

JEAN CARLO BISPO SILVA

OS PODERES DO JUIZ NAS AÇÕES DE TUTELA COLETIVA

Dissertação de Mestrado

Professor Orientador: Kazuo Watanabe

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo – SP

2018

JEAN CARLO BISPO SILVA

OS PODERES DO JUIZ NAS AÇÕES DE TUTELA COLETIVA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual (“DPC”) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, sob orientação do professor Kazuo Watanabe.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo – SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bispo Silva, Jean Carlo

Os poderes do juiz nas ações de tutela coletiva / Jean Carlo Bispo Silva ; orientador Kazuo Watanabe -- São Paulo, 2018. 186

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Processo Civil. 2. Ações coletivas. 3. Poderes do juiz. 4. Sujeitos jurídicos processuais. 5. Situações jurídicas processuais. I. Watanabe, Kazuo , orient. II. Título.

JEAN CARLO BISPO SILVA

Os Poderes do Juiz nas Ações de Tutela Coletiva

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual (“DPC”) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, sob orientação do professor Kazuo Watanabe.

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. (a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. (a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. (a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

“A inteligência somada à força de vontade e à esperança produz uma ideia “(Clóvis Bevilácqua)

“Difícil compreender como no vasto mundo falta espaço para os pequenos.” (Carlos Drummond de Andrade)

“Vê como um fogo brando funde um ferro duro
Vê como o asfalto é teu jardim se você crê
Que há sol nascente avermelhando o céu escuro
Chamando os homens pro seu tempo de viver
E que as crianças cantem livres sobre os muros
E ensinem o sonho ao que não pode amar sem dor
E que o passado abra os presentes pro futuro
Que não dormiu e preparou
O amanhecer” (Taiguara, *Que as crianças cantem livres*).

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos concretizados no seio de um trabalho acadêmico são costumeiramente vistos com reticências por seus autores. Isso se deve a apreensão do julgamento e resultado obtido com tal trabalho.

Ocorre que não existe oportunidade adequada para que se agradeça aqueles que nos acompanham em nossa jornada – por vezes exaustiva – pela Academia.

Assim, inicio os agradecimentos por minha mãe Regina Célia, alvo de minha eterna admiração pela tenacidade e coragem com que leva a vida sempre enfrentando de frente as adversidades.

Agradeço também aos meus irmãos: Gladys, Hugo, Nayara, Natalia e Bruno. Porque juntos somos fortes e o apoio de cada um me motiva a dar cabo das responsabilidades cotidianamente impostas.

Agradeço à minha companheira Fernanda, a qual acompanhou e acompanha, de forma paciente, a caminhada que juntos projetamos para nosso futuro. Por sempre sorrir e iluminar momentos que poderiam ser de escuridão. Pelo carinho e afeto que fazem com que, no fim do dia, tudo tenha valido a pena. Por me ensinar sobre o que é amar sem temer.

Agradeço aos meus amigos, Vinicius, Bruno, Rodolfo e Raphael, pela amizade de sempre. E por inspirarem a buscar sempre mais sem me importar com as possíveis pedras que o caminho possa ter.

Agradeço ao Wesley, Midori, Luciana, Isabelle e Jorge, amigos de Campo Grande que me seguiram para São Paulo e que fazem com que um pouco da infância lá vivida esteja sempre presente.

Agradeço também ao Cláudio, Matheus, Mário e Diego, amigos que contribuíram para que a caminhada no mestrado fosse ainda mais proveitosa com a divisão de conselhos, estudos, risadas e jantares.

Agradeço ao Professor Kazuo Watanabe, o qual possibilitou este retorno à Velha e Sempre Nova Academia, e que sempre amparou pacientemente os questionamentos surgidos durante o curso do mestrado.

Agradeço também aos Professores Ricardo de Barros Leonel e Carlos Alberto de Salles, os quais auxiliaram de sobremaneira para a correção de curso deste trabalho e que instigaram a mergulhar ainda mais profundamente nos temas debatidos.

Agradeço ainda às Professoras Lia Carolina Batista, Susana Henriques da Costa e Fernanda Tartuce, as quais, cada uma a sua maneira, contribuíram de forma marcante na escolha de prosseguir os caminhos do Direito Processual.

Agradeço, por fim, à Sanfran, por estar sempre disposta a continuar a receber seus antigos alunos.

RESUMO

Inseridas em um contexto de ampliação do acesso à justiça, as ações coletivas foram paulatinamente inseridas no ordenamento brasileiro, tendo como inspirações sistemas estrangeiros, mas com um traço reconhecidamente inovador na construção de um sistema próprio. Para além da previsão de possibilidade de recepção das demandas coletivas, a estrutura judicial e seus institutos acabaram por se alterar diante dos novos panoramas que foram inaugurados com a introdução e reconhecimento da tutela judicial dos direitos e interesses transindividuais. Assim, se impõe como um desafio explorar como os institutos processuais clássicos se amoldaram para além da relação processual individual inicialmente estabelecida e para a qual a maioria dos institutos foram idealizados e o reflexo desta alteração sobre os sujeitos jurídicos processuais, com foco na figura do juiz. Para tanto, o presente trabalho se deteve na construção dos conceitos de sujeitos jurídicos processuais e da relação jurídica processual como bases para definição particular conferida à seara processual coletiva e os reflexos que essa alteração desencadeia junto às responsabilidades inerentes ao papel do juiz, como figura imparcial, no desempenho de seus poderes-deveres.

Palavras-chave: Ações coletivas – poderes do juiz – sujeitos jurídicos processuais – situações jurídicas processuais.

ABSTRACT

Inserted in a context of increasing access to justice, collective actions were gradually inserted into the Brazilian system, inspired by foreign systems, but with a recognizably innovative trait in the construction of a system of its own. In addition to anticipating the possibility of receiving collective demands, the judicial structure and its institutes eventually changed in the face of the new scenarios that were inaugurated with the introduction and recognition of judicial protection of transindividual rights and interests. Therefore, it is a challenge to explore how the classic procedural institutes were shaped beyond the individual procedural relationship initially established and for which most of the institutes were idealized and the reflection of this change on the juridical subjects procedural, focusing on the figure of the judge. In order to do so, the present work focused on the construction of the concepts of procedural legal subjects and the procedural legal relationship as bases for a particular definition given to the collective process and the reflexes that this change brings together with the responsibilities inherent to the role of the judge as an impartial figure, in the performance of his powers-duties.

