisão. E, por fim, a ciência do processo lhe permite contestar a representatividade adequada do representante, nos moldes do que ocorre nas *class actions*.

As diligências citatórias prévias inscritas no artigo 554, § 1º, CPC, de se exigir a citação pessoal daqueles que forem encontrados na área *sub judice*, somada à publicidade descrita no § 3º deste dispositivo, devem servir como uma combinação útil para a informação e mobilização de maior número possível de indivíduos que integram esta coletividade. Uma vez cientes da pretensão inicial, eles têm mais potencial de organização e de, naturalmente, produzir uma defesa coletiva única, por meio de um líder ou mesmo do presidente da associação, se houver.

Pode ocorrer, ainda, de os possuidores se dirigirem à Defensoria Pública de forma articulada ou, mesmo, individualmente, para que o referido órgão preste assistência jurídica. Neste caso, vislumbrando a instituição tratar-se de um litígio efetivamente

coletivo, conforme premissas já apresentadas, deve o órgão atuante identificar a liderança e denominá-la de legitimado coletivo passivo, portanto, substituto processual de toda coletividade, passando o procedimento a ser uma verdadeira ação coletiva passiva. Ou, ainda que a instituição assim não o faça, vislumbrando o magistrado no caso concreto que a defesa apresentada é materialmente coletiva, pode determinar a indicação pela coletividade de um representante, que irá prosseguir durante todo o deslinde do processo na qualidade de legitimado coletivo passivo, passando, assim, a usufruir das garantias processuais por um viés abrangente, de modo a contemplar todos os substituídos.

Outra hipótese não descartada é a de que alguns possuidores apresentem, individualmente, contestações no processo. O que se faz necessário é aferir se esta contestação limita-se ao espectro do patrimônio jurídico do contestante, ou, ainda que apresentada de forma individual, mostra-se, materialmente, coletiva, aproveitando a todos os demais a defesa. Nesta última hipótese, pode-se ter, em um mesmo litigante, a representação ordinária e extraordinária por substituição processual. Esta situação já foi vislumbrada por Sérgio Arenhart, que sugeriu que nos conflitos coletivos de terra possa haver uma forma de “*legitimação especial*, que é ao mesmo tempo ordinária e extraordinária”⁹¹³. Por certo que, uma vez atuando como substituto processual, para que a decisão vincule toda a coletividade, a representatividade adequada deste contestante deve ser certificada pelo órgão julgador.

Esta legitimação dupla, ordinária e extraordinária, reunida em um só contestante não precisa ser única, ou seja, pode ocorrer de mais de um possuidor apresentar uma defesa materialmente coletiva, em nome de toda a coletividade. O que se faz necessário é que o magistrado, enquanto gerenciador dos atos processuais, atue para evitar tumulto processual, o que poderia ocorrer com a intervenção de múltiplos réus intervenientes. Isso não é desejável, pois levaria aos mesmos problemas do litisconsórcio multitudinário. Nestas hipóteses, o vetor orientador do órgão julgador para admissão de intervenções individuais deve ser o fato de que tais litigantes tragam ou possam trazer questões novas e relevantes, que não foram aventadas pelas partes, evitando-se, por intermédio desta condição, a reiteração de teses e manifestações já aventadas⁹¹⁴. Nisso não há qualquer violação às garantias processuais sociais. No modelo de representação de interesses, o direito de

⁹¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*. Op. Cit., p. 204.

⁹¹⁴ Essa, na verdade, é uma dos pressupostos da Suprema Corte dos EUA (Regra 37.1 Regimento Internado da Suprema Corte) de permitir a intervenção do *amicus curiae*, justamente para evitar tumulto processual.

participação individual deve ser compreendida como o direito de controlar a representação, impugnando-a ou acrescentando fatos e argumentos à defesa apresentada pelo representante.

Como se vê, este modelo híbrido proposto não afasta por completo a intervenção individual, mas com ela convive em um modelo de legitimação ordinária e extraordinária sustentável.

Não há dúvidas de que o ideal seria fazer recair a legitimação e, conseqüentemente, a citação necessária sobre eventual liderança da comunidade. Mas esta exigência seria de um ônus desproporcional ao autor, que, dificilmente, conseguirá, neste tipo de conflito, apontá-la com precisão. Caso o consiga, é melhor que assim o faça, ou seja, engendre esforços para que a liderança seja qualificada no polo passivo como representante da coletividade. Utilizando-se do mesmo raciocínio das *defendant class actions*, é também de interesse do autor que o representante indicado na inicial tenha potencialidade de ser um representante adequado, pois isso pode levar à presunção desta qualificadora e requisito da legitimação de agir e pode garantir a higidez do procedimento, afastando possíveis e futuras impugnações.

Tem-se, ainda, como já adiantado no Capítulo 05, que não há como descartar a possibilidade de existência de subgrupos inseridos no conflito maior. Para cada subgrupo é necessário um representante adequado, caso contrário, não há que se falar em coisa julgada material para parte da coletividade que não foi devidamente representada, vez que não gozou de suas garantias inerentes ao devido processo legal.

Neste caso, os órgãos intervenientes e o magistrado devem estar atentos para garantir a coesão ideológica entre o grupo e o representante. A previsão expressa da inspeção judicial neste tipo de conflito (art. 565, § 3º, CPC), por exemplo, revela-se um instrumento útil para o magistrado, para que esta possa verificar, *in loco*, não apenas as condições do assentamento humano, mas também, no diálogo com a comunidade, aferir se os ocupantes têm de fato conhecimento da demanda, se há uma liderança identificável, se é possível aferir fatos que levem à conclusão da existência de subgrupos, entre outras funções pertinentes.

Ademais, as próprias intervenções individuais podem também ser eficientes para denunciar a fragmentação em subgrupos e a falta de representatividade. Como já afirmou Vitorelli, “intervenções de indivíduos integrantes da classe também não devem ser vistas com maus olhos em litígios locais”. A assertiva é acertada principalmente quando tais

intervenções visam a agregar perspectivas de subgrupos⁹¹⁵. Na verdade, a existência de subgrupos pode ser inferida da própria manifestação de um dos possuidores, que, em sua peça de defesa, diferencie a sua situação fático-jurídica deste outro subgrupo. Se assim o faz, depreende-se de que há outra coletividade que está sem um porta-voz.

Vale pontuar que a justificativa para que um possuidor possa atuar como legitimado extraordinário encontra-se no próprio artigo 554, parágrafo 1º, CPC. A partir do momento em que o dispositivo dispensa, expressamente, a citação de parte dos ocupantes da área, com vistas a racionalizar e tornar possível o acesso à justiça ao autor, está franqueando poderes àqueles que foram devidamente cientificados para que possam ingressar nos autos e apresentar a tese de defesa em nome desta coletividade. Por certo, somente se entenderá que houve gozo do direito de defesa e seus consectários àqueles não citados pessoalmente, se houver representatividade adequada, ou seja, se houver legitimação de agir coletiva.

Entretanto, se ainda assim não sobrevier nenhuma contestação ou, se aquelas apresentadas limitarem-se a deduzir fatos estritos ao possuidor contestante, a Defensoria Pública e o Ministério Público passam, segundo o nosso entendimento, a atuar a título de legitimados coletivos passivos.

A necessária exigibilidade da observância deste procedimento prévio e, portanto, de compreender a legitimação da Defensoria Pública e do Ministério Público como subsidiária, faz concluir pela impossibilidade de o autor apontar, logo no início do litígio, estes dois órgãos públicos como substitutos processuais da coletividade, ao menos neste tipo de demanda, ou seja, nos litígios coletivos locais. Fazer recair o dever de uma defesa coletiva de uma comunidade, com a qual tais órgãos públicos sequer têm contato prévio, é fazer desta importante garantia constitucional mera formalidade. Por mais esforços que tais entes possam engendrar, eles não conseguirão cumprir com vigor a exigência de se apresentar uma defesa coletiva efetiva e agirão na superficialidade da atuação do curador especial, o que, como dito, não é suficiente como solução para os conflitos passivos plurissubjetivos.

Enquanto legitimados coletivos passivos, podem tais órgãos públicos apontar vícios no procedimento citatório. Desta forma, caso não tenha havido citações pessoais individuais de forma satisfatória na primeira fase do procedimento citatório, podem os entes legitimados exigir a realização de novas citações, sob pena de nulidade da fase

⁹¹⁵ O *Devido Processo Legal Coletivo*. Op. Cit., p. 514.

citatória. Se a publicidade da existência da ação não foi efetiva, os legitimados coletivos podem requerer novas diligências para que se cumpra de maneira satisfatória tal princípio. Identificados os líderes ou associações constituídas, podem os órgãos públicos requerer que novas diligências sejam feitas para a citação de tais lideranças, entre outros requerimentos preliminares.

Em outros termos, fica clara que a imputação de um destes dois órgãos como legitimados passivos não recai qualquer presunção de citação e informação da coletividade, caso contrário, a sua intervenção será meramente formalista e legitimadora de um procedimento injusto. Cabe à própria Defensoria Pública e ao Ministério Público, ao vislumbrarem vício citatório, mormente quanto à insuficiência dos procedimentos exigidos, defender que não é um representante adequado para atuar na lide, ao menos, até que novas diligências sejam feitas, de modo a proporcionar a informação e impulsionar uma reação da comunidade, que pode ocasionar na apresentação de uma defesa pela própria comunidade ou que esta se mobilize para subsidiar o órgão público na elaboração da defesa coletiva. Ademais, cientes da pretensão, possibilita-se a intervenção individual ao longo do processo para eventualmente impugnar a representatividade adequada da Defensoria Pública ou do Ministério Público, havendo, assim, uma forma constante de fiscalização da atuação dos órgãos públicos.

Ao órgão julgador caberá garantir a proporcionalidade de todos os princípios envolvidos neste litígio. Isso se traduz em um poder judicial maior neste tipo de demanda, assim como ocorre nas *class actions* norte-americanas e assim como sempre foi defendido pela doutrina no Processo Coletivo. O parâmetro é sempre a busca do equilíbrio processual, diante de todas as vulnerabilidades apontadas que, reconhecidamente, permeiam a parte ré, que é alvo de pedido de remoção compulsória. Vulnerabilidades estas, como já demonstramos, de todas as ordens, processual, econômico-financeira, ideológica.

De todo modo, a possibilidade de um modelo público, ainda que subsidiário, não faz dos substitutos processuais meros arguidores de questões formais e preliminares. O fato de não integrarem a coletividade não os exime de preservar a interatividade com os substituídos, por meio de uma relação fluida e dinâmica, incrementada pelas mais variadas formas de influência recíprocas e de limitações de atuação, assim como deve ser a atuação do representante adequado. Por esta razão, os órgãos públicos devem insistir em um modelo de informação-reação realmente efetivo. Daí decorre a importância de a comunidade ré estar ciente da demanda e dos termos da pretensão de remoção contra ela, pois é isso que

irá fazer com que também se mobilizem para auxiliar e contribuir com o órgão público para uma defesa plena.

É importante reconhecer que esta proposta exige uma releitura da forma de atuar da Defensoria Pública e do Ministério Público neste tipo de litígio. Assim como se postulam mudanças estruturais do Poder Judiciário nos processos de interesse público, exigindo, entre outras questões, um magistrado mais ativo, mais comprometido com uma justiça substancial, uma justiça menos burocrática e mais efetiva⁹¹⁶, não há dúvidas de que dos demais atores desta mudança processual estrutural também serão exigidos um novo modelo comportamental, mais ativo, mais dinâmico, multidisciplinar, policêntrico, coparticipativo, e, principalmente, mais próximo da coletividade a qual está substituindo. O que se está a dizer é que, nestas espécies de conflitos, cabe ao Ministério Público e à Defensoria Pública fomentar o agir coletivo do grupo, atuar para, ainda que, por meio de um modelo representativo, haja empoderamento processual da coletividade, agir com vistas à molecularização dos interesses individuais, de mostrar à coletividade a coesão entre seus interesses e a proximidade ideológica que os enlaça, quando assim for possível.

Já defendemos em trabalho anterior que, mesmo nos processos coletivos ativos, os legitimados coletivos “devem se aproximar da sociedade civil e despertar o interesse dessa coletividade em participar de um diálogo plural e aberto, franqueando a possibilidade de concorrerem para a delimitação da causa de pedir e do pedido”⁹¹⁷. Para isso, propusemos a utilização das audiências públicas como principal instrumento⁹¹⁸, sem prejuízo do diálogo constante com a coletividade e suas lideranças.

Tais mecanismos extraprocessuais auxiliam na intensa troca de informações e concorrem para que o legitimado coletivo atue segundo os interesses específicos do grupo, assim como deve ser nos litígios locais.

Outra proposta pertinente para que o legitimado coletivo, principalmente a Defensoria Pública e o Ministério Público, possa mapear os fatos subjacentes ao conflito,

⁹¹⁶ Sobre a atuação do magistrado nos litígios coletivos de posse: “Os dispositivos põem em destaque, como dito, uma postura judicial ativa, voltada a assegurar que as partes hipossuficientes recebem efetivamente o apoio do órgão estatal responsável pela prestação de assistência jurídica. Trata-se de medida que, além de reconhecer o estado de vulnerabilidade das partes, também impõe ao Poder Judiciário que saia da sua zona de inércia para assegurar que tais pessoas não fiquem indefesas” (LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Um Novo Código de Processo Civil para uma nova Defensoria Pública. *In: Repercussões do Novo CPC*. Defensoria Pública. Salvador: JuspodVm, 2015, p. 354).

⁹¹⁷ CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos Coletivos e Políticas Públicas*. Op. Cit., p. 213.

⁹¹⁸ Para Alexandre Amaral Gavronski, trata-se de técnica extraprocessual de informação desse legitimado (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: RT, 2010, p. 23).

para que lhe permita compreender os interesses de seus substituídos e, ainda, identificar subgrupos são pesquisas quantitativas⁹¹⁹, o *survey*⁹²⁰, questionário a ser respondido por cada família integrante da comunidade, com perguntas fechadas e direcionadas. No caso dos conflitos fundiários, tais pesquisas podem ser efetivas, ao menos para um mapeamento inicial da comunidade, com perguntas e respostas simples. Fatos importantes que podem ser apurados por esta modalidade de pesquisa: tempo da família na posse; a quantidade de moradores da residência; o número de crianças e adolescentes na casa; grau construtivo (madeira ou alvenaria); quantos cômodos; se a se há prestação de serviços essenciais oficiais, como água e luz; qual a sua relação com os instrumentos públicos do entorno (creche, posto de saúde, transporte); se tem interesse de ser removido para outra área ou não, dentre outras perguntas específicas e pertinentes que o conflito pode demandar. Por certo que tais pesquisas irão dar apenas o retrato inicial da comunidade e, sozinhas, podem ser insuficientes para garantir uma radiografia mais profunda. Por esta razão, é importante que sejam somadas a outros recursos, acima mencionados.

Em linha de conclusão, defendemos que a legitimação coletiva passiva dos órgãos públicos sejam sempre subsidiárias, ou seja, que só ocorram quando não houver manifestação de integrantes da própria coletividade nos autos ou quando estas não forem representativas do grupo. Nas demais hipóteses, Defensoria Pública deve atuar como *custos vulnerabilis* e o Ministério Público na sua função de *custos legis*, que, neste caso, recai sobre a coletividade vítima de uma possível remoção.

Não há como negar que não haja dificuldades de aplicação de modelos representativos, nos moldes que estamos a defender. A representação, pela simples função que exerce, de substituir a participação individual, é, por si só, bastante complexa, fazendo sempre necessário o seu aprimoramento, para que cumpra o seu papel e, ainda, ganhe altos níveis de eficiência. De todo modo, nos casos em que a participação individual é mera quimera, como no modelo individual, a representação de interesses se mostra o melhor caminho e deve ser aplicada, pois coloca o membro do grupo em situação melhor do que a mera ficção de gozo individual de suas garantias⁹²¹, como está a ocorrer.

⁹¹⁹ A proposta de aplicação de pesquisas quantitativas e qualitativas nos litígios coletivos locais é de Edilson Vitorelli, que expõe outras técnicas disponíveis, que podem auxiliar o representante a ter uma melhor percepção dos interesses da coletividade (*O Devido Processo Legal Coletivo*. Op. Cit., pp. 496-508).

⁹²⁰ Espécie de pesquisa quantitativa, constituída a partir de um questionário, com perguntas fechadas e direcionadas. Os formulários devem conter todos os questionamentos representativos das variáveis para o êxito da pesquisa (BECKER, Howard S. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. In: *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. I, jul.2014, p. 184-198).

⁹²¹ Este é o pressuposto para a representação de interesses, na visão de Jay Tidmarsh: que ela coloque o membro do grupo em situação não pior do que se estivesse no controle individual de seu próprio caso: “The

definition of adequate representation that best accommodates the preference for individual control of litigation, the need for class actions, and the conflicting interests within the class is simple: The representation provided to a class member is adequate if and only if the actions of the class representative and class counsel can reasonably be expected to place that class member in no worse a position than that class member would have enjoyed had she retained control of her own case. More simply, the principle might be stated: Do no harm” (TIDMASH, Jay. Rethinking Adequacy os Representation (2009). *Scholarly Works*. Paper 531. pp. 1175-1176).

CAPÍTULO 8 LITÍGIOS FUNDIÁRIOS E COLETIVIDADE NO POLO PASSIVO: PROPOSTA DE UM MODELO PARA O SEU CORRETO DIMENSIONAMENTO

Postas as principais premissas e conclusões a respeito das questões pertinentes aos litígios fundiários, faz-se o momento de relacioná-las e sistematizá-las, para que possamos apresentar, de forma mais clara, o que entendemos por um devido processo legal que deve subsidiar o litígio fundiário passivo. Aproveitamos também este capítulo para acrescentar alguns ingredientes adicionais que entendemos ser importantes a este modelo e que também integram o devido processo legal para o correto dimensionamento do direito material.

Como pontua Dinamarco, “método é o modo pelo qual determinada ciência encara e examina seu objeto material”⁹²². Fincado nesta linha, se a nossa proposta é a apresentação de um método processual para lidar com idiosincrasias dos litígios fundiários, o ponto de partida deve ser necessariamente a fase exploratória do direito material que lhe é subjacente. Por direito material, deve-se entender as opções ideológicas de uma sociedade, ou seja, valores extraídos dos preceitos constitucionais, que ganham concretude e direcionamento por meio da diretriz advinda dos anseios sociais e das necessidades do povo. Em outros termos, é imprescindível o exame detalhado e crítico da norma justaposta à realidade social que cerca os jurisdicionados, pois é ela que deve servir de molde e dar os contornos do devido processo legal.

Neste sentido, não há como refletir sobre a construção de um método de resolução de conflitos sem fazer uma análise crítica do contexto fático e axiológico que está por trás do embate, caso contrário, as vigas do modelo estruturante do percurso que deve ser perseguido para se alcançar uma decisão justa se esmoecem e acabam servindo apenas como meio legitimante do litigante mais forte, reafirmando, assim, a disparidade de armas que já existe no conflito sociológico. De nada adianta um processo que não se mostra minimamente capaz de infirmar as forças preponderantes no cenário extraprocessual⁹²³,

⁹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. Malheiros. São Paulo, 2016, p. 117.