Key words: Class actions - powers of the court - procedural legal subjects - procedural legal situations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
CAPÍTULO I – PROCESSO CIVIL E AS AÇÕES COLETIVAS	25
1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PROCESSUAL	25
2. ESCOPOS DO PROCESSO	27
3. AÇÕES COLETIVAS – DEFESA DOS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS	31
4. CRONOLOGIA LEGISLATIVA DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL	36
CAPÍTULO II – A ADAPTAÇÃO BRASILEIRA À MENTALIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS	42
1. VACILAÇÕES DA PRÁTICA FORENSE	42
2. AS AÇÕES COLETIVAS E A ORDEM CONSTITUCIONAL	44
3. SISTEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS	46
CAPÍTULO III – SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	50
1. ASPECTOS GERAIS	50
2. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A PARCIALIDADE	50
3. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PRINCIPAIS E SECUNDÁRIOS	52
4. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – AS PARTES	52
5. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – TERCEIROS	54
5.1 <i>O amicus curiae</i>	56
6. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – O JUIZ	57
6.1 Os modelos de juiz	58
6.2. Impedimento e suspeição	62
6.3 O dever de dirigir e tutelar	65
6.4. A “discrecionarietà” judicial	67
7. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – OS AUXILIARES DA JUSTIÇA	69
CAPÍTULO IV – SITUAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL	71
1. O CONCEITO DE PROCESSO E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS	71
2. O CONTRADITÓRIO E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS	73
3. SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS	74
3.1. Situação jurídica processual passiva	74
3.2. Situação jurídica processual ativa	76
4. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL	76

4.1 Características da relação jurídica processual	78
4.1.2 Relação jurídica processual e modelo cooperativo	79
4.2 Processo cooperativo e alteração das situações jurídicas processuais.	82
4.3 Relação jurídica processual tríplice	84
4.4 A relação jurídica processual pertencente à área do direito público.	86
4.5 Processo civil de interesse público e a relação jurídica processual coletiva	87
4.6 O juiz e a relação jurídica processual estabelecida nos conflitos de ordem coletiva. .	88
4.6.1 A relação jurídica processual e o Direito Coletivo.....	89
4.6.2 A relação jurídica processual na seara coletiva e a arena judicial.....	92
CAPÍTULO V – OS PODERES DO JUIZ NAS AÇÕES DE TUTELA COLETIVA	99
1. BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	99
2. OS PODERES DO JUIZ NO NOVEL DIPLOMA PROCESSUAL	99
3. O PODER-DEVER DO JUIZ E O MODELO DE PROCESSO JUDICIAL COLETIVO BRASILEIRO: BREVES REFLEXÕES.....	101
4. OS PODERES DO JUIZ NA ADMISSÃO DA AÇÃO COLETIVA – ANÁLISE FORMAL DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS	106
4.1 O exame da legitimidade ativa	108
4.1.1 Legitimação Conglobante	111
4.2 Interesse Processual.....	112
4.3 O pedido e a causa de pedir	115
4.3.1 A possibilidade de admissão de pedido genérico	119
4.3.2 Da impossibilidade de admissão de pedidos incompatíveis ou de pedido incoerente com a narrativa fática.....	120
4.4 Conexão, continência, litispendência e a análise de reunião de demandas coletivas.	121
4.5 A coisa julgada	126
5. OS PODERES DO JUIZ NA ADMISSÃO DA AÇÃO COLETIVA: PARA ALÉM DA ANÁLISE DOS REQUISITOS FORMAIS DE PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA.....	132
5.1 A possibilidade de controle judicial da representatividade adequada no modelo brasileiro.....	135
6. OS PODERES DO JUIZ NA CONSTRUÇÃO DO <i>THEMA DECIDENDUM</i>	140
7. OS PODERES DO JUIZ NA NOTIFICAÇÃO DE AÇÕES COLETIVAS	143
8. OS PODERES DO JUIZ, A INSTRUÇÃO PROCESSUAL E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NOS PROCESSOS COLETIVOS	146
9. OS PODERES DO JUIZ, A INSTRUÇÃO PROCESSUAL E OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL.....	151
10. OS PODERES DO JUIZ NA HOMOLOGAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	153

5. CAPÍTULO VI – OS PROVIMENTOS JUDICIAIS BRASILEIROS E EFETIVIDADE NA TUTELA COLETIVA	156
1. NATUREZA E ALCANCE	156
2. A CLASSIFICAÇÃO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS	157
3. PROVIMENTOS DO DIREITO COMPARADO	159
4. MEDIDAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS PROVIMENTOS.....	162
4.1 Hipóteses de incidência.	162
4.2 Criatividade judicial	163
4.3 Limites	164
4.4 Medidas sub-rogatórias	167
4.5 Medidas de coerção e sanção.	169
4.5.1 Multa periódica	169
4.5.2 Prisão por descumprimento de ordem judicial.	171
6. SÍNTESE CONCLUSIVA	174
7. BIBLIOGRAFIA	177

INTRODUÇÃO

“A nossa é a época do direito responsabilizado, do direito não separado da sociedade, mas intimamente ligado a ela, às suas necessidades, às suas demandas, ao grito de esperança, mais ‘espesso’ diante dos justos protestos e das dores, que vêm da sociedade”¹

A afirmação acima transcrita é da autoria de Mauro Cappelletti, o qual em ensaio sobre o papel do Judiciário na sociedade contemporânea conclui pela exigência de um novo papel do juiz e dos demais indivíduos que manejam o Direito em suas mais diversas searas. São ideias que datam do início da década de noventa, mas que ainda se mostram extremamente adequadas para o atual contexto vivenciado pela sociedade brasileira.

O tema das alterações que sofre o Judiciário é caro aqueles que sempre antevêm a premissa constitucional da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça. A compreensão destes conceitos, em sua gênese, não pode ser cindida do necessário exame da sociedade em que estão inseridos.

Tratar de acesso à justiça em um país que não vive a integralidade de um regime democrático, ou no qual as instituições não gozam da necessária independência e funcionalidade, é tratar de maneira abstrata o que não se pode alcançar *in concreto*.

Portanto, quando se trata sobre acesso à justiça, no contexto brasileiro, deve-se ter em mente as dificuldades inerentes a um país de dimensões continentais e marcado por uma repressiva desigualdade social. Esta premissa é fundamental para que se entenda as repercussões na prestação jurisdicional e para que se possa, ao fim, atingir qualquer parâmetro de justiça.

É sob este propósito que se mostra necessário analisar em profundidade dois pontos marcantes e que, de certa maneira, se interconectam e resultam no tema escolhido para análise.

As mudanças que operam na sociedade não necessariamente são acompanhadas na mesma medida pelas ciências. No Direito, ao menos na área processual, o que se observa é

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea*. in Revista do Processo, v.60, 1990, p.116

uma constante retroalimentação entre os conflitos e as dificuldades para operacionaliza-los sob a égide da interpretação vigente dos mais diversos institutos².

Tais conflitos acabam deixando cada vez mais de se situar em uma esfera de oposição entre duas posições para abarcar diversas outras, principalmente nos conflitos marcados pelo aspecto coletivo, seja pelo número de atingidos ou pela natureza desses direitos e interesses.

Não ignorando que parte significativa da sociedade não detém os conhecimentos acerca dos direitos lhe são conferidos, pode-se inferir que há um valor elevadíssimo de ações judiciais em potencial na exigência destes direitos perante as mais diversas instâncias decisórias.

Responsivamente, inauguraram-se institutos que possibilitam a defesa de direitos e interesses coletivos e que podem beneficiar parte da população vulnerável³ e que, desta maneira, podem alcançar a potencialidade de atingir os valores constitucionais que consagram o chamado mínimo existencial.⁴

De outro lado, ao Poder Judiciário se aplicam reformas visando adequar sua estrutura para alcançar os parâmetros que propiciem uma justiça aberta às mais diversas demandas, das coletivas a aquelas que autorizam a ausência de advogado. E como essa estrutura se funda na figura do juiz, é nela que parte dos efeitos mais significativos dessa alteração são mais sentidos.

² “O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas 2011, p. 57.

³ Utiliza-se aqui o vocábulo vulnerabilidade como concebido por Fernanda Tartuce, para a qual a vulnerabilidade não se coincide com a hipossuficiência e para a qual pode-se falar em vulnerável para os casos de incapacidade organizacional e desinformação social. Para maiores distinções pode-se consultar a versão comercial de sua tese de doutorado. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

⁴ Sobre o conceito de mínimo existencial, o qual não será objeto de maiores aprofundamentos, assim se pronuncia Ricardo Lobo Torres: “A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, reside nas condições para o exercício da liberdade ou até na liberdade para ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição (...) Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.”. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 69

O comportamento do juiz, neste contexto, inaugurado principalmente nos últimos trinta anos, é que detém a maior parte da análise a qual se pretende tratar detidamente, sob a ótica do dever constitucional da igualdade, contraditório e do devido processo legal.

Sendo assim, para tratar do tema da mudança social e do papel do magistrado é que se elegeu-se as ações coletivas como foco, uma vez que estas são relativamente recentes e detém um tratamento e histórico bastante singular no ordenamento brasileiro e no conceito de acesso à justiça⁵, estando intimamente vinculadas às conquistas sociais de grupos vulneráveis e que possivelmente tem efeitos que gozam de repercussão em uma parte sensível da sociedade.

Antes que se possa adentrar nestas possibilidades próprias dos conflitos coletivos – das situações que lhes são afetas – é necessário recuperar parte do histórico da ciência processual até o debute das ações coletivas no ordenamento processual pátrio, fazendo menções aos estudos inovadores que circundam a estruturação destes e que são fundantes para a sua ideal adequação.

Com a base histórica assentada, pode-se tratar mais profundamente das figuras clássicas envolvidas em qualquer demanda processual – partes, terceiros, juiz e auxiliares - buscando sempre iluminar os aspectos que possam surgir para validar a assertiva doutrinária da mudança de dinâmica que se estabelece entre tais sujeitos, com evidente foco na figura do magistrado.

Com os esclarecimentos acerca dos sujeitos processuais, pode-se adentrar na análise da relação estabelecida entre estes, com desenvolvimento das situações que dela decorrem e que balizam os atos praticados tanto pelas partes quanto pelo juiz, na perspectiva de sanar os conflitos em uma lógica já não marcada por uma noção comutativa.

Com apoio nas conclusões que emergiram nos tópicos anteriores, serão trabalhados institutos bastante particulares do procedimento coletivo e que, por sua conta, demandam do juiz a adoção de posturas que se apoiem em um papel diferenciado, havendo ainda a

⁵ “O direito processual deve ser concebido como instrumento de transformação da realidade social. É necessário hoje, portanto, o seu enfoque dentro do contexto social; só assim será possível alcançar a sua legitimidade instrumental com a observância dos valores principiológicos do Estado Democrático de Direito. (...) Portanto, falar em acesso à justiça como novo método de pensamento pressupõe o rompimento com a neutralidade positivista, que impede a justiça de ser justiça, o direito de ser direito, a democracia de ser democracia. Impõe, assim, a concepção dinâmica, portanto aberta, do Direito, concepção essa que, transmutada para o direito processual, o torna um instrumento de realização de justiça por intermédio dos escopos jurisdicionais.” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 68

comparação com propostas da doutrina para a otimização destes para a dinâmica processual coletiva.

Por fim, as questões emergentes que circundam o papel do juiz na decisão dos conflitos coletivos nos encaminham para análise dos provimentos jurisdicionais e seu adequado manejo para que se possa obter a eficiência determinada pelo legislador, observando mais uma vez o contexto particular em que se inserem as demandas que transbordam a lógica individual do processo.

CAPÍTULO I – PROCESSO CIVIL E AS AÇÕES COLETIVAS

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PROCESSUAL

De acordo com a concepção apresentada, é necessário que o início do presente trabalho se dê apresentando brevemente os aspectos históricos nos quais a ciência processual coletiva se insere.

O fenômeno do Direito não é novo e o aspecto processual dele, por outro lado pode, dentro de um contexto mais amplo, ser tido como um ramo recente da ciência. Nos idos do século XIX, não havia uma distinção exata entre o direito chamado material e o direito processual. Este é um momento conhecido como sincrético ou imanetista, no qual os operadores do direito tinham como processo apenas diretrizes praxistas as quais não eram alvo de um estudo aprofundado ou mesmo sua influência era harmonicamente empregada. Portanto, não havia uma autonomia da ciência processual, imperando a chamada visão plana do ordenamento jurídico vigente.⁶

Ainda no mesmo século, começou-se a verificar a insustentabilidade de uma posição sincretista de processo. Remetendo-se ao instituto da *actio* romana os estudiosos da época evocavam que esta era direcionada ao juiz, tendo como objetivo a prestação jurisdicional e não o bem litigioso. Então, passou-se ao período tido como autonomista do processo, no qual houve um enorme avanço e reconhecimento do processo como uma ciência, se aprofundando em institutos que orientam até hoje os estudiosos dos fenômenos processuais como, v.g., jurisdição, ação, defesa e processo.

A oposição destes momentos da ciência é responsável por escancarar a existência entre os planos de direito material e direito processual. Essa diferenciação é determinante na reafirmação da ciência processual e propicia a maturidade deste ramo na ciência do Direito.

⁶ “A ação era definida como direito subjetivo, a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como simples sucessão de atos ou procedimento, incluindo-se mais propriamente a ação no sistema de exercício de direitos e processo como sendo considerado como um conjunto de formas para o exercício de tais direitos.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 22

Posteriormente, no entanto, evidenciou-se que o distanciamento dos planos supramencionados não servia ao bem da ciência processual. Entende-se que no momento de sua afirmação enquanto ciência esse movimento de dissociação mostrou-se benéfico, mas tendo íntima ligação com as chamadas “crises do direito material” não cabe ao processo assentar-se em bases ou institutos que não se mostrem úteis para a resolução das crises ligadas aos bens da vida.

Deste pensamento surge o momento reconhecido como instrumentalista. É uma fase que se baseia no processo como meio de obtenção de resultados, como forma de benefícios que possa trazer para o detentor de um interesse juridicamente protegido e tornando efetivo as previsões do direito material. Como resultado deste momento, temos no ordenamento brasileiro, a edição da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente entre outros diplomas.

Neste mesmo contexto se inserem os chamados direitos coletivos ou transindividuais, sendo que a sua previsão no nosso ordenamento é inaugurada com a chamada Lei da Ação Popular, a qual previa formas de o cidadão legitimado proteger direitos que iam além de sua esfera pessoal, vez que se interseccionavam com direitos de uma coletividade, principalmente no tocante à bens relacionados ao patrimônio público.

De outro lado, como acima aventado, é importante que não se dissocie o histórico do direito processual de sua contraparte material. Nesse ponto, deve-se apoiar na doutrina de Mauro Cappelletti e Bryan Garth⁷, na célebre obra “Acesso à justiça”, na qual dividiram em “três ondas” os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A terceira onda, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do direito.

Portanto, infere-se que a própria essência do direito coletivo está ligada ao tema do acesso à justiça, e, conforme a visão instrumentalista, deve ser entendida como um

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988

mecanismo capaz de fornecer a melhor resposta para uma determinada crise de direitos material advinda de um conflito.

2. ESCOPOS DO PROCESSO

No afã de poder ser o mais eficaz possível, e entendendo o processo como instrumento para exercício de um direito, é fundamental que se esclareça a quem ou ao que o processo serve como meio, dentro da concepção instrumentalista.