⁹²³ “O Direito Processual Civil convencional é o reino da resolução de disputas entre indivíduos supostamente iguais e racionais no contexto de sociedades governadas por regras jurídicas relativamente homogêneas, que operam no interior de uma tradição legal” (UZELAC, Alan. *Direito Processual e Pluralismo Jurídico*. Grupos Desfavorecidos de pessoas e uma abordagem ao processo judicial derivado do esbulho possessório e do deslocamento forçado. Como resolver disputas privadas (que não envolvem o Estado) sobre a terra que envolvem membros de grupo em desvantagem, a exemplo dos indígenas, de uma forma justa e garantindo o devido processo Legal? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Ano 11. vol. 18. Número 2. Maio a Agosto de 2017, p. 5.

que não consiga filtrar aquilo que seja capaz de desestabilizar o atingimento da procedimentalização com paridade substancial às partes litigantes para se chegar ao provimento jurisdicional mais próximo de uma justiça razoável.

Com efeito, se faz importante a ressalva de que a identificação e a investigação dos entraves para um modelo processual justo é mais fácil de ser feita do que a percepção das soluções eficazes para ilidi-los. Quando se analisa determinados litígios, e os litígios fundiários certamente é uma dessas espécies, verifica-se quão difícil é este desafio posto à ciência processual.

Firme neste propósito, adentramos, inicialmente, no perfil de distribuição de terras e imóveis de nosso país, bem como nas razões que impulsionam a formação de assentamentos informais e as ocupações de imóveis vagos e abandonados. A doutrina especializada sobre o tema dificilmente diverge sobre os fatores causais deste fenômeno: mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas e regimes jurídicos elitistas e individualistas⁹²⁴. Estes fatores desvelaram-se, ao logo dos anos, uma combinação eficaz para a segregação social e para a deterioração da dignidade habitacional de milhares de indivíduos⁹²⁵.

As conclusões atinentes às causas deste grave desajuste fundiário de nosso país são importantes para a percepção de que o discurso de culpabilização da população vulnerável por suas próprias mazelas urbanas, tão propagado fora do diálogo processual, não contamine e infirme o exercício das garantias processuais da coletividade que ocupa determinado imóvel, ou seja, não seja fator de restrição do gozo do devido processo legal e, com isso, sirva para embasar um pré-julgamento. A reflexão crítica acerca estigmatização dos “favelados” ou dos “invasores”, que ingressam no processo como partes processuais, na maioria das vezes em situação jurídica processual passiva, é extremamente necessária para que esta leitura enviesada não seja transposta ao processo. Deste modo, a negação corriqueira do direito a estes cidadãos no âmbito extraprocessual deve ser contornada para que não culmine em obstáculo intransponível ao acesso à justiça. Caso

⁹²⁴ FERNANDES, Edésio. A Produção Socioeconômica, política e jurídica da informalidade urbana. *In: Manual de Regularização Fundiária*. Instituto Pólis, 2002. Disponível em <http://polis.org.br/uploads/949/949.pdf>. Acesso em 10/05/2018.

⁹²⁵ A análise precisa de Ermínia Maricato: “O modelo é contra os pobres que estão longe de constituírem minoria em nossa sociedade. O modelo quer os pobres fora do centro como anunciou o jornal Brasil de Fato. Tudo isto é óbvio. O que não parece óbvio é que, em última instância, como diria Althusser, a determinação disso tudo é econômica. A centralidade é a produção do espaço urbano e a mola propulsora, a renda imobiliária” (MARICATO, Ermínia. *Para entender a Crise Urbana*. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 63).

contrário, tratar-se-ia da negação da reivindicação de seu próprio direito, trancando, então, a última porta que lhes resta.

Vale a ressalva de que o desafio a que se coloca neste trabalho, de proposição de um modelo processual adequado aos conflitos fundiários pela perspectiva do direito de defesa, implica, também, no reconhecimento das próprias limitações do processo e de sua contribuição para o acesso à ordem jurídica justa. Qualquer tentativa de construir um procedimento justo deve, por outro lado, ter a autocrítica de reconhecer e identificar aquilo que o devido processo legal, por si só, não é capaz de equalizar. À ciência processual cabe também este olhar abrangente, que implica no reconhecimento das limitações inerentes ao alcance da justiça plena pela tão só procedimentalização. Exemplo disso é a discussão legislativa sobre a inserção do requisito da demonstração do cumprimento da função social da propriedade como pressuposto para a liminar possessória. Se por um lado defendemos a importância de o requisito estar expresso na normativa processual, de outro, estamos convictos de que não há como depositar em uma proposta de *lege ferenda* a força transformadora da tutela da posse e de seus princípios correlatos. Como já apontado, o perfil ideológico dos juízes, por exemplo, tem um impacto inegável para a intelecção da norma, material ou processual, ainda que o dever de fundamentação seja um mecanismo de controle de subjetivismos extremos. Daí porque trabalhar em outras frentes, concomitantemente, é extremamente necessário para o alcance de um modelo de justiça que entendemos como adequada

Na esteira das variáveis de diversas ordens, há casos em que claramente o direito posto não se mostra, por si só, restritivo ao acesso à terra ou à moradia digna, pois a assimetria está depositada nas relações sociais, políticas e econômicas⁹²⁶. Neste caso, cabe ao processo corrigir, ou, quiçá, atenuar estas assimetrias⁹²⁷, para que a relação jurídica estabelecida no processo ganhe *status* mais simétrico. Diante do perfil socioeconômico que traçamos daqueles moradores dos assentamentos irregulares, é possível ter uma ideia do

⁹²⁶ Esta é conclusão de Renata Medeiros Paolletto, na obra *Conflitos Fundiários na Baixada do Ribeira: a posse como estratégia de apropriação*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estadual de Campinas, 1992, p. 339.

⁹²⁷ Sobre as assimetrias no plano sociológico: “Outra questão que se deve abordar é a política da aparente equiparação entre a grotesca figura política, jurídica e social do proprietário e a pobre e sofrida figura espoliada do trabalhador, na definição dos meios e dos objetivos que serão adotados pelo governo, simulando desse modo a possível implementação de uma sur-real democracia, mas na verdade, sur-retórica, sem a implementação de uma necessária redistribuição de rendas, que viesse a provocar o deslocamento funcional da própria noção do direito de propriedade e sua proteção processual, os quais, já demonstramos, visam à perpetuação das injustiças e das atrocidades sociais” (SANTOS, E. L. Silva. *Processo Civil e Função Social: duas fábulas para o vazio*. In: *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Op. Cit., p. 107).

esforço necessário esperado do Processo Civil enquanto instrumento eficiente, não apenas para reequilibrar a relação jurídica processual, mas também para garantir o acesso à justiça dos vulneráveis.

Portanto, não obstante outras variáveis que possam vir a desviar o caminho para o alcance de uma justiça substancial, insistimos na tentativa de construção de um modelo procedimental que possa formatar as relações iniciais de embate, de modo a torná-las mais isonômicas. Como bem pontua Barbosa Moreira, a credibilidade do processo como instrumento de solução de conflitos de interesses depende essencialmente de sua capacidade de oferecer aos respectivos titulares uma perspectiva de equanimidade⁹²⁸. Apropriando-nos da reflexão de Barbosa Moreira, podemos afirmar que somente é válido rever o modelo estrutural dos litígios fundiários em juízo se a proposta perpassar por mecanismos eficientes que garantam às partes a paridade por intermédio do processo.

Se por um lado reconhecemos a incapacidade de que o traço procedimental solucione todos os vícios e assimetrias que existem no plano sociológico, mormente quando são de ordem ideológica, por outro, é necessário não descurar da responsabilidade do Direito Processual de, ao menos, atenuar estas deformidades do plano sociológico, para que não sejam replicadas no diálogo processual. Neste sentido, já mencionamos o impacto provocado pela ausência de qualificação da parte ré e da utilização de termos pejorativos, como “invasores”. Esta percepção sempre foi denunciada pelos movimentos sociais, que, quando do debate do Código de Processo Civil de 2015, insistiram no emprego do termo “ocupante” para a redação legislativa. A insistência decorreu justamente em razão da necessidade de se afastar qualquer desqualificação jurídica prévia da coletividade inserta no polo passivo e retirar, aos poucos, o estigma da coletividade que demanda ou é demandada judicialmente. É importante pontuar que este “estigma”, fora e dentro do processo, é óbice concreto à paridade de armas que pretendemos alcançar.

Os termos linguísticos utilizados no diálogo processual podem, a princípio, passar despercebidos, mas acabam por corroborar o preconceito processual de estereótipos das partes, como bem pontuado por Becker, o que é bastante observado nos litígios fundiários. Por esta razão, é dever dos sujeitos processuais observar os termos técnicos legislativos corretos. Desconhecida a identidade dos réus, o autor deve qualificar o polo passivo como

⁹²⁸ MOREIRA, Barbosa. La Igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 44, p. 82, out/dez, 1996.

“ocupantes da área tal”, devendo o magistrado fazer o controle deste dever direcionado às partes durante todo o trâmite processual (art. 78, § 1º e 2º, CPC).

A propósito, sobre a qualificação, já deixamos claro que é ônus do autor demonstrar os conceitos jurídicos indeterminados constantes do artigo 319, § 3º, CPC, como os termos “impossível” ou “onerosidade excessiva”, qualificativos utilizados para definir os obstáculos legais de individualização e qualificação dos réus ao acesso à justiça do autor. Por certo que afirmar apenas que são múltiplos e que os desconhece não basta para a dispensa da qualificação e individualização da parte ré, que são requisitos que provavelmente irão ter repercussão grave no exercício do acesso à justiça do réu. Deste modo, diante de seu potencial de limitar o gozo do espectro de garantias e direitos, é importante que tais termos sejam lidos de forma restritiva e acompanhados de demonstração efetiva das assertivas lançadas.

Mas o ponto fulcral para o gozo de um procedimento justo preconiza-se sobre o reconhecimento da insuficiência da estrutura do modelo de litígio clássico e bipolar que estamos acostumados a lidar. A complexidade inerente aos valores que se contrapõem neste tipo de conflito desperta interesses multifacetados, de vários corresponsáveis, culminando em um processo multipolar. A proposta seria, então, de uma mudança estrutural do procedimento tradicional, de modo a tornar o Direito Processual apto a concorrer para o alcance de um provimento justo.

A princípio, esta complexidade e os múltiplos polos de interesse podem não ser percebidos no litígio. Isso porque a perspectiva do direito de defesa do conflito fundiário contempla um recorte bastante específico e delimitado, determinado pelos limites objetivos da ação proposta pelo autor, que, utilizando-se ou não da tutela possessória, tem como objetivo a remoção da coletividade que está no imóvel *sub judice*. A reação da parte ré contempla a resistência em relação a este pedido de remoção. Assim, a princípio, esta constatação poderia nos levar a refletir que a decisão judicial resultante do litígio poderia manter-se na linha da tradicional análise “lícito-ilícito”. Contudo, aprofundando-se um pouco mais na leitura do litígio, é possível verificar que as nuances que perfazem o conflito fundiário, como pontuamos, ilidem qualquer tentativa de simplificação para a busca de um provimento jurisdicional efetivamente justo: a análise da função social da propriedade; a relação entre a ocupação e o meio ambiente equilibrado; o instituto do abandono (que ainda tem critérios e procedimentos pouco conhecidos); os institutos e princípios urbanísticos e agrários, que envolvem uma visão mais abrangente da cidade e do campo; a análise histórica do crescimento da cidade; a contraposição com a política habitacional e de

distribuição agrária; a estrutura de serviços que servem à comunidade; o direito à educação das crianças e adolescentes que serão afetadas pela remoção, diante da possibilidade de perder o ano letivo causado pelo deslocamento forçado; a possibilidade de violação da integridade física das pessoas a serem removidas, no cumprimento do mandado; tudo isso corroborado com as complexidades inerentes à multiplicidade de sujeitos processuais, que perfazem diversos polos de litigância e de interesse e que fazem desta decisão um plexo emaranhamento de reflexões que dizem respeito a diversas áreas, e, que então, dificilmente caberão em um modelo processual estreito. Como se vê, o desafio do procedimento está em antever que o provimento jurisdicional justo não se limita a enquadrar a situação no bloco da legalidade ou da ilegalidade, mas de se mostrar sensível a um “espectro de experiências socioespaciais cuja permeabilidade na cidade dependerá de sua identidade ou estranheza diante dos critérios de verificação que constroem o normal ou o subnormal”⁹²⁹.

Em outros termos, os conflitos fundiários são, comumente, apresentados com base em códigos e relações de justiça comutativa, como a violação pelo réu ao direito de propriedade do autor. Mas, uma investigação um pouco mais aprofundada, revelará uma realidade sociológica complexa, exigindo da estrutura jurídico-decisória procedimentos com articulações que consigam dimensionar estes elementos e espelhem a complexidade que os rodeia⁹³⁰. Tais fatores que integram o diálogo processo demonstram a necessidade da formatação de um procedimento que seja estruturado para lidar com componentes complexos, sejam eles fáticos ou jusfilosóficos e, ao final, culmine nas denominadas “decisões estruturais”.

Os elementos que estão em voga e se contrapõem nos litígios fundiários foram bem descritos por Sérgio Arenhart, que se utiliza deste exemplo para propor a necessidade de se estabelecer medidas estruturantes a este tipo de processo, que envolve questões de alta complexidade:

Imagine-se uma ação de reintegração de posse, de área ocupada por movimento social. A pretensão do autor será a retomada imediata do imóvel; já a resistência dos réus simboliza a tentativa de manutenção da área, especialmente com o propósito de sensibilizar o Governo para os problemas sociais ligados a terra. Uma solução judicial que esteja

⁹²⁹ MILANO, Giovanna Bonilha. *Conflitos Fundiários Urbanos e Poder Judiciário*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 219.

⁹³⁰ “Um sistema jurídico-decisório estaria apto a gerir as relações sociais, em um determinado contexto, na medida em que a sua estrutura interna, os procedimentos operacionais e a articulação estabelecida pelos elementos integrantes do sistema fosse suficientemente complexa de modo a reproduzir a complexidade social que lhe rodeia” (RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Razão burocrática e acesso à justiça*. Max Limonad: São Paulo, 2002, p. 79).

condicionada, apenas, a acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, o pedido do autor, certamente gerará soluções inadequadas. Optar pelo deferimento da medida de reintegração de posse, pode agravar um problema social, com a remoção de famílias inteiras, que poderão ocupar outro imóvel ou insistir em outros meios mais violentos de fazerem-se ouvir. A rejeição do pedido, por outro lado, implicará negativa ao direito de posse/propriedade, um dos pilares do direito privado moderno, com consequências nefastas, a par de gerar reações certamente graves no âmbito dos conflitos agrários⁹³¹.

Os pontos que estão envolvidos no processo, abordados por Arehart, mostram bem os valores que estão em jogo no litígio, inclusive a impossibilidade de se fazer tábula rasa do direito à propriedade, que, sem dúvida nenhuma, detém a sua faceta, o seu espectro individual. Se é certo que a defesa neste trabalho foi incisiva acerca da necessidade de se tecer um olhar mais socializante para o direito à propriedade, por outro lado, não há dúvidas de que qualquer decisão sobre as ocupações não pode passar por uma defesa expropriatória com fulcro apenas na análise social da parte ocupante, o que representaria o esvaziamento por completo do conteúdo jurídico do direito à propriedade, que também se mostra importante para os pilares de nossa sociedade e de um Estado Democrático de Direito. Portanto, por todos os lados que se analise, a complexidade é inerente aos bens jurídicos envolvidos no jogo processual.

A investigação acerca dos conflitos fundiários que fizemos neste trabalho demonstrou que os óbices que os destinatários das pretensões judiciais de remoções enfrentam podem se tornar verdadeiras barreiras ao acesso à justiça. Isso porque as vulnerabilidades processuais da coletividade, ou seja, as fraquezas processuais impeditivas do amplo exercício das faculdades processuais e geradoras de desequilíbrio entre os litigantes⁹³² parecem ser incontestáveis. O exercício do contraditório é bastante dificultado em razão da questão numérica da multidão de réus no polo passivo da lide. A pobreza, expressa no texto legal como hipossuficiência financeira dos réus, revela-se, por si só, um elemento de queda na balança da justiça em desfavor do pobre, forçado ao declínio cada vez mais que o poderio econômico ou político da outra parte se mostra relevante. Tem-se, ainda, a ideologia processual, como já demonstramos, é também um fator importante, que

⁹³¹ ARENHART, Sergio. Decisões Estruturantes no Direito Processual Civil Brasileiro. In: *Processos Coletivos. Revista Eletrônica*. vol. 6, n. 4, jan.-abril de 2015. Disponível em <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. Acesso em 15/04/2018.

⁹³² BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. MAIA, Maurílio Casas. Isonomia Dinâmica e Vulnerabilidade no Direito Processual Civil. In: *Revista de Direito Processual*. RT. Ano 39. vol. 30, abril de 2014, p. 363 (pp. 347-365)

concorre para manipular a técnica diferenciada inerente ao procedimento especial das possessórias para favorecer o autor, que, regra geral suscita como fundamento de sua pretensão o seu direito de propriedade para obter a tutela da posse, mesmo isso lhe sendo defeso.

Ocorre que estes óbices, ao longo do tempo, agravaram os problemas sociais e aumentaram a violência advinda do embate por terras ou moradias, exigindo, de todos os Poderes, inclusive do Judiciário, uma mudança de postura e de uma atuação mais consentânea com os preceitos constitucionais. E, assim, os conflitos fundiários adentraram na agenda social do país e passaram a integrar o que se denominou de “novo movimento de acesso à justiça”⁹³³, pois, a despeito de não se tratar de uma novidade perante o Poder Judiciário, foram forçados a receber atenção e uma importância que antes não detinham, em razão de seus efeitos espraiados e a sua correlação com direitos próximos à dignidade humana.

A propósito do tema acesso à justiça, é sintomático a ideia de que a perspectiva deste trabalho, que tem como pano de fundo a discussão de valores e técnicas para a ampliação e efetivação ao acesso à justiça nos litígios fundiários, seja feita sob o prisma do direito de defesa. As pesquisas realizadas pelo cotejamento de decisões dos tribunais de justiça concluíram que os litígios fundiários se expressam, de forma amplamente majoritária, por ações de reintegração de posse contra uma determinada coletividade⁹³⁴. Isso demonstra que os “sujeitos coletivos de direitos não vêm constituindo-se enquanto sujeitos da judicialização”⁹³⁵, ou seja, não ajuízam ações coletivas visando ao resguardo de seus direitos e acabam, por fim, sendo demandados em uma situação de extrema vulnerabilidade, inclusive de natureza processual. Daí a importância de se elevar o direito de defesa e, conseqüentemente, as garantias do réu ao mesmo nível de igualdade em que está a parte autora, mormente quando os óbices versam sobre o acesso à justiça. E, como vimos, esta análise do acesso à justiça parece bastante embasada quando vistas sob as lentes do réu e, pior, quando vistas sob as lentes do “invasor”, como já pontuamos. Portanto, vale repisar, a construção de um procedimento apto a dirimir este tipo de litígio implica no

⁹³³ Para Galanter, este é o novo movimento de acesso à justiça: a inclusão de novos tipos de problemas, mas também o foco para problemas que anteriormente não tinham tanta importância, mas passaram a figurar na agenda de todos os Poderes (GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um Mundo de Capacidade Social em Expansão. In: *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre, ABraSD, vol. 2, n. 1, jan/jun, p. 45, 2015 (pp. 37-49)

⁹³⁴ Nesse sentido, a pesquisa de Giovana Bonilha Milano constatou que 82% das decisões analisadas derivaram de ações possessórias, que foram utilizadas para promoverem despejos coletivos (*Conflitos Fundiários Urbanos e Poder Judiciário*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 164).

⁹³⁵ *Estudo sobre soluções alternativas para conflitos fundiários agrários e tradicionais*. Op. Cit., p. 84.

reconhecimento da complexidade de seu objeto e da imprescindibilidade de se voltar os olhos para as particularidades que o compõe, antes de se construir caminhos para esta equação.