Para elucidar tal ponto, é necessário recorrer ao explanado por Cândido Rangel Dinamarco:

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual.⁸

Portanto, para o ilustre doutrinador, é importante que se identifique os chamados propósitos norteadores da instituição do processo e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Há, portanto, uma importante inversão no pensamento: Não seria possível eleger uma técnica como adequada sem que este se preste a determinado resultado perseguido. Em suas conclusões, Dinamarco assevera serem três os escopos do processo: o social, o político e o jurídico.

O escopo social se traduz na orientação de direito e processo como caminho para a sedimentação da chamada pacificação de conflitos ou paz social⁹. Esse fim ainda se apoia no aspecto educacional, vez que por meio de sua correta aplicação há disseminação do conhecimento sobre direitos e obrigações.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 41

Uma população mais instruída possibilita ao Judiciário confiança, mas ainda proporciona um Estado apto para receber demandas em sua totalidade, as quais no seu papel de Estado-poder não poderia se imiscuir.

O Juiz se mostra neste ponto o maior responsável pela processualidade, cabendo a ele o impulso e o bom andamento do processo, proporcionando aos jurisdicionados uma justiça que busque um equilíbrio.

No que toca as ações de tutela coletiva, estas vêm para tutelar interesses carentes de proteção, uma vez que o entendimento de determinados direitos apenas em sua dimensão individual acaba sendo um óbice para a ampliação legislativa que possibilitasse a adequada recepção e adequação normativa desses direitos e novas dimensões em concepção.

Busca-se, então, a tutela desses interesses estranhos à categoria pública e a privada. De acordo com a doutrina de Ada Pellegrini Grinover tratam-se de interesses espalhados e que visam à tutela das necessidades da coletividade ou de sua qualidade de vida. Interesses que se amplificam e alcançam uma esfera maior que a individual, exigindo respostas inéditas e abrangentes, não sendo, portanto, um feixe de linhas paralelas, mas convergentes para um objeto comum e indivisível.¹⁰

O simples entendimento da coesão de interesses, e sua recepção desta forma pelo Poder Judiciário, é de extremo significado. O entendimento de que existem interesses que necessitam de um olhar que exija um concurso de todos interessados acarreta em coesão social e contribui para a almejada pacificação, uma vez que o indivíduo tem a possibilidade de captar que a defesa de determinado interesse pode ser fortalecida se feita em dimensão coletiva.

Ainda neste sentido, o aspecto coletivo tende a mitigar vantagens que possam advir de grandes entes privados e públicos a que o cidadão médio se opõe na relação jurídica processual derivada, até mesmo reforçada pela técnica de representação processual adequada presente no processo coletivo. .¹¹

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 17.

¹¹ Conforme Kazuo Watanabe, ao lado do efetivo exercício das ações coletivas, a potencialidade de sua utilização já contribuirá para formação de uma nova mentalidade social. Ao invés do paternalismo do Estado, forma-se “uma sociedade civil mais bem estruturada, mais consciente e mais participativa, enfim, uma sociedade em que os mecanismos mais informais e não oficiais de solução de conflitos de interesses sejam mais atuantes e eficazes do que os meios formais e oficiais”. WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada

Nesse sentido, é fundamental se observar o ganho que temas como direitos do consumidor, direitos ambientais, direitos da criança e adolescente, direitos dos idosos, entre outros, tem ganhado na atual conjuntura. Esse avanço na percepção coletiva foi e é determinante na própria organização do Estado para garantir a adequada proteção que estas parcelas sociais, notadamente vulneráveis, merecem. Neste sentido, caminhamos para a instalação de órgãos como os Procons, a instituição do Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), Delegacias de Proteção ao Idoso, *v.g.*

Outrossim, nos valem das palavras de Swarai Cervone de Oliveira:

A passagem da noção individual de tais direitos à noção coletiva, assim como a possibilidade de exercício e a garantia de tutela servem como motor para o desenvolvimento social e consciência coletiva fundamentais ao desenvolvimento da nação.¹²

Já o viés político se traduz como aquele no qual o Estado busca reafirmar sua capacidade de decisão imperativa, ou um reforço à proibição da autotutela, ao mesmo tempo em que assegura a preservação do valor liberdade.

Portanto, dentro da concepção clássica de Chiovenda, ao mesmo tempo em que o Estado regula as relações sociais por normas abstratas, ele também é o garantidor da observância da imperatividade das leis através do processo.¹³

Outro fim político do processo é o valor prestado às liberdades públicas - os preceitos constitucionais que visam comportamentos negativos por parte do Estado, capazes de garantir ao cidadão a sua esfera de liberdade - e que são cristalizados por meio da previsão do devido processo legal: o contraditório, a ampla defesa e os demais institutos capazes de estabelecer um parâmetro de legalidade e de impedir o estabelecimento de situações de abuso de poder.

Pelegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 781.

¹² OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do Juiz nas ações coletivas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2007. p. 45.

¹³ “O objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade concreta da lei que eles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes. A atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata da lei (questão de fato). Resultado de sua atividade será a atuação da vontade da lei, como afirma o autor, se se reconhecer existente, e mediante sentença de admissão, eventualmente execução, ou diversamente, a atuação da vontade negativa da lei pela rejeição do pedido.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002, p.41.

Por fim, temos a segurança da participação da sociedade na perseguição dos fins do Estado, portanto uma própria face do Estado Democrático. É justamente nesse aspecto que se insere a principal forma de influência política direta através do processo, qual seja o direcionamento através do controle jurisdicional das políticas públicas, alcançando um viés participativo que supera o modelo representativo, reflexo da superação de um Estado liberal para um Estado intervencionista que se alinha ao direito como instrumento de transformação social e ampliação do acesso à justiça.

Nesse sentido, recorremos aos ensinamentos do professor Calmon de Passos:

Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo a sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se os indivíduos e a coletividade não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para a realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização de direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.¹⁴

Especificamente no tocante às ações coletivas, o Poder Judiciário emerge com uma responsabilidade ainda maior, visto que se provocado pelos corpos sociais deverá observar os rumos tomados com relação às políticas públicas e práticas que sejam contrárias ao interesse social e que possam acabar resultando em um retrocesso social a um número de pessoas determinado ou mesmo indeterminado, tendo de observar ainda a expressa vedação, em texto constitucional, de proibição de retrocesso de direitos de dimensão social relevante.

Ainda sobre o aspecto político, é relevante expor que o processo é, como parte das ciências, resultado de seu tempo. Por isso, e apoiado pela, já explicitada, dimensão do processo como garantia, é fundamental observar as influencias normativas que acabam sendo impelidas e cristalizadas como respostas às crises específicas de direito material das camadas dominantes do poder.

¹⁴ PASSOS, Joaquim José Calmon de. *Democracia, participação e processo*. In: DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1988. p. 95

Para especificar, basta que tenhamos como base o instituto da tutela antecipada. Este foi inicialmente concebido para os conflitos fundiários, para que houvesse a possibilidade de uma intervenção mais célere nos casos em que se opunha alguma ameaça ou lesão aos conflitos da temática fundiária. Posteriormente, esse instituto foi amplamente adotado em todas as searas, mas, para fins de registro, é importante que se note a quem primeiro serviu.

De igual forma, podemos observar procedimentos previstos para os títulos executivos, caso da ação monitória, que era amplamente utilizada para dar celeridade para execução de títulos de crédito bancários, atendendo também majoritariamente aos interesses de bancos e de outros entes privados de elevado poder e influência.