O atingimento de nosso propósito passa pela importante premissa inicial de que qualquer proposta para alterar os rumos para o provimento jurisdicional deve passar pela concessão de um poder-dever maior ao órgão julgador. Se o objeto do processo exige um provimento jurisdicional que proponha ações estratégicas para combater o ilícito e uma decisão judicial que contenha conteúdo prospectivo, é curial que o magistrado disponha de meios idôneos para tanto e, conseqüentemente, de poderes mais largos, inclusive para adaptar o procedimento e o provimento às circunstâncias do caso⁹³⁶.

Nesta linha, no modelo que ora se propõe, não há como escapar de um viés com cores mais publicistas do processo, o que quer dizer uma intervenção mais atuante do órgão julgador e não um processo meramente dependente da *performance* das partes, principalmente nos casos em que um dos lados já entra na lide em extrema desigualdade de posições.

A perspectiva juspublicista do processo vai ao encontro de um juiz ativo, com poderes integrativos e promocionais, que seja capaz de remover muitos obstáculos ao exercício de direitos individuais e da participação do cidadão na organização do Estado⁹³⁷. Ademais, diante do espectro coletivo do conflito fundiário, corroboram-se os argumentos para o fortalecimento dos poderes do órgão julgador, como sempre defendeu a doutrina do Processo Coletivo, impulsionado pela característica de instrumentalizar um objeto que é plenamente qualificado pelo interesse público.

Há, ainda, que se ter em mente que não há como proceder a uma alteração na estrutura clássica para a solução dos conflitos sem a participação mais ativa do órgão julgador e sem colocá-lo como corresponsável na perseguição de uma decisão substancialmente justa. A lógica do modelo de resolução de disputas necessita acompanhar as mudanças estruturais exigidas pela própria disputa, caso contrário, seus limites estreitos irão confinar o conflito aos métodos clássicos e completamente desajustados com as necessidades atuais.

⁹³⁶ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efetivos jurisdicionais complexos. In: *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 181.

⁹³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione de processo e responsalità del iudice. In: *Studio in onore di E. T. Liebman*. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1979, pp. 478-481.

Posto isso, não podemos deixar de reconhecer certa contradição entre a crítica que fizemos outrora acerca do perfil ideológico dos magistrados, que acaba por impactar de forma importante na interpretação conservadora das normas aplicáveis aos conflitos fundiários, com a defesa que ora fazemos, acerca da ampliação dos poderes dos juízes nesta modalidade de litígios. Isso porque a defesa do fortalecimento dos poderes do magistrado é, para parte da doutrina, os denominados “garantistas”, uma forma de manipulação ideológica, sob o subterfúgio de maior alcance pelo juiz da verdadeira “justiça”, típico de períodos fascistas e autoritários⁹³⁸. Daí, o risco da tirania dos juízes na modulação do procedimento, que pode ser tendenciosa ao perfil majoritário da classe.

Ocorre que esta correlação acima mencionada é controvertida por outra parte da doutrina, por meio da demonstração de que inúmeros exemplos de que leis progressistas foram aprovadas em períodos autoritários, a exemplo da própria Lei da Ação Popular, Lei 4.717/65, e Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85⁹³⁹. Quanto à crítica da manipulação ideológica, ou, melhor dizendo, tendência ideológica majoritária que se verifica nas decisões judiciais que se inclinam à defesa do conceito absoluto de propriedade, o remédio necessário não é aniquilar ou reduzir os poderes do juiz, mas insistir na busca científica da racionalidade decisional, por meio da procedimentalização do conteúdo decisório⁹⁴⁰ e no investimento de cursos multidisciplinares, para que a classe dos magistrados se sensibilize quanto aos elementos metajurídicos que inegavelmente devem ser considerados no momento do julgamento.

Faz-se imprescindível aferir a funcionalidade da outorga de maiores poderes de direcionamento do órgão julgador no processo, para se que possa concluir se os objetivos estão sendo atingidos, sem esbarrar em qualquer garantia dos jurisdicionados, mas, ao contrário, preservando-as. Não se pode perder de vista que o processo também é feito do componente privatístico, sendo imprescindível que a questão se pautar sobre o equilíbrio

⁹³⁸ “Pero, sobre todo, hay un hecho innegable: todos los códigos o leyes de reforma dictados en el siglo XX en los que se han aumentado fuertemente los poderes Del juez han sido dictados – y no será por causalidad – por regímenes políticos autoritarios, regímenes en los que se há limitado fuertemente o incluso suprimido la independencia judicial. Esto no es una opinión, ni un sueño producto de la imaginación, es un hecho” (AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso Civil e Ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 141).

⁹³⁹ Neste sentido, Barbosa Moreira: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, vol. 30, n. 122, abr., 2005.

⁹⁴⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 163-179.

entre o público e o privado⁹⁴¹. No contexto, o equilíbrio deve ser compreendido como eliminação de excessos de ambos os lados. E, excessos são identificados quando os princípios e regras estiverem desconectados dos reais escopos do processo. Enquanto estes princípios e regras estiverem servindo aos propósitos e às expectativas que a sociedade espera do instrumento processual, não há excessos e as reformas estruturantes são bem vindas.

Tem-se, ademais, que foi esta a recente escolha político legislativa, no que pertine ao aumento dos poderes dos magistrados para moldar o procedimento. Se por um lado o CPC/15 traz normas que franqueiam às partes maior controle sobre o procedimento, outras reforçam uma atuação mais ativa do magistrado, inclusive quanto à adaptação do procedimento frente às necessidades do direito material⁹⁴². Desta forma, houve uma alteração significativa da rigidez do procedimento comum, tido tradicionalmente como padrão e inflexível, para um procedimento plenamente permeável às técnicas diferenciadas, o que exige, necessariamente, uma atuação mais ativa do magistrado. Portanto, o que antes era atributo exclusivo dos procedimentos especiais, agora é autorizado também ao procedimento comum⁹⁴³, ou seja, as técnicas diferenciadas podem também ser integradas ao procedimento comum, flexibilizando-o, de modo a permitir que siga o caminho mais indicado à efetivação do direito material. Trata-se, portanto, de um caminho de mão dupla, com vistas à maior efetividade processual e, repisa-se, que, para o seu êxito, se faz necessária uma participação efetiva do órgão julgador com vistas a dar o molde mais certo às necessidades do direito material.

Neste sentido, o artigo 327 § 2º, CPC é lido como uma cláusula geral de flexibilização procedimental, já que autoriza a importação ao procedimento comum de técnicas especiais e vice-versa, portanto, técnicas dos procedimentos especiais para o procedimento comum, com o único escopo de se “concretizarem normas fundamentais”⁹⁴⁴. É sobre os auspícios desta normativa que nos pautamos para concluir que as técnicas

⁹⁴¹ No artigo “Público e Privado no Processo Civil na Itália”, Andrea Proto Pisani assim concluiu: “Gostaria de concluir com uma observação final. Público e privado constituem os componentes intrínsecos de todo o Processo Civil: é portanto inevitável que qualquer proposta de reforma parta do diverso ponto de equilíbrio que, em relação aos inúmeros nós do processo, se pretende alcançar para a composição deste eterno contraste” (PISANI, Andrea Proto. Público e Privado no Processo Civil. *Revista da Emerj*, vol. 4, n. 16, 2001).

⁹⁴² Artigo 139, IV, CPC; artigo 297 e artigo 536, §1º, CPC.

⁹⁴³ “(...) pode-se extrair a conclusão de que o procedimento comum é adaptável, maleável, flexível, bem diferente do modelo tradicional; de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais” (DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais: Dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 70).

⁹⁴⁴ Op. Cit., 73.

processuais destinadas aos litígios fundiários que ora propomos, salvo óbice justificado, sejam aplicadas indiferente ao procedimento escolhido pela parte⁹⁴⁵, inclusive em ações civis públicas em que a coletividade figura, materialmente, no polo ativo. Enfim, reforçamos a premissa de que as técnicas não mais estão presas a procedimentos estanques e taxativos, mas, ao contrário, estão à disposição para a construção de um modelo procedimental mais consentâneo e próximo ao objeto de direito material.

O empoderamento judicial maior, principalmente para a conformação do procedimento legal de acordo com as características do caso concreto, e a atipicidade das técnicas processuais, é uma das características do denominado “processos estruturais”.

Owen Fiss conceitua o processo estrutural como um tipo de adjudicação em que os juízes, ao darem significado aos valores públicos, acabam por reestruturar as organizações burocráticas, com vistas a eliminar as ameaças impostas a tais valores⁹⁴⁶.

Denominadas nos Estados Unidos de *structural injunctions*, tal modalidade de processo recebe atenção por exigirem decisões que fogem do padrão, diante da insuficiência do modelo tradicional em proporcionar um embasamento à legitimidade dos papéis esperados do juiz e do tribunal⁹⁴⁷. Em razão de seu objeto estar marcado pelo interesse público, sua estrutura torna-se multipolar, difusa, amorfa, inclusive, sujeita a mudanças no curso do litígio. Exige-se uma decisão judicial que mensure os efeitos prospectivos e que, pela complexidade deste objetivo, integre outros sujeitos que transcendam as partes e de advogados e que, se necessário, tenham conhecimento específicos extrajurídicos, portanto, de outras ciências⁹⁴⁸. E, para o sucesso destas mudanças estruturais, não há como o magistrado não ser figura central de autoridade, “pois o poder de decidir sobre o direito e moldar a solução para o caso permanece em suas mãos”⁹⁴⁹.

⁹⁴⁵ Neste mesmo sentido, Didier, Cabral e Cunha: “Assim, havendo, por exemplo, vários réus no mesmo processo, submetido ao procedimento comum, e sendo relevante a questão a ser discutida no caso, é possível aplicar a técnica do § 3º do art. 554 do CPC e dar ampla publicidade da existência do processo e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, o juiz valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios” (*Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais*. Op. Cit., p. 82).

⁹⁴⁶ FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil*. Op. Cit., p. 27.

⁹⁴⁷ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, n. 7, vol. 89, mai, 1976, p. 1281.

⁹⁴⁸ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, n. 7, vol. 89, mai, 1976, pp. 1296-1302.

⁹⁴⁹ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma Verdade Viva. In: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Felix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodiVm, 2017, p. 45.

A proposta do litígio estrutural desvela-se como uma opção aos claros limites da lide clássica de polarização do litígio. Como já pontuou Sérgio Arenhart, malgrado questões atinentes ao crédito ou à propriedade tenham, no plano social, uma concorrência de interesses, diversas posições e incontáveis nuances, acabam sendo transformados pelo Processo Civil em uma relação bilateral, com o mero enquadramento de autor e réu, e até mesmo terceiros, em pontos extremos⁹⁵⁰. Neste sentido, o processo clássico parece propiciar uma “desrealização” dos conflitos sociais, convertendo-os em conflitos jurídicos⁹⁵¹, neutralizando, assim, diversos fatores importantes do plano sociológico para que se enquadrem na racionalidade formal do sistema normativo.

O procedimento especial possessório, que utiliza a técnica sumária sob o fundamento de proteger o bem jurídico da posse, contém exemplos deste achatamento, simplificação e objetivação daquilo que se revela muito mais complexo no âmbito sociológico. O prazo anual como pressuposto para esta sumarização denota claramente um procedimento padrão, genérico e fulcrado na tradição histórica, o que acaba por suplantar a efetividade e a adaptabilidade do procedimento ao direito material, única razão para o delineamento de um procedimento específico⁹⁵². Este, aliás, é um problema crônico dos procedimentos especiais preconizados eminentemente sob a via legislativa: não se mostram capazes de captar a desigualdade material, ignoram as complexidades sociais inerentes ao objeto do processo, pressupõem realidades homogêneas e se limitam a reproduzir estereótipos das partes⁹⁵³.

Por esta razão, a direção correta é tentar se desvencilhar o procedimento do “achatamento” das complexas situações sociais e da “despolitização das relações entre as pessoas e o mundo”, o que é feito recorrentemente pelo Processo Civil clássico, que acaba “despojando essas relações de suas determinações fundamentais e encaixando-as dentro dos limites permitido, ou do esperado (ou ambos)”⁹⁵⁴.

Vale insistir na afirmação de que a decisão do magistrado de manter ou retirar um largo grupo de ocupantes de um determinado local revela-se, em qualquer uma das hipóteses, uma decisão estrutural. Ainda que os limites objetivos e subjetivos estejam

⁹⁵⁰ Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. Op. Cit., p. 390 (pp. 389-410).

⁹⁵¹ FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. Os juízes em face dos novos movimentos sociais. Op. Cit., p. 55.

⁹⁵² Cf: DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma Nova teoria dos Procedimentos Especiais: Dos Procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018.

⁹⁵³ Op. Cit., p. 79.

⁹⁵⁴ A autora discorre sobre as representações jurídicas dos papéis sexuais vistos sob o viés do Processo Civil. De todo modo, a sua reflexão serve a nossa discussão (CORREIA, Mariza. *Morte em Família*. Rio de Janeiro: Graal. 1983, p. 40).

devidamente restritos pelo pedido inicial do autor, como dito, tanto a manutenção da ocupação, quanto a ordem de desocupação, são decisões que terão efeitos prospectivos e que irão interferir, ainda que reflexamente, na política pública habitacional ou por terra, no caso dos conflitos no campo. Daí porque subdimensionar as consequências do cumprimento de um provimento jurisdicional, sem a reflexão necessária, como vem sendo feito até agora, leva a graves efeitos colaterais, como a violência e o desrespeito aos direitos humanos e o deslocamento da população ocupante para uma nova área, apenas transferindo o problema social, e também jurídico, de um local para outro.

A propósito, no que pertine especificadamente ao cumprimento de ordens de desocupação, chama a atenção o absoluto descaso com normativa internacional que gira em torno dos “despejos compulsórios”. Conforme já mencionamos, colhem-se importantes interpretações normativas do Comentário Geral n. 07, que têm a pretensão de amenizar o impacto das remoções coletivas e de resguardar os direitos humanos: a oportunidade de consulta às pessoas afetadas antes da remoção; a notificação das pessoas afetadas em um prazo suficiente e razoável à sua retirada da área; a facilitação a todos os interessados, em prazo razoável, de informações relativas aos despejos e aos fins que se destinam as terras pleiteadas; a presença nos despejos de representantes estatais, especialmente na hipótese de conflitos coletivos; identificação exata das pessoas que irão realizar o despejo forçado; que os despejos não sejam efetuados com mau tempo e em período noturno; recursos jurídicos e assistência jurídica ofertados àqueles que não os dispõem nesta modalidade de litígio.

A normativa marcante dos direitos humanos, contudo, não parece sensibilizar o legislador, tampouco o intérprete. Malgrado o *status* constitucional dos Tratados de Direitos Humanos (art. 5º, § 3º, CF/88), a sua existência é quase que ignorada no procedimento de remoção compulsória no âmbito administrativo e jurisdicional⁹⁵⁵, sendo a normativa compreendida como mero discurso retórico utilizado pela defesa da coletividade, quando há.

Revela-se, no entanto, imprescindível que estes aspectos sejam lidos como garantias processuais constitucionais das vítimas da ocupação e, enquanto tal, interpretadas como normas processuais cogentes. Em assim sendo, não podem ser delegados a procedimentos e resoluções na esfera discricionária policial, a exemplo de reuniões em

⁹⁵⁵ Pesquisa jurisprudencial realizada por Giovana Milano constatou que de 168 decisões analisadas relativas aos conflitos fundiários, apenas uma apresentou menção aos tratados internacionais (*Conflitos Fundiários Urbanos e o Poder Judiciário*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 179).

Batalhões da Polícia Militar, como se o ato de cumprimento da ordem judicial fosse um fator extremo à esfera jurisdicional. Remoções de coletividade precisam se desvencilhar da relação simbiótica com a prática policial e serem novamente apropriadas pelos sujeitos processuais e ao diálogo que entre eles se estabelece no processo, pois, como frisamos, são atos de potenciais violações de direitos humanos. Isso, sem dúvida nenhuma, é tarefa do Processo Civil.

Caso tais preceitos internacionais fossem efetivamente apropriados pela doutrina e pela prática, certamente as liminares concedidas para as remoções coletivas não teriam a dinâmica e o significado que elas representam atualmente. Na prática atual, não raro a sua potencialidade é medida pela característica surpresa da medida, afinal, a ignorância da outra parte é tida como elemento importante para se impedir eventual articulação e resistência da comunidade a ser removida. No mais, as liminares funcionam como um juízo antecipado do mérito, considerando o impacto de esgotamento que têm em relação ao diálogo processual nos litígios fundiários, pois, uma vez removidos, os jurisdicionados se espriam e perdem uma importante condição para se manterem como jurisdicionados: a condição de sujeitos coletivos. Assim, a organização e a representatividade da coletividade ré se esvaem e, com elas, o interesse e a crença de que o processo, em cognição exauriente, possa realmente restabelecer um diálogo efetivo para a busca de uma decisão substancialmente justa.

Estas premissas, somadas às garantias inscritas nos Tratados de Direitos Humanos, nos fazem concluir pela imprescindibilidade de parâmetros mais firmes e mais concretos que devem incidir para a apreciação da ordem liminar de desocupação. Na verdade, a observância destas garantias processuais inseridas nos Tratados Internacionais demonstra uma clara incongruência com a concessão da antecipação da tutela *inaudita altera pars* de forma desmedida e sem uma fundamentação consistente, como vem ocorrendo, e, a reboque, a sua grande potencialidade de violar direitos humanos. A informação prévia da comunidade acerca do processo e da decisão sumária de remoção é compreendida, claramente, como um elemento fulcral para se respeitar o devido processo legal.

Entretanto, malgrado a normativa de Direitos Humanos, é muito difícil encontrar na doutrina do Direito Processual quem se sensibilize com a necessidade de se harmonizar os princípios e garantias da parte autora que requer a medida de urgência com as garantias processuais dos ocupantes. Mesmo com a introdução de normas no CPC/15, que demonstram uma maior preocupação com as garantias da coletividade nesta espécie de

conflitos, é possível verificar que a alteração legislativa ainda não foi suficiente para tornar os ocupantes e réus no processo sujeitos coletivos de direitos. A luz da doutrina majoritária, eles se mantêm na invisibilidade. E, assim, a mudança legislativa, que deveria servir como ponto inicial para uma maior reflexão acerca das garantias processuais, acaba por ser vista por alguns como medidas que apenas concorrem para afrontar o Princípio da Duração Razoável do Processo. É o que se denota das palavras de Luiz Guilherme Marinoni, que, não obstante ser um forte defensor dos princípios e garantias processuais constitucionais às partes, por outro lado, quando da abordagem da normativa que regulamenta o litígio coletivo de posse no CPC/15, não apenas dispensou pouca atenção para a reflexão do tema, como também compreendeu os novos atos processuais determinados pelo Código Processual como possíveis violadores da celeridade e da efetividade do processo, demonstrando claramente a sobreposição destes princípios em relação às garantias basilares dos réus:

[...] embora a solução do código ofereça maiores garantias para a ciência dos réus a respeito da existência do litígio, talvez ela acabe por comprometer o andamento da causa e inviabilize a solução desse tipo de controvérsia⁹⁵⁶.

Estas palavras demonstram claramente a dificuldade da doutrina de Direito Processual atual de enxergar garantias e direitos pela perspectiva da coletividade demandada nos litígios fundiários, como pressuposto essencial para a construção de um processo justo. Os preceitos constitucionais e as normas de Direitos Humanos parecem estar distantes da ciência Processual quanto a esta modalidade de litígios e, por outro lado, a legislação codicista denota ser o parâmetro normativo primordial, ou exclusivo, dos processualistas, o que representa um reducionismo não desejado, pois desconsidera as interfaces jurídicas e sociais de tais litígios. O resultado é a diminuição das chances de se alcançar uma solução alternativa e consensual ao litígio, favorecendo, ao contrário, o acirramento da violência e afastando a possibilidade de um provimento mais próximo a uma decisão judicial mais qualificada.

Quando se analisa as regras atinentes à tutela provisória do CPC, especificadamente no artigo 561, CPC, verificam-se que os requisitos específicos exigidos são bastante limitados à esfera jurídica da posse, como a sua ameaça, turbação ou esbulho

⁹⁵⁶ MARINO, Luiz Guilherme [et al]. *Curso de Processo Civil*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 188.

e questão atinente ao lapso temporal, silenciando-se, assim, acerca de qualquer outro critério que possa remeter a outros pontos importantes da discussão mais ampla que o litígio sugere, a exemplo da consolidação da ocupação, critério bastante utilizado nas leis urbanísticas para se perquirir a viabilidade da regularização fundiária da área. E, ainda assim, tais requisitos codicistas ainda se mantêm enviesados por uma leitura parcial, que se inclina para a proteção do direito absoluto da propriedade e impede a sua intelecção por meio de uma perspectiva constitucional ou de Direitos Humanos. Prova disso são as pesquisas empíricas que citamos, que demonstraram que, majoritadamente, o magistrado se dá por satisfeito para deferir a liminar em ações de integração de posse a apresentação meramente de prova documental pela parte autora, de preferência, o documento de propriedade. A identificação destes dados revela que a posse, descrita no artigo 561, I, CPC, é lida como mero adjetivo da propriedade, e “esbulho”, inciso II do referido dispositivo, tem uma interpretação limitada à presença de pessoas que não o proprietário na área⁹⁵⁷. E, então, a função social da propriedade é solenemente ignorada, vez que “imperava a vagueza semântica diante da ausência de aparato positivista próprio”⁹⁵⁸ da visão codicista, ressalvase, já que a resistência da leitura constitucional e dos Tratados de Direitos Humanos se mantém.

Em razão deste cenário, fortalecemos o coro daqueles que defendem uma alteração legislativa, de modo que o dispositivo legal seja mais incisivo acerca da necessidade de o magistrado adentrar no exame da função social da propriedade, que deve ser requisito obrigatório, seja para deferir a tutela provisória, seja para a apreciação do mérito da possessória. Como dito, isso, por si só, não vai acarretar uma mudança interpretativa dos operadores do direito, mas se mostra uma das variáveis importantes para esta mudança de postura, principalmente diante das novas exigências da motivação da sentença no CPC/15 (art. 489).

Portanto, requisitos mais amplos, que retratam as diversas nuances constantes destes conflitos, precisam ser integrados ao diálogo processual. É preciso ter em conta a potencialidade das remoções forçadas de violar direitos: direito à moradia digna, direito à cidade, direito à reforma agrária, e, até mesmo, direito à integridade física e direito à vida destes ocupantes. Daí porque as múltiplas prognoses jurídicas relativas a tais direitos

⁹⁵⁷ *Observatórios da atuação do Poder Judiciário nos Conflitos Agrários decorrentes das ocupações de terra por movimentos sociais no Estado do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná*. Op. Cit., p. 85.

⁹⁵⁸ *Observatório da atuação do Poder Judiciário nos Conflitos Agrários decorrentes de Ocupações de terra por Movimentos Sociais nos Estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná*. Op. Cit., p. 85.

devem fazer parte da reflexão e do debate processual, inclusive, antes de se apreciar a tutela provisória, considerando que, no caso das pretensões para as remoções, o provimento judicial provisório é irreversível.

Com vistas a este desiderato, se faz imperioso que, logo no início da demanda e, antes de qualquer decisão de grande impacto, haja o alargamento do diálogo processual. Com o despacho da petição inicial, faz-se necessária a intimação da Defensoria Pública e do Ministério Público, nos termos do artigo 554, § 1º do CPC. Portanto, a intimação dos referidos órgãos públicos deve ocorrer antes da audiência de mediação ou justificação e antes da apreciação da liminar, seja qual for o procedimento adotado, comum ou o especial possessório. O escopo é de que tais entes participem do início ao fim do procedimento, diante da sua potencialidade de equilibrar a relação processual e, assim, de ilidir, ou, ao menos, de infirmar a vulnerabilidade processual da coletividade ré.

A princípio, o Ministério Público ingressa como *custos legis* (art. 178, III, CPC), em razão do interesse público subjacente à lide e sempre para resguardar interesse da coletividade, que é a parte vulnerável da lide, seja de ordem processual, em razão da impossibilidade de se individualizar cada um dos requeridos, seja em razão de vulnerabilidades sóciofinanceira e organizacional.

A Defensoria Pública, por sua vez, atua, inicialmente, como *custos vulnerabilis*, figura construída pela doutrina, com fulcro nas diversas atribuições dadas à Defensoria Pública pelo CPC/15. Como tal, propõe-se a outorga a esta instituição de todos os poderes e faculdades inerentes à figura do *custos legis* (art. 179, CPC). E, acompanhando a relevância de suas atribuições, inclusive na atuação dos conflitos fundiários em geral, compreende-se que a instituição deve atuar em todos os casos pertinentes aos litígios fundiários, diante da presumida hipossuficiência processual da coletividade ré, não estando restrita ao termo “beneficiário da justiça gratuita”, empregado no artigo 565, § 2º, CPC.

Outro ponto de suma importância que concorre para as garantias de Direitos Humanos e, portanto, que deve anteceder a decisão acerca da tutela provisória, é a realização de audiências prévias. Como outrora defendemos, a razão legislativa utilizada para torná-la obrigatória nas ações de posse velha, excluindo as ações de posse nova, não está amparada sob qualquer embasamento racional, salvo a pretensão deliberada de manter a tutela possessória bem distante das garantias de Direitos Humanos e dos postulados insertos no próprio CPC/15, relativo à solução consensual de conflitos, do contraditório substancial e da proibição da decisão surpresa.

Ressalve-se que, para a efetividade destas audiências, seu objeto não pode ser apenas um momento de pressão para a formalização de um acordo para a saída voluntária da coletividade ocupante, como vem sendo comumente utilizada a audiência de mediação descrita no artigo 565, *caput*, CPC/15. A presença das partes e de órgãos estratégicos para a política habitacional e fundiária, nos termos do parágrafo 4º deste mesmo dispositivo, se faz imprescindível como oportunidade para melhor retratar os elementos fáticos, políticos e econômicos que perfazem o conflito, o que é imprescindível antes de qualquer deliberação acerca a liminar, já que, como ressaltamos, a aferição do *fumus bonis iuris* pode não ser suficiente apenas de meios meramente documentais. Portanto, a proposta é que esta audiência seja um espaço de debate qualificado, com os principais atores do conflito sociológico e, assim, aqueles que podem efetivamente concorrer para uma solução consensuada a respeito deste problema jurídico e social.

Com efeito, a oralidade que permeia as audiências públicas favorece em muito a negociação. Como já se afirmou, “a troca de escritos pode acabar por criar um ambiente de carga adversarial, o que prejudica a solução de casos estruturais”⁹⁵⁹. Não por outro razão que Alan Uzelac, após estudo sobre os conflitos por terra em todo mundo com base em relatórios feitos por cada país, defendeu a primazia dos debates orais para a formatação de um modelo procedimental adequado⁹⁶⁰. A revisitação do diálogo processual, seja no seu espectro, seja na sua profundidade, exige a oralidade.

A propósito, esta é outra característica do litígio estrutural. Demandas complexas e de parâmetros decisórios de diversas naturezas exigem uma discussão mais ampliada, quiçá multidisciplinar, portanto, com a necessária integração de outros atores que transcendem as partes formais do processo. Este diálogo, preferencialmente marcado pela oralidade, tem, na audiência de mediação, um espaço institucional propício para este objetivo⁹⁶¹.

E, justamente por este alargamento maior do diálogo processual, podemos afirmar que tais espécies de litígios admitem, de forma bastante percuciente, a técnica jurisdicional da audiência pública, inclusive com vistas a uma maior legitimação da decisão proferida, que, em razão de seu objeto, tem, além do cunho jurídico, natureza política, social e

⁹⁵⁹ FERRARO, Marcella Pereira. Litígios Estruturais: algumas implicações da Publicidade no Processo. *In: Processos Estruturais*. Op. Cit., p. 559.

⁹⁶⁰ UZELAC, Alan. *Direito Processual e Pluralismo*. Op. Cit., p. 44.

⁹⁶¹ Conforme já defendemos, “as audiências públicas devem observar os princípios do devido processo legal, da publicidade, da oralidade, da oficialidade, do contraditório, da ampla defesa, da economia processual, entre outros princípios constitucionais e infraconstitucionais” (CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos Coletivos e Políticas Públicas*. Op. Cit., p. 231).

econômica. A denominação de audiência pública, como vimos, converge com a denominação de audiência de mediação, utilizada no artigo 565, CPC, já que esta última tem no seu escopo a solução justa destes conflitos, por intermédio de mecanismos adequados, como, por exemplo, uma relação dialógica mais ampla e qualificada⁹⁶². A propósito, no processo estrutural, a ideia é justamente que os próprios envolvidos, por meio de uma relação dialógica prospectiva, busquem uma solução razoável ao caso⁹⁶³. Como se vê, não há, portanto, óbices de se interpretar o termo “audiência de mediação”, utilizada pela lei processual, como uma audiência pública, de amplitude mais alargada e profundidade mais densa.

É certo que a melhor oportunidade para a realização de uma audiência pública é após a fase postulatória, quando então os elementos controvertidos estão determinados e a cognição já na fase plena. De todo modo, observadas as garantias das partes, mormente o contraditório em relação a ambas, não há nada que afaste a possibilidade de ser realizada no momento inicial do processo, antes do deferimento da liminar, se for necessário e não houver risco de perecimento do direito. Repisamos que no novo modelo de procedimento ordinário, as técnicas processuais devem ser aplicadas à luz da necessidade do direito material que lhe é subjacente.

De todo modo, vale repisar a importância do papel que tem a audiência pública na possibilidade de maior identificação de uma solução consensual entre as partes. O conhecimento das características da ocupação, feitas pela análise de terceiros, concorre para a percepção pelas partes de seu próprio direito e facilitam o diálogo para a busca de uma solução consensuada. Portanto, de certa forma, a mediação está entre seus objetivos, havendo, portanto, total compatibilidade com a previsão descrita no artigo 565, *caput*, do CPC, com apenas a ressalva de que o ato processual não se esgota totalmente no desiderato da mediação, principalmente quando esta não for possível.

No que pertine aos órgãos responsáveis pela política agrária e a política urbana, descritos no artigo 565, § 4º, CPC, deverão ser provocados a trazer, na audiência designada, informações importantes sobre a comunidade, pois, regra geral, detêm o mapeamento dos assentamentos irregulares e de suas características (como data de início de sua constituição,

⁹⁶² Conceito de mediação de conflitos fundiários dada pela Resolução nº 87 de dezembro de 2009: Artigo 3º, III: “mediação de conflitos fundiários urbanos: processo envolvendo as partes afetadas pelo conflito, instituições e órgãos públicos e entidades da sociedade civil vinculados ao tema, que busca a garantia do direito à moradia digna e adequada e impeça a violação dos direitos humanos”.

⁹⁶³ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In: Processos Estruturais*. Op. Cit., p. 184).

os limites espaciais, grau construtivo das casas, entre outros), informações atinentes às zonas de especial interesse social (art. 4º, V, *f*, do Estatuto da Cidade), a identificação de áreas de risco e se tais riscos podem ou não ser mitigados, a identificação de áreas ambientalmente sensíveis que estão sendo ocupadas, informações precisas sobre os serviços públicos que existem na comunidade, entre outras informações, de alta relevância e que devem influir na decisão do órgão julgador quando à remoção ou permanência da coletividade na área *sub judice*⁹⁶⁴.

Na linha da inserção de outros atores, mencionamos profissionais como urbanistas, sociólogos, assistentes sociais, geólogos (mormente em caso de risco), engenheiros, entre outros profissionais que já atuaram na área em algum projeto técnico ou acadêmico, também devem ser convidados para participar desta audiência⁹⁶⁵. Estes intervenientes podem ser denominados de *amicus curiae*, instituto que atualmente conta com previsão para qualquer procedimento que necessite da integração destes auxiliares do juízo, em razão da especificidade de seu objeto e por ser qualificado pela repercussão social (art. 138, CPC). Estes novos instrumentos processuais democratizam o debate processual e aprimoram um modelo mais propenso ao alcance de uma decisão substancialmente justa.

E, para a melhor compreensão do conflito, é recomendável que a audiência pública seja feita no próprio local do conflito⁹⁶⁶, facilitando o acesso da coletividade, que, por todas as razões expostas, já tem sua participação bastante restrita ao processo e ao diálogo judicial⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ O Município de São Paulo dispõe de uma ferramenta denominada HabitaSampa, gerenciada pela Secretaria Municipal de Habitação. Tal ferramenta destina-se à coleta e exposição de dados sobre as comunidades (favelas, cortiços, loteamentos irregulares) do Município paulistano, utilizados para interagir com o mapeamento da demanda e servir de base para delimitar o desenvolvimento habitacional da capital. Acesso <http://www.habitasampa.inf.br/>.

⁹⁶⁵ Sobre os mecanismos de se enfrentar as complexidades inerentes aos litígios fundiários: “Uma das formas pelas quais essas dificuldades estão sendo enfrentadas é a criação de estruturas especiais, que incluem não só advogados, mas também uma equipe interdisciplinar de pesquisadores que inclui historiadores e cientistas sociais” (UZELAC, Alan. *Direito Processual e Pluralismo*. Op. Cit., p. 38).

⁹⁶⁶ Esta é a sugestão de Alan Uzelac. *Direito Processual e Pluralismo*. Op. Cit.

⁹⁶⁷ O mecanismo da audiência pública foi essencial em ação que visava à desocupação forçada na Colômbia, em Bogotá, utilizada pela Corte Constitucional, como analisa Garavito e Franco: “La participación de las organizaciones de desplazados también fue visible en las audiencias de 2008 en las que se discutió la forma como el desplazamiento afecta de manera particular a los grupos más vulnerables de esa población, como son las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, la población afrocolombiana y los pueblos indígenas. Como lo muestra una lectura de los autos resultantes de esas audiencias, las opiniones expresadas por los representantes de organizaciones de víctimas y los datos que las organizaciones presentaron a la Corte fueron fuentes centrales de la información y de las propuestas que el tribunal tuvo en cuenta para expedir nuevas órdenes en relación con esos grupos poblacionales” (GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Centro de Estudos de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 181).

Como se pode verificar, a proposta de um *processo estrutural*, que exige um diálogo mais amplo e um debate mais denso e qualificado, deixa claro que a discussão no processo não gira em torno apenas e unicamente de se analisar a “melhor posse”, mas se perfaz como um instrumento processual apto a discutir um problema social grave, que, seja qual for a decisão, irá ter repercussões difusas e que interessam a toda a sociedade. Enquanto esta abrangência do conflito não for percebida, os resultados não serão efetivos e há uma grande possibilidade de se obter uma decisão injusta.

Outra questão central neste trabalho são os óbices observados para a integração desta coletividade à lide. Concluímos que as opções clássicas, como a citação por edital e do litisconsórcio, são técnicas insuficientes, pois têm a sua funcionalidade extremamente dependente da dimensão subjetiva restrita da relação processual, o que não é o caso dos litígios fundiários. Daí, portanto, a necessidade de se buscar outros institutos para fazer frente à nova realidade posta perante o plano sociológico.

Iniciemos com o primeiro passo: a dificuldade de informação e reação desta coletividade. No caso de litígios de larga plurissubjetividade passiva, a citação deve ser compreendida como um plexo de atos, cuja observância é essencial para tê-la como válida. No caso específico dos litígios fundiários, a citação pessoal é passo fundamental e obrigatório, seja porque o artigo 554, § 1º, CPC assim determina, seja porque a citação ficta é sempre excepcional. Justamente nesta linha, a limitação temporal descrita no referido dispositivo, de que o oficial de justiça deve ir apenas uma vez ao local para a citação dos ocupantes, pode se revelar, no caso concreto, inconstitucional, devendo ser controlada pelo órgão julgador, à luz do Princípio da Proporcionalidade, já que a essência do contraditório jamais pode ser atingida.

Passo seguinte é a citação por edital, ou seja, tornar públicos editais de chamamento do réu ao processo. A proposta que fizemos é tirar esta modalidade de citação de um formalismo infundado e sem qualquer efeito prático e colocá-la nos rumos da utilidade apresentada pelo Princípio da Publicidade. Daí porque as possibilidades apresentadas no artigo 554, § 3º, CPC, as quais, ressalve-se, são meramente exemplificativas, devem ser interpretadas à luz de sua efetividade do caso concreto, e, inclusive, podem ser cumuladas. O que se deve ter em vista é que esta flexibilização dos meios de publicidade do edital tem como escopo a garantia basilar do contraditório, decorrendo, daí, a sua extrema importância. Esta fase citatória, seja pessoal ou por editais, deve ser feita “da melhor maneira possível” e “de acordo com as circunstâncias”, a todos os membros que puderem ser identificados, “dentro de um esforço razoável”, todos estes

conceitos jurídicos extraídos pela Regra 23 (c)(2)(B), da *Federal Rules of Civil Procedure*, que se referem à notificação dos integrantes da classe para o exercício do *opt out*, mas que são pertinentes e aplicáveis à nossa realidade.

Outro ponto que demonstramos ser de suma importância para o acesso à justiça na perspectiva do direito de defesa é o reconhecimento do caráter coletivo do litígio fundiário. Por tudo que foi exposto, concluímos que os conflitos fundiários, mesmo aqueles vistos pelas lentes de um processo que visa à remoção de uma coletividade, tem seu objeto de natureza indivisível e, como tal, deve ser tratado de forma unitária, vista, portanto, como uma comunidade. Esta natureza é, em nossa percepção, uma garantia da coletividade, pois a fragmentação do conflito leva à falácia do gozo de um devido processo legal pela processualística individual e à fragilização do sujeito coletivo, que, enquanto tal, detém uma potencialidade maior de litigar em paridade de armas, se, obviamente, houver um representante adequado que seja seu porta-voz.

Para reforçar esta assertiva, colhem-se outros atos normativos que estabelecem o tratamento coletivo como uma premissa importante para a prevenção e mediação de conflitos fundiários, a exemplo do artigo 5º, inciso V, da Resolução n. 87 do ConCidades, que traça diretrizes da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos:

[...] reconhecimento do caráter coletivo dos conflitos fundiários urbanos nos litígios pela posse e a propriedade de imóvel urbano que envolvam famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis, garantindo o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa para todas as pessoas envolvidas.

Com efeito, o caráter coletivo deve ser compreendido como efetivamente uma garantia à comunidade ocupante, inclusive para se fortalecer os meios de resistência no processo. Na verdade, como já salientamos, cuida-se apenas de reconhecer o estado natural das coisas no plano sociológico. Isso porque o próprio conflito fundiário se torna um fator importante na construção da identidade coletiva destes sujeitos, promovendo uma requalificação da perspectiva subjetiva individual para a dimensão política e simbólica de grupos sociais⁹⁶⁸.

⁹⁶⁸ VAINER, Carlos, *Visão do Movimento Social, da Universidade e do Governo Federal sobre a Prevenção e Mediação dos Conflitos Urbanos*. Palestra proferida no Seminário Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos. Ministério das Cidades, 2007. Disponível em <http://www.observaconflitos.ippur.ufrj.br/novo/analises/TextoVainer.pdf>.