Essa percepção de que o processo enquanto instrumento político para estabelecimento de garantias preferencialmente a determinados setores da sociedade pode ser levada em conta quando se contrapõe à grande resistência que se encontra em uma reforma legal no que tange à tutela coletiva. Isto porque as diversas iniciativas que são recorrentemente levadas ao âmbito legislativo acabam enfrentando óbices de diversas ordens, seja daqueles que veem no processo coletivo uma afronta às liberdades e garantias individuais, ou os que não conseguem alcançar o valor que o tratamento correto da tutela coletiva poderia imprimir para a sociedade de modo geral.

Por fim, o escopo jurídico pode ser compreendido como a atuação da vontade concreta da lei. A jurisdição tem por fim primeiro, portanto, fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial.

No entanto, essa subsunção, quando se trata da dimensão coletiva, não ganha contornos tão claros. Ao se ter uma relação processual comutativa, os ganhos e perdas são facilmente identificáveis, mas quando se está diante de uma miríade de interesses e de possibilidades de assegurar a tutela a determinado bem, um conjunto de leis e normas acabam integrando a questão e imprimindo nela uma dose considerável de complexidade para o alcance da decisão mais justa possível em considerando o caso concreto.

3. AÇÕES COLETIVAS – DEFESA DOS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS

Quando se fala em interesse de uma coletividade se associa imediatamente a defesa do chamado bem comum ou interesse público. No entanto, tal categorização e definição de interesse público não é necessariamente unânime.

Até mesmo conceito de bem comum acaba por perpassar o que se tem enquanto bem para sociedade. O conceito de sociedade por si é bastante debatido dentro da própria sociologia. Cada escola da sociologia tentou responder a essa pergunta como reflexo da própria realidade.

Para Gabriel Tarde a sociedade pode ser explicada como uma “possessão recíproca, sob formas extremamente variadas, de todos por cada um”¹⁵. Assim, qualquer associação se traduz em uma sociedade e, portanto, a sociedade não é causa, mas consequência dos atos das pessoas que as compõe.

Já Anthony Elliott e Bryan Turner afirmam que a busca por um conceito do que seria sociedade é inócua por conta do mundo não corresponder mais aquele da época da fundação da Sociologia, sendo somente um arranjo ou rearranjo temporário de cooperação provisória.¹⁶

Para estes sociólogos, no entanto, as definições atuais se dão em basicamente três grupos: i) a sociedade como estrutura; ii) a sociedade como solidariedade e; iii) a sociedade como processo criativo ou as dimensões imaginárias da comunidade e sociabilidade.

O primeiro grupo se aproxima da ideia clássica de Rousseau de que é possível entender a vontade do povo através da compressão de uma vontade geral, que vá além da soma das vontades individuais. Portanto, um fortalecimento da visão do chamado Estado-Nação, bastante característico da ideologia nacionalista, que vincula os direitos de cidadania à nacionalidade.

O Segundo grupo, por sua vez, externa a preocupação com as ideias de comunidade e solidariedade cultural, sendo atrelado à ideia de lealdade do membro para com o grupo, no qual é difícil de entrar e do qual é difícil sair. Pressupõe, então, a afeição natural e o diálogo existentes nas comunidades como bases para democracia. Essa visão está diretamente atrelada ao projeto de comunidade global.

¹⁵ TARDE, Gabriel. *Monadologia e Sociologia*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 112.

¹⁶ ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan. *On Society*. Cambridge: Polity Press, 2012. p. 6.

Já na sociedade como criatividade, temos uma sociedade extremamente descentralizada, com relações sociais em constante mudança e fluidas. Essa concepção se ilustra em uma teia de interação entre os indivíduos, composta de “fios invisíveis de sociabilidade”. Sendo esta concepção fortemente traduzida na dispensa da institucionalização prévia de massas, tendo forte influência do chamado mundo virtual.

Percebe-se, assim, que temos mais de um conceito do que seria sociedade, portanto, a coletividade, de igual forma, pode se transmutar em qualquer das conceituações aqui referenciadas.

Ainda sobre essa dificuldade de definição do que seria a “representação coletiva”, é necessário que se observe que, dentro de uma gama de indivíduos que compõe qualquer dos conceitos de coletividade se observará duas características determinantes em seu comportamento: a conflituosidade e a complexidade.

Em verdade, numa sociedade marcada pela rapidez da troca de informações, pela intensidade e aumento das relações interpessoais existentes, pela construção da individualidade e sua reafirmação ante aos grupos pertencentes, existe, cada vez mais, uma dificuldade em se determinar qual seria a decisão capaz de ser a mais representativa e que possa ser tida como a que melhor harmoniza o dito interesse coletivo.

Nesse contexto, emprestamo-nos do exemplo utilizado pelo Professor Hugo Nigro Mazzili¹⁷ da instalação de uma fábrica em uma determinada cidade. Essa decisão pode implicar na geração de diversas vantagens econômicas e ser força motriz de desenvolvimento para uma determinada região. Ao mesmo tempo essa decisão acaba por interferir de modo profundo no meio-ambiente e pode vir a representar uma mudança irreversível para flora, fauna e pessoas da região que dela dependem. Tem-se, portanto, uma oposição de interesses, a priori, inconciliáveis.

Outro exemplo ainda mais comum, é a necessidade de, para qualificar os serviços públicos para a base da sociedade, instituição de maiores impostos. São interesses conflituosos e, à sua maneira, também inconciliáveis.

¹⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 50

Portanto, se mostra cada vez mais difícil a definição de um bem comum ou de um dito interesse público, havendo até mesmo doutrinadores que entendem ser este um instituto esvaziado de sentido, vez que não existiria um único bem comum.¹⁸

Costuma-se ainda a associar esse interesse ao chamado interesse do Estado. Mas em um modelo de representação, imperam muitas vezes diferenças entre o que os governantes entendem adequado e o que a sociedade, ou parte expressiva dela, demonstra ansiar.

Desse conflito aparente, se desdobram as classificações imaginadas por Renato Alessi como interesse público primário (o bem geral) e interesse público secundário (o modo pelo qual os órgãos da administração veem o interesse público). Esta classificação consegue adequar a vontade de grupos ou de coletividade, bem como dos mais proeminentes interesses difusos.¹⁹

Assim, a própria premissa do interesse público que vise o bem comum é atualmente posta em xeque. No entanto, com as ressalvas aqui já debatidas, há de se falar na possibilidade de remediar as posições contrárias e delas ser possível a extração de um núcleo que dirijam as decisões de modo a atender princípios que não possam ser mitigados e que, portanto, prevalecem sobre parte da vontade expressa por determinada parte de um conflito.

A própria Carta Magna prevê princípios e objetivos que devem ser perseguidos e devem orientar os operadores legais no sentido de explicitar o que comporia esse núcleo essencial do “bem comum”.

No meio termo entre os interesses público e privado, portanto, existem esses interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas e que excedem a esfera individual, mas não se mostram exatamente coincidente com a esfera de interesse dito público.

Processualmente, e tratando do aspecto de parâmetros de justiça, é imperioso nos valer das lições de Mazzili:

Mais do que diversos titulares individuais reunidos por uma mesma relação fática ou jurídica (...) a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a

¹⁸ FARIA, José Eduardo. *A definição de interesse público, em Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista do Tribunais. 2003. p. 84-85

¹⁹ Para Hugo Nigro Mazzili, essa classificação consegue abarcar o interesse ao meio ambiente, por excelência.

necessidade de que o acesso individual dos lesados à justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente de lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado.²⁰

Deste prisma, conseqüentemente, o acesso ao Judiciário se dá de forma diferenciada, uma vez que uma determinação deste é capaz de afetar um grupo de pessoas, determináveis ou não, e com um impacto de dimensão significativa sobre aquele que à decisão for exposto.

Retomando ainda o quanto tratado, deve-se entender a defesa destes interesses coletivos e difusos em juízo como verdadeiro acesso à justiça, vez que ante a existência de um fato ou situação que exponha uma determinada coletividade deve-se ter meios de esta se socorrer do Poder Judiciário, seja para uma atuação efetiva para que se cesse a lesão, seja para que seja possível a aplicação de medidas de reparação.

Essa tutela coletiva, em seu aspecto amplo, traz então algumas características que a identificam e diferenciam da tutela individual e que são possíveis de serem desde já apontadas:

- (i) Nas ações de tutela coletiva estabelece-se um conflito com base no interesse de grupos, classe ou coletividade de indivíduos, em contraposição ao interesse individual.
- (ii) Há ainda a presença do aspecto da conflituosidade entre grupos, vez que não se observa uma solução que seja capaz de satisfazer de forma integral a pretensão de todos os integrantes de uma coletividade.
- (iii) O pleito de atuação no Judiciário é feito por um legitimado autorizado pela lei. Situação diversa da legitimação ordinária, na qual aquele que pede a prestação jurisdicional é, de regra, quem é o próprio titular do direito.
- (iv) No processo coletivo o pedido é efetuado a favor de um grupo, classe ou categoria de lesados, diferente do processo individual que é feito a favor da parte, isolada ou em litisconsórcio.

²⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 51

(v) Na ação coletiva, o produto de indenização é especial, sendo mais fluída a sua destinação, com vistas a evitar o enriquecimento de um titular individual e podendo, ainda, compor um fundo econômico.

(vi) Nas ações individuais a imutabilidade da coisa julgada é restrita às partes do processo, mas no caso das ações coletivas esse limite pode ser ultrapassado.

Desta forma, fica evidente a especialidade, bem como a diferenciação, desses direitos que assumem dimensão coletiva e que ganham características tão próprias que os separam da tutela individual, e que para o seu adequado tratamento pela via do Judiciário carece de uma série de características fundamentais de serem aferidas e respeitadas.

4. CRONOLOGIA LEGISLATIVA DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

Na esteira do argumento anteriormente tratado, é fundamental a observação quanto ao caminho percorrido, legislativamente falando, pelo tratamento das questões coletivas no âmbito do processo e sua evolução no âmbito do ordenamento pátrio.

Assim, a primeira lei que toca na questão da tutela dos interesses coletivos no ordenamento pátrio foi a Lei 4.717/1965, que delineava a chamada Ação Popular. Esta, em seu texto, permite a qualquer cidadão ingressar, enquanto autor legítimo, com uma demanda em face do poder público visando a anulação ou declaração de nulidade de atos que sejam lesivos ao patrimônio público, na dimensão de valor econômico, estético, histórico ou turístico.

Com o advento da Constituição Cidadã, o escopo da ação popular foi alargado tornando-a uma verdadeira garantia de tutela dos direitos coletivos ao determinar em seu art. 5º, LXXIII, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.”

Com essa iniciativa, houve a “introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar curso a demandas de natureza

coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada”²¹

Ainda sobre a ação popular, esta teria a sua gênese no direito romano e teria como premissa a ideia de que todo poder emana do povo e que este é, portanto, autorizado a exercê-lo de forma direta. Exatamente por conta desta ideia a nomenclatura “popular”, que faz referência à coisa pública, coisa do povo.

A defesa do patrimônio não se faz, portanto, ligado à ideia de oposição ao governo, mas de preservação de um bem que pertence, em última análise, ao povo. A postura, evidente, não seria de oposição, mas de reação em que se tutela o interesse públicos primários e não aqueles que representem quem esteja, ainda que temporariamente, a frente a Administração.

Desta maneira, observa-se de forma clara o caráter corretivo da ação popular, já que a referência é justamente a de anulação de um ato lesivo. No entanto, dentro da ideia de proteção, esse instrumento pode acabar por ser utilizado em desfavor de uma lesão em potencial, assumindo verdadeiro caráter cautelar. Assim, além da já citada função corretiva, observa-se também a possibilidade de uma feição preventiva a este remédio constitucional.

Já em 1981, temos a edição da Lei nº 6.938. Esta lei dispôs sobre a política nacional do meio ambiente em referência, assim, a um direito que em sua essência é tido como um direito de dimensão transindividual.

Em seus artigos, a lei buscou estabelecer conceitos e objetivos sobre a política do meio ambiente, sobre a degradação ambiental, poluição e recursos ambientais. Mas também houve a referência expressa no art. 14, §1º, na autorização para tutela desse bem, pelo Ministério Público da União e dos Estados, de forma concorrente, através da responsabilização criminal e civil daqueles que praticassem dano ao meio ambiente.

Já em 1985, temos a criação da figura da Ação Civil Pública, através da Lei nº. 7.347/85, a qual é marcada de maneira indelével pela preocupação do acesso à justiça e da superação dos limites impostos pela tutela individual de direitos.

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 18.

A percepção que impulsionou as reformas trazidas pela Lei da Ação Civil Pública era a de que havia uma dificuldade imensa na tutela dos interesses coletivos que não contavam com um remédio processual próprio que lhes autorizassem a proteção em juízo.

Nesse sentido, nos valem do relatado por Edilson Vitorelli:

Pode parecer pouco útil, então retomar essas discussões embrionárias, anteriores à aprovação da Lei de Ação Civil Pública. Assim, contudo, não o é. Havia, naquele momento, uma discussão não condicionada pela norma posta, que permitiu que a doutrina travasse debates mais livres sobre como o ordenamento jurídico deveria responder à perplexidade da necessidade de tutela dos “novos direitos”. Por outro lado, à medida que o debate avançou, vislumbrando-se a possibilidade de aprovação de uma lei que desse o ansiado tratamento ao problema, simplificações se fizeram necessárias e alguns temas complexos, inicialmente abordados, foram relegados à periferia das discussões. Afinal, a polêmica já era muita e os opositores, ferrenhos. Problematizar a norma ainda não aprovada poderia significar seu abandono.²²

Nesse momento de embate doutrinário foram apresentados dois anteprojetos: o primeiro capitaneado por professores da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, representados pelos professores Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira. O segundo, por sua vez, foi gestado junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

A tramitação dada ao segundo projeto foi mais rápida e este acabou por se converter na Lei nº. 7.347/85, que ganhou a alcunha de Lei da Ação Civil Pública, ainda que essa nomenclatura encontre resistência pela alusão ao período imanentista.

A nomenclatura, no entanto, foi adotada em razão de sua origem, a qual remete a Calamandrei, que a utilizou para diferenciar da ação penal pública. Assim, quando o Ministério Público agisse fora da esfera penal, estaria atuando no campo da ação civil pública. Como o projeto adotado foi aquele encabeçado pelo Ministério Público, a expressão acabou sendo adotada.