Isso nos leva a refletir que a atomização do conflito corrobora para infirmar o caráter social e unitário dos bens jurídicos em jogo e, em consequência, enfraquece a necessidade de se refletir o conflito sob os olhos de outros campos normativos, como o Direito Urbanístico e o Direito Agrário, os quais detêm princípios interpretativos direcionados a uma compreensão mais abrangente do que a relação binária “proprietário-invasor”, como comumente o litígio é retratado.

Na verdade, como bem pontuou Becker, há uma clara e tendenciosa contradição nos procedimentos clássicos que veiculam os litígios fundiários: no momento de se analisar o direito a ser aplicado para a solução do conflito, promove-se a atomização, ignorando a natureza essencialmente coletiva da regularização fundiária e da reforma urbana. Por outro lado, para expulsar a comunidade, o faz de forma coletiva, violando todos os dogmas individualistas ao processo, sob o argumento de que não se ferir o acesso à justiça do autor⁹⁶⁹.

O que se observa é que, se por um lado a técnica coletiva é negada, por outro lado, distorcem os dogmas para mascarar o gozo individual de tais garantias, utilizando-se de métodos meramente formalistas, como uma citação ficta, sem qualquer resultado prático. Ou seja, resiste-se em aceitar a citação ampla da comunidade por edital, mas, ao mesmo tempo, também se rechaça a técnica coletiva, sob o argumento de que isso iria violar as garantias individuais, de *status* constitucional.

Tem-se, ademais, que manter o caráter coletivo do polo passivo favorece o alcance de uma decisão consensuada, pois o foco não será no direito de cada um dos ocupantes, mas sim as características da comunidade e a possibilidade da aplicação de regras de regularização fundiária, nos termos da Lei 13.465/17.

Por estas e outras razões, após ampla reflexão neste trabalho, concluímos pela necessidade da processualística coletiva permear o método de solução de conflitos fundiários, ainda que a coletividade esteja no polo passivo.

A bem da verdade é que a escolha da técnica coletiva não é simplesmente uma conveniência. O propósito firme do Direito Processual Coletivo é o acesso à justiça. A

⁹⁶⁹ “Há também um descompasso enfrentado pelos sem-terra e sem-teto: a uma demanda constitucionalmente legitimada com coletiva – o direito à reforma agrária e à reforma urbana (arts. 184 e 182, respectivamente) – propõe-se uma atomização mediante cadastros no Incra e nas Cohabs, inclusive para desarticular o movimento social. Neste caso, a solução coletiva encontrada pelos movimentos sociais – a autotutela mediante a ocupação de terras – é tratada, pelo sistema, de forma coletiva no momento de expulsar a comunidade da terra (violando todos os dogmas individualistas do Processo Civil e de forma individual no momento de criminalizar as lideranças do movimento social)” (Processo e Preconceito. In: *Elementos para uma Teoria Crítica do Processo*. Op. Cit., pp. 58-59).

racionalização, a economia e efetividade processual são efeitos importantes, mas secundários à tutela coletiva, pois a primeira razão de sua sistematização é alargar a garantia do acesso à justiça. E, em assim sendo, um país com o retrato socioeconômico como o nosso não pode desprestigiá-la. Por isso que a crítica acerca da “ideologia da coletivização do procedimento”, feita por parte da doutrina, não prospera, pois não há técnica processual que coloque o acesso à justiça a *status* tão elevado como a Ciência Processual Coletiva.

Entretanto, há fortes vozes na doutrina que afirmam que a técnica coletiva às situações plurissubjetivas passivas esbarram na própria insuficiência normativa, que não prevê a sua regulamentação. Como visto, este é o argumento mais forte encontrado na doutrina para rechaçar as ações coletivas passivas.

Contudo, dizer que o ordenamento processual coletivo não está apto a regulamentar as denominadas ações coletivas passivas é negar a sua própria força motriz sobre a qual preconiza a ciência processual. Se não há regramento específico, como proceder então? A aplicação das regras de Direito Processual individual, como já demonstramos, é flagrantemente insuficiente e, quando aplicadas em desconformidade com os fatos subjacentes, mostram-se procedimentos violadores das garantias processuais mais basilares. O que ocorre hoje é a aplicação formal de institutos processuais tradicionais, maquiando um cenário de normalidade, mas que, na realidade, não observa o devido processo legal em sua concepção substancial. O processo individual não se mostra efetivo para garantir o direito de defesa. Insistir em sua aplicação é negar os valores do instrumentalismo substancial, da justiça material, de um processo efetivamente justo. Enfim, mantras tão repetidos no Processo Civil moderno, mas que necessitam se viabilizar por meio de um procedimento apto a instrumentalizar o direito material, veiculando-o e integrando-o por meio de uma racionalidade procedimental lógica e dialética.

É certo que a efetividade da processualística coletiva brasileira passa pela necessidade de incremento de algumas regras específicas, que ainda são dirimidas pela dinâmica processual, assim como pela revisitação de algumas de suas normas, a começar pela conceituação dos próprios direitos *coletivos lato sensu*, descritos no artigo 81, § único da Lei 8.078/90. Demonstramos a necessidade de se distanciar da classificação meramente fulcrada no direito material, o que leva a inúmeros erros práticos. E, assim, compartilhamos da proposta de Edilson Vitorelli, de que a categorização dos direitos coletivos esteja preconizada sobre a análise sociológica do agrupamento, de modo que sejam utilizados os critérios da Sociologia. Nesta tipificação proposta por Vitorelli, um das classificações são os “litígios transindividuais de difusão local”: cuida-se de lesão de atinge de modo

específico e grave comunidades, ou seja, grupos de indivíduos de reduzidas dimensões e de fortes laços de afinidade social, emocional e territorial. É este conceito que entendemos que se ajusta aos litígios fundiários plurissubjetivos passivos que ora abordamos, e que, como sugere Vitorelli, exigem técnicas representativas diferenciadas das demais tipificações de direitos coletivos.

A melhor forma de iniciar a construção de um modelo que pressupõe a coletivização no polo passivo da lide é o estudo das experiências de Direito Comparado. Neste caso, o modelo norte-americano, em razão de sua larga experiência em relação ao Direito Processual Coletivo, é o paradigma indicado. Ressalva-se, no entanto, que reconhecer a pertinência da técnica da coletivização perante as situações jurídicas passivas não significa transplantar o modelo norte-americano das *defendant class actions* para o nosso país, até porque as bases sociológicas, políticas e jurídicas entre os países divergem e desautorizam esta transposição. Assim, melhor falar em contribuições para o nosso modelo de ação coletiva passiva no Brasil, pois podemos aprender com os erros e acertos do direito estrangeiro.

Entre estas contribuições, podemos citar a possibilidade de a legitimação coletiva do grupo recair sobre um indivíduo, integrante da classe ré, caso demonstrado que ele reúne condições de se mostrar um representante adequado do grupo. A propósito, a representação adequada *ope iudicis* também é característica do modelo das *class actions* norte-americanas. E, por estar a representatividade adequada preconizada sobre a garantia do devido processo legal, há uma grande preocupação em torno de que a ela seja dada plena efetividade. A identificação de subgrupos existentes na coletividade, por exemplo, leva a necessidade de buscar representantes específicos para cada um deles, justamente para garantir o comprometimento, não apenas técnico, mas também ideológico do representante em relação aos substituídos, bem como a homogeneidade entre os integrantes do grupo.

Após ampla reflexão, considerando sempre os aspectos sociais, políticos e jurídicos de nosso país, entendemos que nosso modelo representativo nos litígios fundiários plurissubjetivo passivo admite que a legitimação coletiva recaia sobre um dos integrantes da comunidade ou, como iremos abordar, perante outros órgãos públicos, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública. Malgrado não haja uma norma que exprima esta permissão de forma expressa, isso pode ser inferido do contexto legal e constitucional. Quanto à normativa legal, o artigo 554, § 1º, CPC dispensa a citação de todos os ocupantes, admitindo que a citação recaia apenas sobre parte deles, já que, segundo o texto legal, o oficial de justiça deve ir apenas uma vez na área e citar aqueles que se encontram no local

naquela oportunidade. O próprio texto legal sugere, então, que os ocupantes citados possam exercer a defesa em nome de toda a comunidade. Ademais, como dito reiteradas vezes neste trabalho, a solução codicista de citação ficta, vista apenas pela perspectiva individual, é insuficiente para resguardar a essência da garantia do contraditório. Deste modo, não há porque entender um modelo processual baseado na representação de interesses como ilegal ou inconstitucional, se ele for capaz de superar, em termos de efetividade das garantias processuais, a proposta trazida pelo texto legal.

De todo modo, para que este modelo esteja de acordo com a Constituição Federal, se faz necessário que outras técnicas sejam empregadas para que o devido processo legal seja gozado por todos os ocupantes, ainda que por representação de interesses.

A questão mais intrincada atinente à representação de interesses é identificar o representante adequado, tanto do ponto de vista ideológico, ou seja, aquele que consiga exprimir, em nome do grupo, os fatos, princípios e pretensões de toda a coletividade, e a representatividade técnica, que significa que o representante haja em juízo com boa *performance* técnica, já que isso tem inegável peso para o resultado final da demanda.

Acerca da escolha do representante adequado, considerando especificamente os conflitos fundiários, não podemos deixar de considerar o papel dos movimentos sociais e das associações ou coletivos de bairros e comunidades. Tais entes, dotados ou não de personalidade jurídica, são capazes de conduzir o modo de agir coletivo dos ocupantes e de manter a coesão desta coletividade para o exercício desta resistência em todas as esferas, inclusive a judicial. Portanto, se o grupo demandado tem uma associação ou um movimento bem definido, sem dúvida nenhuma, se revela muito claro que o exercício desta liderança em juízo irá impactar positivamente na análise da representação ideológica do grupo em juízo, devendo, assim, recair a legitimação coletiva sobre esta liderança, presidente da associação ou coordenador do movimento.

Contudo, nos casos de inexistência destes coletivos ou, mesmo, no caso da constatação de esvaziamento de representatividade destes movimentos ou da associação constituída, a representatividade pode recair sobre um ocupante da área *sub judice* que consiga defender a coletividade, já que a defesa de seu direito pressupõe a defesa do todo. Assim, após a fase citatória, caso sobrevenha um ocupante que apresente contestação que contenha argumentos que possam ser gozados por toda a comunidade, ou, ainda que parte dela, há indícios, neste caso, uma inclinação ideológica deste contestante em ser um

representante adequado da classe, como bem observado por Fiss⁹⁷⁰. De todo modo, a legitimação coletiva fica condicionada à verificação pelo órgão julgador, no caso concreto.

A identificação de subclasses pode surgir naturalmente no processo, quando contestações forem apresentadas e, por seu conteúdo, for possível extrair que, entre os ocupantes, há situações fáticas diversas, que podem repercutir em consequências jurídicas também diversas, e que, portanto, merecem defesas apartadas. Por certo que o magistrado, assim como outros intervenientes, como Defensoria Pública, Ministério Público, os órgãos públicos responsáveis pela política urbana ou rural e os *amici curiae* podem também revelar a existência de interesses divergentes e, conseqüentemente, a necessidade de se formar subgrupos para a garantia de sua homogeneidade. A participação direta no processo, por meio das audiências públicas, também é outro meio bastante eficaz de identificar eventual conflito dentro da comunidade que vai exigir a formação de subclasses e a identificação de representantes adequados para cada uma delas. Certamente não se trata de tarefa fácil, por esta razão, é necessário que a formação destas subclasses paire sobre critérios de pertencimento objetivamente determináveis⁹⁷¹, inclusive para que a representatividade adequada possa ser devidamente aferida.

Com vistas a corroborar com o aprimoramento da representação adequada, concluímos que a técnica de representação de interesses nestes casos não é avessa à intervenção individual. Em outros termos, não há razão para ilidir outras defesas que possam sobrevir no processo, ainda que a escolha do representante já tenha sido feita. Como outrora posto, compartilhamos do entendimento de Edilson Vitorelli de que, nos conflitos transindividuais locais, a participação individual de membros do grupo é, a princípio, possível. Inclusive, ela é até importante para complementar os argumentos expostos pelo representante, para fazer o controle da representação adequada e, ainda, para franquear informações a respeito de subgrupos⁹⁷². Mas, para que o modelo se torne sustentável, o

⁹⁷⁰ Como o representante não é escolhido pela classe, tendo a prerrogativa de atuar nos casos que considere ser de seu interesse, isso usualmente denota algum tipo de inclinação ideológica (*Um Novo Processo Civil*. Op. Cit. 240-241).

⁹⁷¹ Essa observação de Edilson Vitorelli em relação às *class actions* também serve para o nosso modelo (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*. Op. Cit., p. 335)

⁹⁷² “Em um processo estrutural, no entanto, todas as partes agem em uma capacidade representativa. Deste modo, muitas vezes encontramos construções legais ou sociais, como com a ação coletiva ou a ação de organização nos processos estruturais, mas mesmo quando os indivíduos são as partes nomeadas, eles não estão agindo por conta própria, mas sim como representantes (...). O reconhecimento do caráter único das partes em um processo estrutural deve levar a corte a ser mais generosa em permitir que as partes que poderiam ter uma perspectiva única sobre as questões contestadas possam a vir a intervir. Como resultado, as posições que estão sendo avançadas em uma ação judicial serão grandemente multiplicadas – um forte contraste com a bipolaridade assumida pelo modelo de resolução de disputas” (FISS, Owen. *Fazendo da*

magistrado deve fazer um filtro para que tais intervenções, mormente por manifestações escritas, não impeçam o andamento regular do processo⁹⁷³.

Sobre a participação pessoal daqueles que serão atingidos pela decisão, a sugestão é que outros meios possam ser usados para que ela seja garantida. Neste sentido, reafirmamos a importância das audiências públicas, que podem servir como um espaço de manifestação individual daqueles que não apresentaram defesa formal no processo, seja para expor novos fatos, novas razões para a sua defesa, denunciar conflitos ideológicos internos, impugnar o representante adequado, entre outros. As audiências públicas podem se revelar um meio bem mais acessível de participação individual e de acesso à justiça aos mais pobres e que sofrem com a estigmatização de todas as ordens perante o Poder Judiciário. Por esta razão, reforça-se a importância de que a audiência pública seja realizada no local do conflito, a fim de democratizar ainda mais o diálogo processual.

Uma vez identificado o representante adequado, os órgãos públicos poderiam reforçar a tese de defesa, trazendo novos elementos fáticos e fundamentos jurídicos, sem, no entanto, tirar o protagonismo da coletividade e desprezar a sua importante organização para efetuar a defesa. E, ainda que coadjuvantes, Defensoria Pública e Ministério Público não seriam meros pareceristas, mas estariam dotados de poderes processuais para, se necessário, utilizá-los em defesa de um processo mais justo e equilibrado.

Ainda em relação a estes dois órgãos públicos, defendeu-se neste trabalho uma atuação dinâmica ao longo do conflito. A princípio, estes dois órgãos ingressam nos autos como *custos vulnerabilis* e *custos legis*, respectivamente. No entanto, diante da importância e do bem jurídico que tutelam, este *munus* não pode ser compreendido como estanque e eles podem ganhar, no decorrer do processo, uma nova atribuição. Isso é bastante claro em relação à Defensoria Pública, pois a instituição pode acabar por franquear capacidade

Constituição uma Verdade Viva. In: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Felix. *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodiVm, 2017, p. 45).

⁹⁷³ Acerca da participação individual no processo, a perspicaz análise de Vitorelli: “(...) há outros autores nos Estados Unidos que alertam, há algum tempo, para o fato de que o conceito de justiça nas decisões deve ser verificado não apenas sob a ótica do caso, mas também do sistema. A ideia de que a justiça do processo é avaliada apenas à luz dos direitos de cada parte, em cada processo, acarreta injustiças para todos os litigantes atuais e potenciais. Todo o custo social do processo precisa ser avaliada apenas à luz dos direitos de cada parte, em cada processo, acarreta injustiças para todos os litigantes atuais e potenciais. Todo custo social do processo precisa ser avaliado, inclusive o custo financeiro, que costuma ser considerado uma “questão menor” no Brasil (...) A perspectiva de melhores resultados pode justificar uma visão instrumental de participação, mas deverá demonstrar o nexo entre o tipo de participação pretendido e o tipo de ganho dela decorrente, em uma análise de custo-benefício. Não se pode, abstratamente e em bloco, dizer que todo aumento de participação é valioso porque contribui para a melhoria da qualidade dos julgamentos independentemente de quanto custe” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*. Op. Cit., p. 197).

postulatória aos ocupantes que procurarem a instituição para gozar da garantia de assistência jurídica, o que faz com que a entidade migre de função ao longo do processo.

Mas a nossa proposta foi um pouco mais além: caso nenhum ocupante apresente defesa no processo e não se coloque como representante adequado da própria comunidade ré, a Defensoria Pública ou o Ministério Público passam, então, a ser compreendidos como legitimados coletivos passivos e a responder em nome da coletividade. Reiteramos que isso deve ocorrer apenas subsidiariamente, ou seja, após esgotadas as tentativas de se identificar, dentro dos próprios ocupantes, o representante adequado⁹⁷⁴. Não há qualquer impedimento de que, como legitimados coletivos passivos, estes dois órgãos públicos possam requerer medidas preliminares quando à citação dos ocupantes, pois, mesmo que tais entes sejam certificados como legitimados coletivos, a informação-reação da coletividade mantém-se essencial para a elaboração de uma defesa coletiva, ainda que feita por um dos órgãos públicos. Isso é importante para se garantir o comprometimento ideológico destas duas entidades com os substituídos e representados, pois serão seu porta-voz, ou seja, legítimos depositários de expectativas da coletividade ocupante. De todo modo, para se resguardar direitos e na linha de se garantir a paridade de armas, como não se trata de um representante que faz parte do grupo e que não foi diretamente lesionado, aplica-se o artigo 341, § único do CPC⁹⁷⁵, dispensando o ônus da impugnação especificada a estas duas instituições.

Outro ponto que merece destaque é a fase instrutória. Se formos adotar uma compreensão ampla do conflito fundiário que está subjacente à demanda, o momento de realização de provas deve ter grande importância. Diante do retrato que expusemos acerca do tratamento que tais litígios recebem em juízo atualmente, raramente provas, além das documentais, são realizadas. Em primeiro lugar, porque a concessão da liminar, que, como vimos, acaba sendo tida como regra, esgota por completo o debate processual, pois promove a dilapidação do ente coletivo que antes havia, dificultando a defesa e a resistência coletiva no processo e, não raro, é acompanhada da destruição das acessões e benfeitorias que foram realizadas pelos moradores no imóvel, de modo que todo resquício de prova é

⁹⁷⁴ “As ações coletivas podem ser vistas como complementares. Se o ente público ou privado não agir, agir de forma egoística, indiferente ou negligente na defesa dos interesses do grupo, é importante a intervenção judicial. De igual modo, se a intervenção individual for egoística ou indiferente ao grupo, é de igual relevância a atuação subsidiária dos entes privados ou públicos na defesa dos interesses ou direitos coletivos (TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. *Duke Journal of Comparative and International Law*. vol. 11. n. 2. p. 417).

⁹⁷⁵ Dispõe o parágrafo único do 341, CPC: “O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial”.

sumariamente eliminado. Ademais, há casos que sequer o ente coletivo é integrado, já que a ineficácia dos meios de citação da parte ré, feito pelos meios clássicos e fictícios, não integram efetivamente a coletividade à lide e impedem a informação-reação, portanto, afastam o próprio gozo do contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa. Então, não raro tais processos terminam na tutela provisória.

Diante dos inúmeros fatores, de diversas naturezas, que constituem esta espécie de litígios, conforme expusemos, os meios de prova, naturalmente, devem andar junto e acompanhar esta complexidade. A predominância quase que absoluta da prova documental, como ocorre na praxe atual⁹⁷⁶, apenas confirma nossa assertiva feita acima de que o processo está deslocado dos fatos e do direito material que lhe estão subjacentes.

Importante registrar que não é raro encontrar casos em que o autor postula a tutela possessória de uma área cujo espectro é incerto. Em razão de se tratar de largas proporções, nem sempre materialmente demarcadas, e, diante das dificuldades cartoriais de discriminação das áreas, muitas vezes com referências genéricas em suas matrículas, nem sempre georreferenciadas, o objeto do processo torna-se desconhecido. Com o deferimento da medida antecipatória, chega-se ao ponto de deixar a cargo do oficial de justiça a escolha dos limites territoriais dos efeitos da decisão. Não há dúvidas, neste caso, da necessidade de realização de perícia técnica, que diga, com precisão, os exatos lindes do imóvel, que irá repercutir diretamente na estrutura subjetiva do litígio.

Outrossim, na linha de se obter uma visão mais real do conflito, cita-se a necessidade da presença do órgão julgador no local do conflito. Por esta razão, a inspeção judicial, agora expressamente inserta no § 3º do artigo 565, CPC/15, não pode ser interpretada como uma medida discricionária do órgão julgador, mas sim um poder-dever jurisdicional e como garantia das partes do conflito. Como mencionamos, esta é uma forma legítima e eficaz de se obter o melhor retrato da ocupação e de diálogo com a comunidade, inclusive para aferir o conhecimento dos próprios ocupantes acerca do litígio e de eventuais conflitos internos entre grupos. Cuida-se, portanto, de um importante meio de prova nos litígios fundiários.

⁹⁷⁶ Sobre a fase instrutória, as observações da pesquisa “Observatórios da atuação do Poder Judiciário nos Conflitos Agrários decorrentes das ocupações de terra por movimentos sociais nos Estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná”. Op. Cit., p. 47: “Nos casos examinados, os autores das possessórias foram unânimes no protesto genérico de produção de provas, especificando algumas como a documental, testemunhal, a pericial e, com menos intensidade, a de inspeção judicial. Ocorre que prevaleceu o uso de documentos, relativos à caracterização do imóvel (titular, área, localização etc.), tanto na propositura, quanto na avaliação pelo magistrado, sem maiores preocupações, contudo, no que tange à prova da função social da posse e/ou da propriedade”.

Por fim, temos o momento da execução do provimento jurisdicional, que também será permeado de fatores complexos, mormente se a decisão foi de remoção compulsória da comunidade. Assim, mantendo a coerência do processo estrutural, a proposta é a de que haja um plano de ação para o cumprimento da decisão judicial⁹⁷⁷, a fim de que seja garantido que o *modus operandi* observe integralmente a normativa constitucional e os Tratados de Direitos Humanos, resultando no menor sacrifício aos envolvidos. A doutrina exorta que, neste aspecto, a ideia é que o órgão julgador se utilize de medidas diversificadas e devidamente ajustadas ao caso concreto. E o respaldo normativo a isso, segundo Didier, Zanetti e Oliveira, está no artigo 139, IV, com art. 536, § 1º, CPC, que, segundo os autores, são cláusulas gerais, que autorizam o magistrado a tomar medidas executivas atípicas⁹⁷⁸.

A elaboração deste plano deve ser composta por representantes de diversas entidades e órgãos públicos, além dos atores que já estão legalmente envolvidos nesta modalidade de litígio, a exemplo: Secretaria Municipal e Estadual de Habitação, Secretaria Municipal e Estadual de Educação, Secretaria Municipal de Assistência Social, Secretaria de Controle Urbano (onde houver), Conselho Tutelar, Polícia Militar e os oficiais de justiça que irão cumprir a ordem, e, por certo, o representante adequado da coletividade, tudo isso coordenado necessariamente pelo órgão julgador. Repisa-se que a coletividade afetada deve participar efetivamente deste planejamento, para que, não apenas sejam informados a respeito das medidas a serem adotadas, mas para que também possam contribuir efetivamente no plano a ser traçado. Defensoria Pública e Ministério Público, não apenas devem participar da elaboração do plano, como devem estar presentes no momento do cumprimento da ordem, assim como o órgão julgador, pois estes três atores são corresponsáveis na fiscalização das normas relativas aos despejos compulsórios e na observância integral do plano traçado, já que não basta ter um plano executivo, deve-se garantir a sua integral aplicação na prática.

Observado o esquema representativo proposto para se garantir um representante adequado, a coisa julgada deve se operar *ultra partes*, para atingir todo o grupo, e com efeitos *pro et contra*. Conforme demonstramos, se houve respeito ao devido processo legal, ainda que por sua perspectiva social e coletiva, não há razão para a flexibilização dos efeitos objetivos da coisa julgada, que, se operados *secundum eventum litis*, apenas revelarão um procedimento inefetivo e inútil.

⁹⁷⁷ ARENHART, Sérgio. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*. Op. Cit., p. 400.

⁹⁷⁸ DIDIER, Fredie; ZANETTI Jr., Hermes, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre Decisões Estruturantes. In: *Processos Estruturais*. Op. Cit. 363.

Importante uma última ressalva. A proposta que ora se faz de uma ação coletiva passiva para reger os litígios fundiários não é, a princípio, um modelo generalizante, conforme fizemos questão de deixar pontuado neste trabalho. O procedimento que rege as situações jurídicas coletivas passivas deve ficar suscetível a particularidades e a variáveis, a depender do direito material que lhe é subjacente. Só fato de terem efeitos coletivos as tornam objeto de irradiação de valores políticos, econômicos e culturais, que, inegavelmente, também corroboram a modelagem do procedimento casuisticamente, conforme já o alerta de Antônio Gidi:

Nem sempre as normas processuais são diferentes, mas em torno de cada tipo de ação coletiva gravitam considerações práticas, políticas, econômicas e sociais diferentes, que influenciam a interpretação e a reação do Judiciário e do público. Cada tipo de ação coletiva possui peculiaridades e o que é válido para um tipo pode não ser válido para outro. Essa complexidade dificulta ainda mais qualquer espécie de generalização e sistematização⁹⁷⁹.

Por esta razão, torna-se mais difícil enquadrar todas estas situações na formação de um procedimento único e estanque. Isso não quer dizer que não se possa estabelecer, em lei, com vistas a uma maior segurança jurídica, um parâmetro procedimental mínimo, contendo algumas questões que, em maior ou menor medida, irão ser enfrentadas no processo coletivo passivo. Assim, definir a possibilidade de o legitimado ser pessoa física, integrante do grupo, a necessidade de controle pelo magistrado da representatividade adequada, seja ela técnica ou ideológica e, ainda, dirimir os efeitos subjetivos e objetivos da coisa julgada, são importantes passos para a busca de uma maior segurança jurídica em relação às ações coletivas passivas. Como mencionamos, estes elementos constituem a base mais importante que diferencia a técnica coletiva e, como tal, há sempre um interesse de que haja segurança jurídica em relação a estes importantes institutos.

Repisa-se que as propostas acerca de um modelo processual mais sensível aos nuances dos litígios fundiários aqui apresentadas certamente não serão, por si só, suficientes para uma mudança paradigmática no sistema de justiça, pois inúmeras variáveis incidem sobre o conflito. O que se pretendeu foi chamar a atenção para o fato de que a técnica processual, permeada por uma ideologia formalista e individualista, está sendo responsável por neutralizar o impacto das normas constitucionais e insertas em Tratados de Direitos Humanos, que contemplam uma perspectiva mais protetiva em relação ao direito

⁹⁷⁹ *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. Op. Cit., p. 20.

à moradia e à terra, inclusive quanto ao devido processo legal. Como denunciou Becker, o processo, muitas vezes, é utilizado como um filtro para neutralizar aquilo que contrarie a lógica da ideologia reinante, no caso, do capital. Na linha da argumentação do autor, o direito à terra não consegue passar deste filtro, afinal, não há razão para a fiscalização da função social da propriedade se o Estado não tem o menor interesse em realizar a reforma agrária⁹⁸⁰ mas, por outro lado, tem todo o interesse em proteger a propriedade, em sua concepção absoluta.

Por esta razão, buscou-se um conjunto policêntrico de perspectivas, um modelo flexível, adaptado ao viés coletivo, permeado por técnicas atípicas e participativas, de intervenções de diferentes atores, que não necessariamente estão presos a uma função e posição estanque. A proposta é de se ter um processo estrutural, justamente para ressaltar que a complexidade do procedimento deve acompanhar a complexidade do direito material que lhe é subjacente. Mas mais do que a denominação ou a classificação de litígios estruturais ou ação coletiva passiva, nos interessa a construção de um processo mais sensível ao seu objeto e às vulnerabilidades de todas as ordens a que as partes estão expostas. Foram estas técnicas e valores que pretendemos destacar.

⁹⁸⁰ BECKER, L. A. *Qual é o jogo do Processo?* Op. Cit., p. 362.

CONCLUSÃO

Feita a sistematização das propostas no capítulo anterior, passamos, em linha de conclusão, a declinar as últimas palavras acerca da contribuição do Direito Processual sobre a melhor forma de lidar com os litígios fundiários, seja para se alcançar uma decisão eminentemente justa, seja para a concretização dos demais escopos do processo, entre eles o escopo social, com a expectativa de que o processo possa efetivamente contribuir para a pacificação social, ou, ao menos, concorrer para a redução da violência, a qual, infelizmente, é bastante comum neste tipo de conflito.

Do início ao fim deste trabalho buscou-se demonstrar as complexidades que permeiam os conflitos no campo e no meio urbano. O reconhecimento da visão estritamente reducionista do litígio, portanto, de que se trata apenas de um embate entre proprietário e uma multidão de ocupantes, é o primeiro passo. Neste sentido, a premissa para a revisão do modelo procedimental mais adequado passa pela análise de outras lentes, mais focadas em retratar com profundidade os fatores envolvidos e que acabam por revelar inúmeras questões de interesse público, com inegáveis reflexos sociais, econômicos e políticos.

Este contexto, de nuances de diversas naturezas, não é menosprezado pelo ordenamento jurídico que regulamenta o Direito Material. Se analisarmos as normas jurídicas que perfazem o Direito Urbanístico e o Direito Agrário, iremos verificar consequências jurídicas de diversas ordens que recaem sobre os assentamentos irregulares, inclusive com deveres e responsabilidades de múltiplos sujeitos. Este contexto jurídico se contrasta flagrantemente com a insistência dos tribunais de aplicação do espectro normativo estritamente codicista, agravado por uma interpretação arraigada sobre os pilares individualistas e liberais. O resultado é a manutenção do direito à propriedade no topo da hierarquia dos bens jurídicos.

Analisar o litígio fundiário com a densidade e a sensibilidade normativa pertinente irá exigir do Direito Processual mudança brusca em sua estrutura. Sem dúvida nenhuma, o embate polarizado, limitado à solução tudo ou nada (lícito ou ilícito), com restrições estruturais rígidas, que apenas permitem a subsunção legalista do fato à norma, demandará uma estrutura processual simplista, pautado em um devido processo legal formal, satisfazendo-se apenas com a contraposição dialética eminentemente escrita. Por outro lado, uma leitura mais apurada dos ingredientes que concorrem para a formação do conflito e das respostas a estes elementos exigirá um método de solução de conflitos que também acompanhe estas complexidades e se amolde para integrar os sujeitos que

necessitam participar do diálogo, a fim de que haja condições para se alcançar uma decisão mais justa.

Na verdade, o presente trabalho debruçou-se sobre uma modalidade de conflito fundiário com um agravante adicional: analisamos os litígios em que a coletividade está no polo passivo da lide. Assim, não obstante toda a complexidade que permeia um litígio que discute o direito à moradia e à terra de uma comunidade, acresce-se o fato de que o Direito Processual pátrio não dispõe, ao menos expressamente, de um procedimento adequado para lidar com a multiplicidade de sujeitos no polo passivo da lide, que terão, necessariamente, o seu patrimônio jurídico atingido pela decisão a ser proferida.

Após uma densa reflexão, concluímos que a processualística individual que ora é aplicada pelos tribunais não é suficiente para respeitar as garantias constitucionais mais basilares nesta espécie de conflito. O gozo pela perspectiva individual do devido processo legal pode, a princípio, transparecer uma maior proteção ao jurisdicionado, mas, após uma análise mais acurada, é possível concluir que ela é incapaz de produzir efeitos concretos diante do largo espectro do elemento subjetivo, sendo que, a partir de determinado momento, torna-se apenas uma garantia formal.

A proposta, portanto, buscou no Direito Processual Coletivo uma saída mais efetiva a esta modelagem de litígio. Institutos como legitimidade preconizada no modelo representativo, coisa julgada *ultra partes*, maior poder do órgão julgador, flexibilidade procedimental e mecanismos democráticos, como audiências públicas e *amicus curiae*, concorrem para satisfazer a complexidade objetiva e subjetiva e, assim, deixar o procedimento mais justo e mais consentâneo com a realidade.

Esta proposta foi extraída da normativa posta. Desta forma, ainda que não descrita expressamente pela legislação processual, pode-se afirmar que o Direito Processual, seja pelas reformas vindas com o CPC/15, que, malgrado não ter adentrado no modelo instrumental coletivo, tornou o procedimento mais permeável às mudanças direcionadas pelo objeto subjacente à lide, seja também pelo nosso microssistema processual (Lei 7.347/85 e 8.078/90), que, se por um lado não rege especificamente as situações jurídicas passivas coletivas, por outro não apresenta empecilho para a sua aplicação às situações jurídicas passivas.

Esta conclusão nos leva a reconhecer a possibilidade das ações coletivas passivas *lege lata*. É certo que a procedimentalização deste modelo de litígio não parece ser tão retilínea. Há, sem dúvida alguma, várias dificuldades que necessitam de um estudo amplo, inclusive de todas as hipóteses que podem desencadear a judicialização deste tipo de

conflito. As ações coletivas trazem ínsitos efeitos econômicos, políticos e sociais que dificultam um molde único a todas elas. De todo modo, é possível e recomendável, para se garantir maior segurança jurídica, que a questão seja objeto de regulamentação legislativa, ao menos das premissas básicas das ações coletivas passivas.

No que pertine aos litígios fundiários, concluímos que a legitimação coletiva passiva deve recair, preferencialmente, sobre os líderes dos movimentos sociais e do presidente da associação, caso a comunidade tenha este tipo de organização social. Em caso negativo, a legitimação pode recair sobre um dos ocupantes, que tenha potencialidade de representar ideologicamente o sujeito coletivo, portanto, que consiga desempenhar a função de porta-voz do grupo.

De todo modo, o legitimado coletivo passivo deve ter a sua representação analisada casuisticamente pelo órgão julgador, a fim de aferir se ela é efetiva, se há homogeneidade no grupo e este pode ser um legitimado ideológico. Caso não haja potencialidade técnica, a Defensoria Pública pode colmatar esta lacuna, vez que é responsável pela representação judicial gratuita aos vulneráveis.

Ainda assim, após a fase citatória, caso não haja a intervenção de um ocupante ou, se aqueles que intervieram não se mostraram porta-voz da comunidade, a Defensoria Pública ou o Ministério Público passam a atuar como legitimados coletivos passivos em nome da coletividade. Frise-se que a defesa neste trabalho foi por uma legitimação coletiva subsidiária destes dois entes, privilegiando-se e colocando como protagonistas os integrantes da classe. A experiência e idoneidade destes dois órgãos públicos garantem a presunção, ainda que relativa, de representantes adequados, o que, de forma alguma, os retira a possibilidade de fazer requerimentos e requerer diligências que se mostrem necessárias para respaldar a sua adequada atuação, principalmente pertinentes à mobilização da coletividade para que também participe da elaboração da defesa coletiva.

Assim, procuramos aproximar o procedimento à realidade dos conflitos fundiários, de modo a buscar um maior equilíbrio de armas entre as partes, mormente diante da vulnerabilidade da multidão que figura no polo passivo e que não consegue exercer, pessoalmente, a sua defesa. Buscamos, também, institutos mais democráticos, participativos, garantistas, que propiciem o diálogo para a solução consensual do conflito, ou, se não for possível, um provimento jurisdicional que consiga se mostrar sensível aos nuances do direito material em discussão. Não descuramos que o procedimento, por si só, não garante uma decisão substancialmente justa, mas, partindo-se da premissa da natureza

do processo integrativo, não se pode negar que o caminho a se percorrer pode contribuir sobremaneira para que a justiça se materialize.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVAY, Pedro. Liminar que proíbe “rolezinho” assegura “direito à segregação”. *Folha de São Paulo*. São Paulo. Publicado 14/01/2014. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1397333-opiniao-liminar-que-proibe-rolezinho-assegura-direito-a-segregacao.shtml>.
- ACCA, Thiago dos Santos. A (des)segregação urbana por meio do Direito: o Poder Judiciário, as políticas públicas e o caso da ponte Estaiadinha. *In: As Múltiplas Faces do Conflito Fundiário no Brasil*. Análise CPJA/Direito Gvol. Maio de 2014.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALFONSIN, Jacques Távora. A Força Normativa das Necessidades frente ao Direito de Propriedade: Apontamento em torno dos efeitos jurídicos gerados por ocupações massivas de terra urbana e rural. *In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). Questões Agrárias*. Julgados comentados e Pareceres. São Paulo: Método, 2002.
- _____. *O Acesso à Terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.
- _____. Os Conflitos Possessórios e o Judiciário. Três reducionismos processuais de solução. *In: STROZAKE, Juvelino José (Coord.). O Direito Agrário em Debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto Souza de. MAIA, Maurílio Casas. O Estado defensor e sua legitimidade para os pedidos de suspensão de liminar de segurança e tutela antecipada. *In: Revista de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 40. vol. 239. Janeiro/15.
- ALVIM, Teresa Arruda. A posição dos sócios e associados em relação a ações movidas contra as sociedades e associações de que façam parte. *In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. O Direito Processual de estar em Juízo. *In: Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ANCHETA, Angelo N. Defendant Class Actions and Federal Civil Rights Litigation. *UCLA Law Review*, 33, 283.
- ANDRADE, Adriano de Azevedo. *O Fundamento da Proteção Possessória*. BH: Universidade de Minas Gerais, 1964.
- APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- ARAÚJO, Fabio Caldas. *Posse*. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2007.
- ARAÚJO, José Aurélio de. O Litígio Coletivo da Posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Repercussões do Novo CPC*. Salvador: JusPodiVm, out/2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela de Interesses Individuais: Para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Decisões Estruturantes no Direito Processual Civil Brasileiro. In: *Processos Coletivos. Revista Eletrônica*. vol. 6, n. 4, jan.-abril de 2015. Disponível em <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>.
- ARMELIN, Donaldo. Ação Civil Pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AROCA, Juan Montero. El Proceso Civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- AURELLI, Arlete Inês. Ações Possessórias. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian C. B. (Org.). *Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- BATISTA, Lia Carolina. *Assistência simples no Direito Processual civil*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.
- BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Sobre o papel do direito na sociedade capitalista. *Ocupações coletivas: direito insurgente*. Disponível em http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/24135779-Miguel_Lanzellotti-Baldez-Sobre-o-papel-do-direito-na-sociedade-capitalista-direito-insurgente.pdf.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público. *Revista de Direito Público*, n. 84, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. MAIA, Maurílio Casas. Isonomia Dinâmica e Vulnerabilidade no Direito Processual Civil. In: *Revista de Direito Processual*. RT. Ano 39. vol. 30, abril de 2014.