Embora um marco na defesa dos interesses coletivos, a Lei de Ação Civil Pública não previa a sua utilização para os direitos coletivos *stritu sensu* ou individuais

²² VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. In ZANETI Jr. Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodvm. 2016. p. 51.

homogêneos, sendo estes integrados posteriormente aos direitos difusos pelas mudanças introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

No ano de 1989, portanto após a promulgação da Constituição de 1988, temos o surgimento da Lei n.º. 7.853/89 a qual regulamenta os interesses das pessoas portadoras de deficiência, baseando-se no que já constava previsto na Carta Maior e sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

Ainda neste ano, foi editada a Lei de Defesa dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários – Lei n.º. 7.913 - sendo esta a que primeiro previu a tutela coletiva de interesses que, por sua natureza, poderiam ser classificados como individuais homogêneos, e que anteriormente deveriam ingressar de forma individual no Judiciário para serem ressarcidos ou reparados em suas lesões. Justamente por conta dessa possibilidade, há a previsão expressa de possibilidade de tutela individual concorrente à coletiva.

Ademais, outra característica importante que se pode inferir deste momento, a Lei n.º. 7.913/89 trouxe a legitimação do Ministério Público para a tutela coletiva de interesses tidos como individuais. Essa foi uma inovação admitida pela detecção de um traço essencial a essa atuação deste legitimado, qual seja a relevância social. No entanto, a mesma possibilidade pode ser estendida aos demais legitimados previstos, em caso de leitura sistêmica com a Lei de Ação Civil Pública.

A Constituição Federal determinou ainda a proteção integral das crianças e adolescentes, explicitando direitos e determinando deveres, a Lei n.º. 8.069/1990 institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse diploma é uma referência no tratamento coletivo de um grupo tido como vulnerável, tendo mais de duas centenas de artigos que transitam entre o direito material e processual. São prescritos direitos e deveres de crianças, adolescentes, do Estado, da Família, da sociedade. Ainda há remissão acerca da parte administrativa e penal relativa aos tutelados.

Ainda sobre este diploma, há de especificar que o mesmo está em compatibilidade com o Código de Processo Civil, com a Lei de Ação Civil Pública e ainda com o Código de Defesa do Consumidor, por meio de determinações dos arts. 212, §1º, e 224.

De igual forma, o mandamento constitucional inaugurado em 1988 deu origem ao Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa dos consumidores, considerados, portanto, uma parcela tida como vulnerável. A este diploma também se aplica o mesmo

preciosismo de determinar detalhadamente o conteúdo e extensão dos direitos e deveres dos consumidores, do Estado, dos fornecedores, dos intermediários, bem como prevê a tutela administrativa e penal.

No tocante ao processo, essa lei inaugura um novo capítulo ao introduzir a noção de microsistema, ao lado da Lei da Ação Civil Pública, ultrapassando o limite do conteúdo material ligado à matéria consumerista, permitindo a verdadeira defesa de todos os interesses considerados como pertencentes a uma coletividade.

É justamente no Código de Defesa do Consumidor que encontramos a conceituação jurídica dos chamados interesses e direitos difusos, interesses e direitos coletivos, e interesses e direitos individuais homogêneos. Ainda tratou dos conceitos de inversão de ônus da prova, amplitude da tutela, necessidade da efetividade da tutela, liquidação e execução nas ações coletivas, bem como instituiu o Fundo de Defesa dos Interesses Difusos.

Em 1992, é editada a Lei nº. 8.429, que trata sobre a improbidade administrativa. A lei autoriza o ingresso de ação coletiva contra os atos definidos no diploma legal com atos de improbidade, sendo estes divididos em três modalidades: atos que importam em enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da Administração Pública. Processualmente, a Lei prevê ainda a possibilidade de ação cautela de sequestro de bens do agente ou terceiro que tenha gerado dano ou enriquecido ilícitamente, conferindo ao Ministério Público ou pessoa jurídica interessada o ajuizamento da ação.

Em 2001, temos a edição da Lei denominada Estatuto da Cidade, a qual regulamenta os art. 182 e 183 da Constituição Federal. A lei tem seu aspecto coletivo ressaltado expressamente através do parágrafo único de seu artigo primeiro ao dispor normas de ordem pública e interesse social que regulem o uso da propriedade urbana em benefício coletivo. A lei ainda alterou o art. 53 da Lei da Ação Civil Pública para inserir em seu rol de proteção a ordem urbanística, sendo esta também considerada interesse de toda a coletividade.

Em 2003, é instituído o Estatuto do Idoso, que adotou medidas protetivas para pessoas maiores de sessenta anos, também sob o prisma da dignidade da pessoa humana, regulando o tanto quanto disposto no art. 230 da Constituição Federal. Em seu art. 78, o

Estatuto do Idoso cuida dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos, concedendo ao Ministério Público os poderes para cada uma destas tutelas.

Portanto, para finalizar este breve apanhado da legislação, é necessário externar a edição ainda de diversos diplomas que buscam estabelecer direitos e deveres de grupos considerados vulneráveis, dentre os quais podemos destacar o Estatuto da Igualdade Racial, Estatuto da Juventude, Estatuto da Pessoa com Deficiência e mesmo de leis como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei da Política Nacional para População em Situação de Rua.

Essa normatização, portanto, cristaliza o movimento do Estado em reconhecer a titularidade de direitos e deveres por parte de uma parcela específica da sociedade visando reconhecer a estas um determinado aspecto de vulnerabilidade e possibilitando a tutela de seus interesses coletivos e difusos por parte de entes legitimados, na defesa destes grupos. O tratamento dos direitos dessas coletividades, em específico aquelas que são consideradas mais fortemente vulneráveis, determina uma evolução fundamental para concretização de um maior acesso à justiça e possibilita que os legitimados possam agir na correção de distorções que inflijam danos aqueles que, por definição, já apresentam desvantagem ante os demais cidadãos da sociedade.

Desta conclusão, é possível perceber a força e importância que o processo coletivo assume no contexto histórico-social que se deslinda e necessita, deste modo, de um maior crivo dos representantes da jurisdição para que se promova por meio destes instrumentos a tutela mais adequada para os casos concretos que se apresentam, tanto em dimensão, quanto urgência, quanto efetividade.

CAPÍTULO II – A ADAPTAÇÃO BRASILEIRA À MENTALIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS

1. VACILAÇÕES DA PRÁTICA FORENSE

Conforme pode-se aferir, ainda que atualmente composto de um robusto conjunto de normas que poderiam subsidiar a defesa coletiva de interesses que são tratados individualmente, esses instrumentos e normas não são devidamente utilizados pelos operadores do direito, imperando uma lógica individualista de processo.

Em verdade, nas palavras de Fernando da Fonseca Gajardoni:

A formação eminentemente individualista dos operadores de direito influencia, negativamente, nesse quadro, fazendo com que a própria produção das construções das normas atinentes ao processo coletivo, e mesmo a interpretação dessas normas, sofra com o individualismo que reina em nosso país. Pode-se dizer, sem medo de crítica, que o processo coletivo brasileiro ainda hoje é refém de uma ideologia individualista secular e que contamina as estruturas do direito processual civil brasileiro, inclusive no âmbito do Novo CPC (Lei 13.015/2015).

²³

Para tanto, basta que se observe a possibilidade transformadora que o controle jurisdicional da eficácia das escolhas do administrador no setor das políticas públicas, por meio de ações coletivas, apresenta. Já que praticamente superada a polêmica sobre a possibilidade ou não de interferência do Judiciário na condução ou construção de políticas que atendam a direito de dimensão coletiva.

No entanto, o potencial de resolução de conflitos sobre essa lógica é esmagado ante o entendimento que o tratamento individual seria o mais adequado, ou ainda o de que apresentaria uma maior eficácia na defesa de interesses particulares individuais.