- BARROS MONTEIRO, Washington de; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BECKER, Howard S. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. *In: Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. I, jul.2014.
- BECKER, L. A. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros: 2002.
- _____. *Qual é o jogo do processo?* Curitiba: Sergio Fabris, 2012.
- _____. Processo e Preconceito. *In: Elementos para uma Teoria Crítica do Processo*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BEGA, Carolina Brambila. *Curadoria Especial: Tutela da Vulnerabilidade Processual. Análise da efetividade dessa atuação*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Associado Rodolfo de Camargo Mancuso. São Paulo. 2012.
- BENEVIDES, Maria Victoria. *Direito, Cidadania e Participação*. São Paulo: T.A. Queiroz. 1981.
- BENTES, Fernando R. N. M.; HOFFMANN, Florian F. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BENTE, Richard Hugh. *Regularização Fundiária de Interesse Social no Estado de São Paulo: uma análise dos programas Pró-Lar e Cidade Legal nos Município do Vale do Paraíba*. Tese (Doutorado). Escola de Engenharia de São Carlos para a obtenção de título de doutor em Arquitetura e Urbanismo. Universidade de São Paulo, 2010.
- BESSI, Bruna. *Manifestações Culturais Espontâneas Transformam a Cidade de São Paulo*. G1. São Paulo. Publicado 19/05/2013. Disponível em <http://delas.ig.com.br/casa/arquitetura/2013-05-19/manifestacoes-culturais-espontaneas-transformam-a-cidade-de-sao-paulo.html>.
- BONDUKI, Nabil. *Origens da Habitação Social no Brasil: Arquitetura, Lei do Inquilinato e Difusão da Casa Própria*. São Paulo: Estação Liberdade, 2011.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo Civil no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

- _____. *Proporcionalidade e Processo: A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; SICA, Heitor Vitor Mendonça. In: MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BOULOS, Guilherme. *Por que ocupamos? Uma introdução à luta dos sem-teto*. São Paulo: Autonomia Literária, 2015.
- BOURDIEU, Pierre. *La noblesse de l'État*. Paris: Minuit, 1989.
- BRAGA, Luiz Guilherme. A posse de ano e dia no Direito Hispânico Medieval. In: *Boletim de Direito de Coimbra*. Disponível em https://www.uc.pt/fduc/corpo_docente/galeria_retratos/braga_cruz/pdf/doutrina_bc_vol_XXV_1949.pdf.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus Curiae: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro. In: DIDIER, Fredie et al (Coord.). *O terceiro no Processo Civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em Homenagem ao Professor Gusmão Carneiro*. São Paulo: RT, 2010.
- _____. Processo Civil de Interesse Público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil de Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CABRAL, Antonio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In: *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- _____. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: *Revista de Processo*. vol. 231. Maio de 2014.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao art. 982. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. *Direito Processual Civil*. vol. 3. Trad. Luiz Avezia; Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller. 1999.
- _____. *Proceso y Democracia*. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Função Social do Processo*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/3198/funcao-social-do-processo>.
- _____. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. In: *Revista de Diálogo Jurídico*. Ano I, vol. I, abril de 2001, Salvador/BA.

- _____. Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. *In: Artigos e Ensaios*. Salvador: Jus PodiVm. vol. 2, 2016.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Diferenciação Social*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, procedimento, processo e organização. *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. LXVI, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northflet. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- _____. Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 5, pp. 128-159. Jan/mar. 1977.
- _____. Los Derechos Sociales de libertad em la concepción de Piero Calamandrei. *In: Processo, ideologia e sociedade*. Buenos Aires: EJE, 1974.
- Os Métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *In: Revista de Processo*. São Paulo: 74(19):82-97, abri/jun. 1994.
- _____. *Processo, Ideologias e Sociedade*. vol. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *In: Revista de Processo Civil*. n. 57, ano 15, janeiro-março 1990.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napolis: Morano Editore, 1958.
- CARVALHO, Cláudio Oliveira de; RODRIGUES, Raoni. O Novo Código de Processo Civil e as Ações Possessórias: Novas Perspectivas para os Conflitos Fundiários Coletivos? *In: Revista de Direito da Cidade*. vol. 07, n. 4. Rio de Janeiro, UERJ, 2015. CARVALHO, Eduardo Guimarães de. *O Negócio da Terra*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1991.
- CARVALHO, Eusébio. Direito à Propriedade: do discurso à realidade. *In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). Leituras Complementares de Direito Civil: O Direito Civil Constitucional em Concreto*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- CARVALHO, Sabrina Nasser. Judicialização dos Assentamentos Irregulares: reflexões necessárias. *In: Revista Magister*. Ano X, n. 58. Fev/mar. 2015.
- _____. *Processos Coletivos e Políticas Públicas*. São Paulo: Contracorrente, 2016.
- CARVALHO, Sabrina Nasser de; ZAMONER, Tatiana. Direito à Moradia e Áreas Ambientalmente Protegidas: a abordagem conciliatória como estratégia de ação no

- enfrentamento do conflito. *In: Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: JusPodiVm. vol. 2. 2014.
- CASTELO, Juliana Justo Botelho. *Litigância de Massa: ações coletivas e técnicas de agregação*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.
- CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, n. 7, vol. 89, mai, 1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.
- _____. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. vol. II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- COELHO, Maria da Silva Varela. A Extinção do Procedimento Especial nas Ações de Reintegração e de Manutenção de Posse: causa e consequências. *In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/MARINA%20DA%20SILVA%20VARELA%20COELHO-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>.
- CORTIANO Jr., Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa, São Paulo: Saraiva, 1946.
- _____. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: discursos, ensaios e conferências*. Trad. de Hilomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione de processo e responsalità del iudice. *In: Studio in onore di E. T. Liebman*. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1979.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul Processo Civile*. vol. 1. 5. ed. Bologna: II Mulino, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade. *In: STROZAKE, Juvelino José. (Org.). A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CORREA, Mariza. *Morte em Família*. Rio de Janeiro: Graal. 1983.

- CORREIA, André de Luiz. *A Citação no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COSTA, Domingos Barroso da. GODOY, Arion Escorsin de. Defensoria precisa definir identidade para não se prender ao passado. *In: Revista Conjur*. Publicado em 21/07/2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-21/tribuna-defensoria-defensoria-definir-identidade-nao-prender-passado>.
- COSTA, Susana Henriques da; FRANCISCO, João Eberhardt. Uma hipótese de *Defendant Class Actions* no CPC? O papel do Ministério Público na Efetivação do Contraditório nas Demandas Possessórias propostas em face de pessoas desconhecidas. *In: Revista de Processo*. Ano 40, n. 250, dezembro de 2015.
- COSTA, Susana Henriques da. O Controle judicial da representatividade adequada. *In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CRAMER, Ronaldo. *In: CABRAL, Antônio do Passo. Comentários ao NCPC*. São Paulo: Forense, 2016.
- CREDIE, Ricardo Antônio Arcoverde. As ações de manutenção e imissão na posse. *In: Revista de Processo Civil*. n. 22, ano VI, abril-junho de 1981.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Assistência no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). Coleção Novo CPC: doutrina selecionada. Parte Geral*. Salvador: Jus PodiVm, 2016.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Ação Possessória contra Réu Inominado. *In: Revista de Processo*. vol. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *A Nova Proteção Possessória*. Disponível em <http://www.servulo.com.br/pdf/possessoria.pdf>.
- DA MATTA, Roberto. As Raízes da Violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. *In: PAOLI, Maria Célia (Org.). A Violência Brasileira*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.
- DANTAS, Bruno. Entrevista. *Revista Eletrônica CONJUR*, maio de 2010. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-03/entrevista-bruno-dantas-ministro-tcu-professor>.
- DANTAS, Bruno. *Teoria dos Recursos Repetitivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Função Social da Tutela Possessória em Conflitos Fundiários. *In: Revista Direito GVOL*. São Paulo. 9(2), pp. 465-488. Jul-dez. 2013.

- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Rio, 1979.
- DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais: Dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodiVm, 2018.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Salvador: Jus PodiVm, 2016.
- _____. Situações Jurídicas Coletivas Passivas: o objeto das ações coletivas passivas. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. nº 26, abril/maio/junho de 2011, Salvador.
- _____. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. In: *Academia de Direito Processual Civil*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>.
- DIDIER Jr., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. Salvador: Jus PodiVm, 2016.
- DIDIER, Fredie; ZANETTI, Hermes. *Curso de Direito Processual*. vol. 4. Salvador: JusPodiVm. 2016.
- DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes. O CPC/2015 e a reconvenção em processo coletivo. In: *Processos Coletivos*. vol. 8. Salvador: JusPodiVm, 2016.
- DIDIER, Fredie; ZANETTI Jr., Hermes, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre Decisões Estruturantes. In: *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Las Acciones Colectivas passivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamericana. In: *La tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogeneos: hacia un código modelo para iberoamerica*. México: Porrúa, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

- EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf). Acesso em 20/09/2017.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil: O Direito Civil Constitucional em Concreto*. Salvador: JusPodiVm, 2007.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de Direito de Propriedade: Invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Cultura Jurídica e Democracia: a favor da democratização do Judiciário*. In: *Direito, Cidadania e Participação*. LAMOUNIER, Bolívar (Org.). São Paulo: T.A. Queiroz, 1981.
- _____. *Democratização e Serviços Legais: Ocupações Urbanas*. In: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Invasões Urbanas: conflito de Direito de Propriedade*. Introdução. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.
- _____. *De pés no chão, encharcados: nota à segunda edição*. In: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Invasões Urbanas: conflito de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Salvador: JusPodiVm, 2007.
- _____. *A Atividade Processual do Curador Especial e a Defesa do Revel Citado Fictamente*. In: *Revista Jus Navegandi*. Teresina, ano 5, n. 46, 1 out, 2000. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/798/a-atividade-processual-do-curador-especial-e-a-defesa-do-revel-citado-fictamente>.
- FARIA, José Eduardo. *A Definição do Interesse Público*. In: *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

- _____. Ordem Legal X Mudança Social a crise do Judiciário e a formação do magistrado. *In: FARIA, José Eduardo. (Org.). Direito e Justiça: a função social do Judiciário.* São Paulo: Ática, 1997.
- FELSTINER, W. L. F; ABEL, R. L.; SARAT, A. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming. *Law and Society Review*, Salt Lake City, vol. 15, n. 3/4.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. O oficial e o Inoficial: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e especialmente concomitantes. *In: Invasões Urbanas: conflito de Direito de Propriedade.* Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- FERNANDES, Edésio. A Produção Socioeconômica, política e jurídica da informalidade urbana. *In: Manual de Regularização Fundiária.* Instituto Pólis, 2002. Disponível em <http://polis.org.br/uploads/949/949.pdf>. FERNANDES, Fernando Lavres. Os discursos sobre as Favelas e os Limites ao Direito à Cidade. *Cidades.* Presidente Prudente: Grupo de Estudos Urbanos, 2(3), jan.-jun, 2005.
- FERNANDES, Reinaldo de Francisco. *A Legitimação para as Demandas Coletivas no Processo do Trabalho: A legitimação sindical privilegiada.* Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- FERRARO, Marcella Pereira. Litígios Estruturais: algumas implicações da Publicidade no Processo. *In: Processos Estruturais.* Salvador: JusPodiVm, 2017.
- FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Liminares nas Ações Possessórias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FISS, Owen. FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma Verdade Viva. *In: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Felix. Processos Estruturais.* Salvador: JusPodiVm, 2017.
- _____. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.* Trad. Carlos Alberto Salles. São Paulo: RT, 2004.
- FIX, Mariana. *Parceiros da Exclusão.* São Paulo: Boitempo, 2001.
- FONSECA, José Eduardo da. *Legislação de Terras.* Revista Forense, n. 38, 1922.
- FONTES, Rafaela Seixas. *Acesso à Justiça: a experiência dos Sem-Teto da Bahia.* Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/acesso-a-justica-a-experiencia-do-movimento-dos-sem-teto-da-bahia/>.
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade Adequada nos Processos Coletivos.* Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.
- FUKASSAWA, Fernando. *Regularização Fundiária Urbana.* São Paulo: Saraiva, 2013.

- GAJARDONI, Fernando. Flexibilização Procedimental. *In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Org.). Programa de Estudos Avançados em homenagem ao Ministro Arnaldo Esteves de Lima.* Julho de 2016.
- _____. Os Conflitos Coletivos pela Posse de Imóveis no Novo CPC. *In: Jota.* Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/os-conflitos-coletivos-pela-posse-de-imoveis-no-novo-cpc-04072016>.
- _____. Os Procedimentos Simplificados e Flexibilizados no Novo CPC. *In: MACEDO, Lucas Buril de. [et. al.] (Org.). Coleção Novo CPC.* Parte Geral. Jus PodiVm: Salvador: 2016.
- GARAPON, Antonie. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual Judiciário.* Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el despazamiento forzado em Colombia. *Centro de Estudos de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia,* Bogotá, 2010.
- GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um Mundo de Capacidade Social em Expansão. *In: Revista Brasileira de Sociologia do Direito.* Porto Alegre, ABraSD, vol. 2, n. 1, jan/jun, 2015.
- _____. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and society*, vol. 9:1, Aldershot, Dartmouth, 1994.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial.* São Paulo: RT, 2010.
- GIDI, Antonio. *A Class actions como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GIL, Hernandes. *La Función Social de la Posesión.* Madrid: Alianza Editorial, 1969. GIRARDI, Eduardo Paulo. *Proposição teórico-metodológica de uma Cartografia Geográfica Crítica e sua aplicação no desenvolvimento*”. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Geografia e no Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agrária (NERA). Unesp de Presidente Prudente. Disponível em <http://www2.fct.unesp.br/nera/atlas/index.htm>.
- GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). Repercussões do NCPC: Ministério Público.* Salvador: JusPodiVm, 2017.
- GOHN, Maria da Glória. *Sociologia dos Movimentos Sociais.* São Paulo: Cortez, 2014.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do Processo Civil brasileiro.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Parecer. In: STROZAKE, Juvelino José. (Org.). *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito Processual e Capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária/Outras Expressões, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A coisa julgada no litisconsórcio facultativo unitário: O exemplo de ações coletivas e individuais no campo da saúde. In: AURELLI, Arlete Inês *et. al.* (Coord.). *O Direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Ações Coletivas para a Tutela do ambiental. In: *Revista de Processo*, n. 44. São Paulo: RT.

_____. Ações Concorrentes: Pluralidade de Partes legítimas à impugnação de um único ato. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. A Representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, ano 27, out-dez 2002.

_____. Da *class actions for damages* à ação civil brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *O Processo: Estudos & Pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009.

_____. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. In: MAZZEI, Rita; NOLASCO, Rita. *Processo Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*. vol. II: Processo Coletivo. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

_____. Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la Teoría de Liebman. In: GIDI, Antônio (Coord.). *La Tutela de derechos difusos, derechos colectivos, e individuales homogêneos: hacia un código modelo para Iberoamerica Mexico*: Porrúa, 2004.

_____. *Novas Tendências do direito processual: de acordo com a Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Parecer sobre legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública. In: *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, ano 4, n. 2, jul/dez, 2011.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- _____. “Significado social, político e jurídico da tutela de interesses difusos”. In: *Repro*, São Paulo: RT, n. 97, 2000.
- _____. [et al.] *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *O Processo em sua Unidade*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 1984.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. In: *Os Processos Coletivos nos Países do Civil Law e do Common Law: uma análise de Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Classes, Raças e Democracia*. São Paulo: Editora 34, 2012.
- GIDI, Antonio. *A Class actions como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. A Representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, ano 27, out-dez 2002.
- _____. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. In: MAZZEI, Rita; NOLASCO, Rita. *Processo Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *Repercussões do NCPC: Ministério Público*. Salvador: JusPodiVm, 2017.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: RT, 2010.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- HADFIELD, Gillian. *The price of law: how the Market for lawyers distorts the justice system*. 98 MICH. L. VER. 953, 2000.
- HAZARD, Geoffrey C. Jr. E TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale, 1993.
- HERNANDEZ GIL, Antônio. *La Función de la Posesión*. Madrid: Alianza, 1969.
- HOLO, Robert E. Comment. Defendant Class Actions: the failure of Rule 23 and a Proposed Solution. *UCLA Law Review*. 38, 223, 266-68, 1990.
- IHERING, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Trad. Pinto de Aguiar. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

- JACOB NETTO, Fernando. *Tutela Processual da Posse*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *In: Revista Estudos Históricos*, n. 18, 1996.
- JUNQUEIRA, Eliana Botelho; RODRIGUES, José Augusto de Souza. *Pasárgada revisitada: sociologia: problemas e práticas*, Rio de Janeiro, n. 12, 1992.
- JUNQUEIRA, Eliane; VIEIRA, José Ribas; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto & branco*. Rio de Janeiro: LetraCapital, 1997.
- KALVEN Jr., Harry; ROSENFELD, Maurice. *The contemporary function of the class suit*. The University of Chicago Law Review. vol. 8. 1941.
- KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. *In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo, 1989.
- KLONOFF, Robert. *Class Actions and other multiparty litigation*. St. Paul: Thomson West, 2004.
- LANUSSE, Pedro P. *Proceso Jurisdiccional Eficaz*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- LAURIS, Elida. Entre o social e o político: a luta pela definição de acesso à justiça em São Paulo. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 89/2009. Disponível em <https://rccs.revues.org/1464>.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: Condições e Possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. Novo CPC: o Ministério Público e a jurisdição voluntária. *In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). Repercussões do NCPC: Ministério Público*. Salvador: JusPodiVm, 2017.
- LÉPORE, Paulo Eduardo. Rolezinhos e a Violação de Direitos das Crianças e dos Adolescentes. *In: Dossiê Rolezinhos: Shopping Centers e Violação de Direitos Humanos no Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2015.
- LIMA, Frederico Rodrigues Viana. Um Novo Processo Civil para uma nova Defensoria Pública. *In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). Repercussões do Novo CPC: Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- LOPES, Reinaldo de Lima. A Definição do Interesse Público. *In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). Processo Civil e Interesse Público: O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. São Paulo: Manole, 2006.
- MACHADO, Antônio Alberto. O Rolezinho e as Novas Catedrais. In: SEVERI, Fabiana Cristina. In: *Dossiê Rolezinhos: Shopping Centers e Violação de Direitos Humanos no Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2015.
- MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O Direito das Favelas no Contexto Pós-Programa Favela-Bairro: uma recolocação do debate a respeito do “Direito de Pasárgada”*. Tese (Doutorado). Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da UFRJ. Rio de Janeiro, 2010.
- MAIA, Digo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.
- _____. Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) [et al.] *Direito Processual Civil e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAIA, Maurílio Casas. A Intervenção de Terceiros da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º, a, V, Lei 80/94) e posições processuais dinâmicas. In: MACÊDO, Lucas Burli (Org.). *Coleção Novo CPC. Parte Geral*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como Instrumento de controle das chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. Da jurisdição coletiva à tutela judicial plurindividual: evolução da experiência brasileira com as demandas seriais. In: *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- _____. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARÉS, Carlos Frederico; SAUER, Sérgio. (Coord.). *Estudo sobre soluções alternativas para conflitos fundiários agrários e tradicionais. Casos Emblemáticos e Experiências de Mediação. Análise para uma cultura institucional de soluções alternativas de conflitos rurais. Centro de Estudos sobre o sistema de justiça*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

MARICATO, Ermínia. *Para entender a Crise Urbana*. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

_____. Pós-facio. *Planeta Favela*. São Paulo: Boitempo, 2006.

MARINONI, Luís Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: *Revista de Processo*. vol. 249. Ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2015.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. A Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. *Jus Navegandi*. Teresina, ano 8, n. 286, 2004. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/5066/a-influencia-das-relacoes-pessoais-sobre-a-advocacia-e-o-processo-civil-brasileiros>.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado: Artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Milesi, 1981.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. Campinas: Millennium, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. MAZZILI, Hugo. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Atuação do Ministério Público no Processo Civil*. Disponível em www.mazzilli.com.br.

_____. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Réus Incertos ou Desconhecidos no Processo Civil. In: *Justitia*. São Paulo. 47(128): jan/mar. 1995.

MELUCCI, A. *Challenging Codes: Collective Action in the Information Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. A Legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *In: Revista de Processo*. Ano 37. vol. 209. Julho/2012.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *In: ZANETI Jr., Hermes (Org.). Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. vol. 08. Salvador; Juspodivm, 2016.
- MENDES Jr., João de Almeida. *Direito Judiciário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas de Barros, 1960.
- MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. *Crítica do Direito à Moradia e das Políticas Habitacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.
- MIAGUSKO, Edson. *Movimentos de Moradia e Sem-Teto em São Paulo: experiências no contexto do desmanche*. Tese (Mestrado). Programa de Filosofia, Letras e Ciências Humanas na Universidade São Paulo, 2008.
- MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1961.
- MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Ações Possessórias e o Ministério Público. *In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Org.). Repercussões do Novo CPC: Ministério Público*. Salvador: Jus PodiVm, 2017.
- MILANO, Giovanna Bonilha. *Conflitos Fundiários Urbanos e Poder Judiciário*. Curitiba: Íthala, 2017.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*. Buenos Aires: Ediar. 1945.
- MIRRA, Álvaro Luís Valery. Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. *In: MILARÉ, Édís. A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Participação, Processo Civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- _____. *Participação, Processo Civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador Cândido Rangel Dinamarco, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- MONIZ DE ARAGÃO. *Comentário ao Código de Processo Civil*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 1974.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à transformação social*. Trad. Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Ações Possessórias no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016.
- MORABITO, Vince. Defendant Class Actions and the Right to Opt Out: lessons for Canada from the United States. *Suke Journal of Comparative & International Law*. vol. 14. ano 197, 2004.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Posse: Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. La Igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 44, p. 82, out/dez, 1996.
- _____. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 30, n. 122, abr., 2005.
- _____. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. *Revista de Processo*. In: *Temas de Direito Processual*. Segunda Série. Saraiva, 1980.
- MOREIRA, Rafaela Selem. *Democratização do Judiciário na cidade do Rio de Janeiro: um estudo sobre o acesso individual e coletivo dos moradores de favela a justiça, contextualizado a luz de uma história de desigualdades*. Dissertação (Mestrado). PUC/RJ, 2011.
- MOURA, Alexandrina Sobreira de. *Terra do Mangue: invasões urbanas no Recife*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1990.
- MULLENIX, Linda. [et. al]. *Os processos coletivos nos países de civil e common law: uma análise de Direito Comparado*. São Paulo: RT, 2008.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Método. 2014.
- _____. *Novo CPC: inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2016.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY, Nelson. *Curso de Processo Civil*. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- NEUHOLD, Roberta dos Reis. *Os Movimentos de Moradia e Sem-teto e as Ocupações de imóveis Ociosos: A luta por políticas públicas habitacionais na área central da cidade de São Paulo*. Dissertação (Doutorado). Programa de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.
- NEWAMN, Dwight. *Community and collective rights: a theoretical framework for rights held by groups*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. A Garantia do Contraditório. In: *Revista de Direito da UFRGS*. n. 15, 1998. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70385>.
- _____. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. O Juiz e o Princípio do Contraditório. In: *Revista de Processo*. 71/31, 1993.
- _____. *Procedimento de ideologia no direito processual civil atual*. Porto Alegre: Ajuris, n. 33. Março, 1985.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Cidadania, Justiça e Pacificação*. Rio de Janeiro: Gvol. 2014.
- _____. *UPPs, Direitos e Justiça: um estudo das favelas do Vidigal*. Rio de Janeiro: Gvol. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>.
- OLIVEIRA, Rogério Alvarez. MP deve intervir nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. *Revista Eletrônica Conjur*, 17 de outubro de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-out-17/mp-debate-mp-intervir-litigios-coletivos-posse-terra-rural-ou-urbana>.
- OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva. 2010.
- ORLANDO, Gomes. Significado da Evolução Contemporânea do Direito de Propriedade. *Revista dos Tribunais*, vol. 757. Nov., 1998.
- OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efetivos jurisdicionais complexos. In: *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. PANDOLFI, Dulce; GRYNSZPAN, Mario. Poder Público e favelas: uma relação delicada. In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi (Org.). *Cidade, história e desafios*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.
- PAOLLELLO, Renata Medeiros. *Conflitos Fundiários na Baixada do Ribeira: a posse como direito e estratégia de apropriação*. Tese (Mestrado). Universidade Estadual de Campinas. Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 1992.
- PARSONS, A. Peter; STARR, Kenneth W. *Environmental Litigation and Defendant Class Actions: the unrealized viability of rule 23*, 4 Ecology L. Q. (1975).

- PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. *Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A Teoria da Função Social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PEYRANO, Jorge W. *El Proceso Civil: Principios y Fundamentos*. Buenos Aires: Astrea, 1978.
- PIOVESAN, Ana Carolina Cinoca. Acesso à justiça e direito à moradia: uma crítica à atuação do Judiciário nos processos de reintegração de posse no centro da cidade de São Paulo. In: *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre, ABraSD, vol. 2, n. 2, p. 106-120, jul./dez., 2015.
- PISANI, Andrea Proto. Público e Privado no Processo Civil. *Revista da Emerj*, vol. 4, n. 16, 2001.
- PONTES MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. São Paulo: Forense, 1974.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PORTO, José Roberto Sotero de Mello; CAMPOS, Rodrigo Sardinha de Freitas. Questões sobre a atuação da Defensoria pública nas Ações Possessórias. In: *Revista Eletrônica CONJUR*. Publicado em 13/04/2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/tribuna-defensoria-questoes-atuacao-defensoria-acoes-possessorias>
- PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982.
- REOLOM, Mônica; CASTRO, Laura Maia de. “Shoppings fecham suas portas para barrar rolezinhos”. *Estadão*. São Paulo. Publicado 16/01/2014. Disponível em <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,shoppings-de-sao-paulo-fecham-portas-para-barrar-rolezinhos>.
- RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

- _____. *Razão burocrática e acesso à justiça*. Max Limonad: São Paulo, 2002.
- RIBEIRO, Romeu Marques. *Das Invasões Coletivas: aspectos jurisprudenciais*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- RODRIGUES NETO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *In: Revista de Direito Processual*. Ano 32. n. 149. Julho, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROLNIK, Raquel. Apresentação. *In: Cidades Rebeldes: Passe Livre e as Manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013.
- ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodiVm, 2013.
- ROSSI, Júlio Cesar. Ação Coletiva Passiva. *In: Revista de Processo: Ano 36. vol. 198. Agosto, 2011.*
- RUDINIKI, Rogério. Introdução ao Processo Coletivo Passivo: a experiência do Direito Norte-americano. *In: Revista Universitas Jus*, vol. 25, n. 2. 2014.
- SADEK, Maria Teresa. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, vol. 93. 2014.
- _____. Estudos sobre o Sistema de Justiça. *Portal das Ciências Sociais (ANPOCS)*. Disponível em <http://www.anpocs.com/index.php/universo/acervo/biblioteca/coletaneas/o-que-ler-na-ciencia-social-brasileira-1970-2002/volume-iv/662-estudos-sobre-o-sistema-de-justica/file>.
- _____. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, São Paulo, vol. 18, n. 51, Mai/Ago, 2004.
- SALLES, Carlos Alberto. Ações Coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. *In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Universitária Leopoldianum, 2006.
- _____. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SANSEVERINO, Milton; KOMATSU, Roque. *A Citação no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SANTOS, Boaventura de Souza. A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça. *In: Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.
- _____. Introdução à sociologia da administração da justiça. *In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1997.

- _____. Notas sobre a Histórica Jurídico-Social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). *Sociologia & Direito*. São Paulo: Pioneira Thompson, 2002.
- _____. *O Direito dos Oprimidos: sociologia crítica do direito*. Parte 1. São Paulo: Cortez, 2014.
- _____. O discurso e o Poder. In: *Revista Forense*, n. 272, 1980.
- _____. *O Discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.
- _____. *Os Conflitos Urbanos no Recife*. Disponível em https://www.google.com/?gws_rd=ssl#q=+SOUSA+SANTOS%2C+Boaventura.+Os+Conflitos+Urbanos+no+Recife. Acesso em 10/12/2016.
- SANTOS, E. L. Silva. A Desumanização do Processo Civil, com o perdão do pleonismo. In: BECKER, L.A.; SANTOS, E. L. Silva. *Elementos para uma Teoria Crítica do Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- SANTOS, E. L. Processo Civil e Função Social: duas fábulas para o vazio. In: *Elementos para uma teoria crítica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1980-1981.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- SAULE Jr., Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.
- SAULE Jr., Nelson. DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). *Conflitos Coletivos sobre a Posse e a Propriedade de bens imóveis*. Série Pensando o Direito. Ministério da Justiça, 2009.
- SEVERI, Fabiana Cristina. *Dossiê Rolezinhos: Shopping Centers e Violação de Direitos Humanos no Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo. 2015. Disponível em <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2015/05/Dossi%C3%AA-Rolezinhos.pdf>.
- SHEN, Francis X. *The overlooked utility of the Defendant Class Action*. Denver University Law Review, vol. 88, n. 1, 2010.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

- _____. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. In: *Revista de Processo*. vol. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012.
- SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro modificado até 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.
- SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2004.
- SILVA, Michel Ferro. *Litisconsórcio Multitudinário*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). São Paulo: RT, 1988.
- SIMOKOMAKI, Giulia; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. Decisões *contra legem*, um sintoma ou uma saída? In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos (Org.). *Limites do Direito: Decisões contra legem: Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma*. Curitiba: Juruá, 2016.
- SIQUEIRA, Cleanto Guimaraes. *A Defesa no Processo Civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SOARES, André Matos. *A Facultatividade no Litisconsórcio Unitário Ativo*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- SOUSA, José Augusto Garcia de. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: novos caminhos e responsabilidade para uma instituição enfim essencial. In: JARDIM, Afrânio Silva [et al]. *Revista de Direito Processual da UERJ*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *A Formação do Processo nas Ações Reipersecutórias Multitudinárias: a citação de réus inominados na petição inicial*. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/inicial.pdf>.
- SPEGLER NETO, Theobaldo. *O Princípio da Ampla Defesa e a Citação Editalícia: institutos em conflito*. In: *Revista (RIDB)*, Ano 2 (2013), n. 5.
- STELLITA, Guilherme. *Do Litisconsórcio no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- STROZAKE, Juvelino José. *Acesso à Terra e a Lei da Ação Civil Pública*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Pontifícia de São Paulo, 2006.

- _____. *A Função Social da Propriedade Rural sob a ótica dos direitos difusos e coletivos*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.
- TÁRREGA, Maria Cristina Vidotti Blanco; MAIA, Cláudio Lopes; FERREIRA, Adegmar José. *Observatório da atuação do Poder Judiciário nos Conflitos Agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná. (2003-2011)*. Goiânia. Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito, 2012.
- TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- _____. Some remarks on group litigation in comparative perspective. *Duke Journal of Comparative and International Law*. vol. 11. N. 2. 1983.
- TASCHER, Susana Pasternak. Favelas em São Paulo: sentidos, consensos e contrassensos. *In: Caderno Metrópole*. vol. 5. São Paulo: PUC/SP, 2001.
- TATURCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Forense, 2012.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Um Novo Processo Civil Português: à la recherche du temps perdu? *In: BRITO, Rita (Coord.). Novos Rumos da Justiça Cível*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009.
- TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- TEPPEDINO, Gustavo. Apresentação. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TIDMASH, Jay. *Rethinking Adequacy os Representation*. Sholarly Works. Paper 531, 2009.
- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- TORRES, Marcos de Azevedo. *A Propriedade e a Posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- TRINDADE, Thiago Aparecido. *Ampliando o Debate sobre a Participação Política e a Construção Democrática: o movimento de moradia e as Ocupações de imóveis ociosos no Centro da Cidade de São Paulo*. Tese (Mestrado). Universidade de Campinas, 2014.
- TRUBEK, David M. The Handmaiden's Revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure. *Law and contemporary problems*, vol. 51, n. 4, 1988.

- UZELAC, Alan. Direito Processual e Pluralismo Jurídico. Grupos Desfavorecidos de pessoas e uma abordagem ao processo judicial derivado do esbulho possessório e do deslocamento forçado. Como resolver disputas privadas (que não envolvem o Estado) sobre a terra que envolvem membros de grupo em desvantagem, a exemplo dos indígenas, de uma forma justa e garantindo o devido processo Legal? *In: Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Ano 11. vol. 18. Número 2. Maio a Agosto de 2017.
- VAINER, Carlos. Quando a Cidade vai às Ruas. *In: Cidades Rebeldes: Passe Livre e as Manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013.
- VIANA, Frederico. Um novo CPC para uma nova Defensoria Pública. *In: SOUSA, José Augusto Garcia de. Repercussões do Novo CPC: Defensoria Pública*. Salvador: JusPodiVm, 2015.
- VIANNA, Luiz Werneck. [et. al.]. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- VIANA, Silvia. Será que formulamos mal a pergunta? *In: Cidades Rebeldes: Passe Livre e as Manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action brasileira: limites propostos pelo Código Brasileiro de Processos Coletivos*. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.] Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodiVm, 2008.
- VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. Tipologia dos Litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *In: DIDIER Jr. Fredie. Repercussões do Novo CPC*. vol. 8. Salvador: JusPodiVm, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Casos Problemáticos: partes ou terceiros? (Análise de algumas situações complexas de direito material. *In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WATANABE, Kazuo. A conversão da ação individual em coletiva. *In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro (Org.). O Novo Código de Processo Civil: Programa de Estudos Avançados em homenagem ao Ministro Arnaldo Esteves Lima*. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura Regional Federal 2ª Região, 2016.

- _____. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY Jr. Nelson (Org). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo; Max Limonad, 1984.
- WOLFSON, Barry. *Defendant class actions*. Ohio State Law Journal, vol. 38, n. 3 (1997).
- WOLKART, Erik Navarro. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ZANETTI Jr., Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: DIDIER Jr., Fredie. *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: JusPodiVm, 2009.
- _____. Código de Processo Civil de 2015: ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *Repercussões do NCPC: Ministério Público*. Salvador: JusPodiVm, 2017.
- _____. Democracia e Judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte 1). In: *Poderes do juiz e controle das decisões judiciais: Homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ZAVASKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil. In: *Revista Direito e Democracia*. vol. 05. n. 1. Canoas. 1º semestre 2004.
- ZUFELLATO, Camilo. Ação Coletiva Passiva no Direito Brasileiro: necessidade de regulação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara [et al.] *Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva. 2010.
- _____. A participação da Defensoria Pública nos processos coletivos de hipossuficientes: da legitimidade ativa à intervenção *ad coadjuvantum*. In: RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri (Org.). *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: JusPodiVm, 2013.
- _____. A Proteção Jurídica de Grupos Sociais. In: *Dossiê Rolezinhos: Shopping Centers e a Violação de Direitos Humanos no Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2015.
- YEAZELL, Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press. 1987.

_____. *Group Litigation and Social Context: toward a history of the class action*. 77 Colum. L. Ver. 866, 880 (1977).

OUTRAS FONTES

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad)*. Publicado 21/12/2017. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/18992-pnad-continua-2016-51-da-populacao-com-25-anos-ou-mais-do-brasil-possuiam- apenas-o-ensino-fundamental-completo.html>.

DATALUTA PELA TERRA (Banco de Dados). *Relatório Dataluta*. 2014/2015. Disponível em http://www2.fct.unesp.br/nera/projetos/dataluta_brasil_2014.pdf.

CDHU – COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO. *Relatório Geral do Programa de Atuação em Cortiços* – CDHU, maio de 2012. Disponível em <http://www.cdhu.sp.gov.br/download/manual/RelatorioGeralProgramaCorticos.pdf>.

CENTRO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PARA O CRESCIMENTO INCLUSIVO; Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD); Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (FIDA). “Perfil da Pobreza: Norte e Nordeste rurais”, elaborado em parceria com o Disponível em http://www.ipc-undp.org/pub/port/PRB50PT_Perfil_da_pobreza_Norte_e_Nordeste_rurais.pdf

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CPI) destinada a apurar as origens, causas e consequências da violência no campo brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Reforma Agrária* – ABRA, n. 1, vol. 22, 120, 1992.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no campo*. Disponível em <http://www.cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/download/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14019-conflitos-no-campo-brasil-2015>. Acesso em 09/08/2016.

CONSELHO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (CONDEGE). Comissão Especial do Direito Social à Moradia e Questões Fundiárias do Condege. *Enunciados XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos*. Disponível em <http://www.condege.org.br/>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, de 2004 a 2009*. Julho de 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bd1d4b5a.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de Providência 0001943-67.2009.2.0.0000*. Disponível em

<http://www.pge.pa.gov.br/files/u13/ARTIGO%2010%20%20PEDIDO%20DE%20PROVIDENCIA%20OKK.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório “Justiça em Números”, realizado no ano de 2013. “100 Maiores Litigantes” realizada no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, em março de 2011*”. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Relatório da Pesquisa de Satisfação e Imagem do CNMP*. 2017. Disponível em http://www.cncmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf.

ESTUDO TRATA BRASIL – 2015. Disponível em <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil>. Acesso em 20/08/16.

FÓRUM NACIONAL DE REFORMA URBANA. Disponível em <http://forumreformaurbana.org.br/manifesto-sobre-a-reforma-do-codigo-de-processo-civil/>.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatísticas e informações. *Déficit habitacional no Brasil: ano de 2013 e 2014*. Belo Horizonte; FJP, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Agropecuária*. <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE). Censo de 2010. Disponível em <http://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad)*, 2009.

INTERVOZES. *Vozes Silenciadas: Mídias e Protesto*. São Paulo: Intervozes. Disponível em <http://intervozes.org.br/arquivos/interliv009vozsmeq-baixa.pdf>.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. *Governança e Legislação Urbana*. Disponível em http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160920_estatuto_cidad_e_cap04.pdf.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA). *Indicadores Socioeconômicos e a litigiosidade*. Brasília, DF, Ipea, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Projeto Pensando em Direito. *Conflitos Coletivos sobre a Posse e a Propriedade de Bens Imóveis*. Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2012/11/07Pensando_Direito.pdf.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO. Departamento da Ouvidoria Agrária. *Manual de Diretrizes Nacionais para a Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse*. Disponível em http://www.lex.com.br/doc_1677637_PORTARIA_N_587_DE_1_DE_DEZEMBRO_2008.aspx.

MOVIMENTO DOS SEM TERRA. *Programa Agrário do MST. IV Congresso Nacional do MST. Lutar, construir e Reforma Agrária Popular*. In: MST: universidade e pesquisa. Expressão Popular: São Paulo. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva do Ministério Público do Estado de São Paulo*. http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/material%20de%20apoio.pdf. Acesso em 19/02/1018.

SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. Ministério da Justiça. IV Diagnostico da Defensoria Pública no Brasil. 2015. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/biblioteca/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Habita Sampa*. Disponível em www.habitasampa.inf.br/.