De fato, a prática aponta que, em um primeiro olhar, a escolha da tutela individual se mostra mais célere na obtenção do bem da vida pretendido. Mas ao se olhar conjunturalmente é patente que um tratamento atomizado prejudica de sobremaneira as engrenagens dos sistemas idealizados e acabam por impor prejuízos sobre o aspecto coletivo, sem que se obtenha as vantagens anteriormente expostas, de um tratamento

²³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O processo coletivo refém do individualismo*. In ZANETI Jr, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodvm.2016. p. 135.

molecularizado dos conflitos, tais como equilíbrio processual e uniformização de tratamento, *v.g.*.

Ainda nesta seara, destaca-se o papel o Ministério Público, o qual tem, sem espaço para maiores debates, um comportamento hegemônico no tratamento das questões coletivas dentro do sistema judicial brasileiro.

Essa predominância substancial dá-se até mesmo pelo histórico da construção dos institutos da tutela coletiva brasileira e do protagonismo exercido pela instituição, a qual guarda, entre suas atribuições, a defesa coletiva de interesses da sociedade e de grupos tidos como vulneráveis, embora essa defesa não seja exclusiva deste órgão.

Enfim, a própria estrutura do Ministério Público acaba impelindo o uso contínuo de instrumentos processuais e pré-processuais no tratamento de situações que impliquem em danos ou ameaça de danos à direitos de uma determinada coletividade, já que se setorizam administrativamente afim de acompanhar as ações inerentes à políticas públicas ou aos serviços que tenham um liame temático com as grandes áreas que estão sob sua guarda institucional, como, por exemplo, a área consumerista, a área ambiental e a defesa de patrimônio.

No entanto, não se verifica um mesmo peso na atuação institucional de outros legitimados a manejar instrumentos de defesa coletiva nas questões que lhe são afetas.

Somente recentemente a Defensoria Pública vem exercendo uma atuação na seara coletiva dos conflitos que fazem parte da realidade da população hipossuficiente, o que se mostra um tanto sintomático, vez que a própria ideia de tratamento coletivo está associada de forma íntima ao acesso à justiça e ao alargamento do alcance do escopo social do processo, sendo que os efeitos inerentes ao sucesso nessa missão são percebidos de forma muito mais contundente pela parcela vulnerável da sociedade.

De forma semelhante, observa-se um acentuado grau de ausência da sociedade civil organizada, por meio de associações, na defesa de interesses setoriais. A participação social como método de controle de eficiência de gestão é um dos indicadores da democratização dos próprios instrumentos processuais, bem como uma marca do alinhamento ideológico inaugurado após o período de ditadura militar por qual passou o país. Nesse sentido, seria enriquecedor que representantes de organizações não ligadas ao estado também exercessem com maior contundência voz junto ao Poder Judiciário até

mesmo para que se verificasse a existência de pretensões ou soluções diversas para determinados problemas inerentes a uma coletividade.

Enfim, entendendo o histórico da ciência processual coletiva como um ramo inserido na ciência do Direito, bem como a sua história relativamente recente, pode-se até entender a pouca expressividade numérica que representa dentro da totalidade de processos em tramitação no sistema judiciário brasileiro.

2. AS AÇÕES COLETIVAS E A ORDEM CONSTITUCIONAL

Dentro desta lógica da adaptação aos novos rumos e desafios que se antepõe ao tratamento das crises de direito, é que os legisladores constitucionais fazem, no momento da construção das diretrizes constitucionais, a opção pela previsão de tutela coletiva de direitos.

Mais além, preveem dentro do conjunto de prerrogativas que se dará aos cidadãos uma série de direitos mínimos, mas que cristalizam conquistas há muito perseguidas.

Dentre estes direitos temos, por exemplo, os direitos sociais, amplamente previsto no corpo do texto constitucional, principalmente sob o aspecto de garantia a ser executada pelo Estado com o fito de que se garanta o mínimo existencial ao cidadão.

Cientes dos desafios e desigualdades presentes na realidade brasileira, o legislador inferiu a necessidade de resguardar aos cidadãos meios de perseguir a concretização dos direitos e garantias previstos. Mas, ainda além, conferiu poderes para que terceiros tenham esse papel ativo na defesa desses direitos quando na dimensão coletiva.

A Constituição Cidadã, portanto, confere o papel de concretizador de suas previsões à instituições e agentes com o objetivo de que seja possível estabelecer como plenas as normativas que conferem direitos básicos a seus cidadãos.

Essa linha de atuação, portanto, tem potencial para agir diretamente contra a perpetuação de um sistema marcado por desigualdades e ainda pode se mostrar uma forma de mitigar efeitos negativos que se observam na litigância convencional do sistema legal, qual seja a litigância entre individuais, na qual se observa objetivamente uma série de desvantagens entre litigantes eventuais e litigantes habituais.

Para um olhar ainda mais atento sobre este prisma, podemos recorrer aos ensinamentos de Marc Galanter, o qual, em estudo referencial, elucidou as vantagens que o sistema de justiça, no modo como estruturado, confere a aqueles que possuem condições de ter um comportamento estratégico e possuem meios administrativos e econômicos de influenciar nas condições da própria litigância.

Em 1974, no artigo “*why the haves come out ahead: speculations on the limits of legal change*”, o autor funda princípios para identificar posturas e comportamentos que são capazes de ser traduzidos em categorizações, baseado no acesso dessas pessoas/partes às cortes, sendo certo que tal constância variaria conforme o “tamanho” do litigante e dos recursos financeiros que este teria à sua disposição.

Deste modo, acaba por separar em duas categorias os atores que compõe e acessam o sistema de justiça: os litigantes eventuais (“*one-shooters*”) e os litigantes habituais (“*repeat players*”).

Esses teriam características emblemáticas que os caracterizam. Os litigantes eventuais acessam as cortes ocasionalmente, suportam um fator de risco essencialmente grande quando considerado o resultado final da tutela pretendida, não antecipa contatos continuados com seu oponente. Já os litigantes habituais, por outro lado, se mostram especializados em litígios que lhes são recorrentes, não assumem grandes riscos – principalmente na questão financeira - nos casos que estão envolvidos, possui os recursos administrativos e financeiros para suportar e/ou prolongar o tempo de julgamento de uma ação judicial.

Da análise, o doutrinador foi capaz de formular conclusões sobre as possíveis vantagens que este litigante habitual potencialmente alcança, dentre as quais podemos destacar: a adoção de um comportamento altamente estratégico podendo antever “caminhos” e riscos pelos quais os conflitos nos quais está envolvido podem ser levados, uma elevada especialização nesses conflitos nos quais são repetidamente envolvidos, maior relacionamento com atores institucionais decorrentes justamente da frequência destes nos conflitos desenvolvidos e também a possibilidade de atuação na esfera política e jurídica para construção de entendimentos que os beneficiem, com base na mobilização e utilização de recursos legais, nos quais, pode-se inserir de forma simplificada a presença dos advogados que representam interesses desses grandes litigantes.

Portanto, dentro de um panorama no qual existe uma grande massificação das demandas levadas ao Judiciário, é imperioso que se observe o espaço que a ordem constitucional proporciona para que se altere em parte a estrutura posta.

As ações coletivas podem se mostrar, então como um meio de equilibrar essa batalha que se mostra cotidianamente desigual, com potencial de tornar a sociedade brasileira pouco a pouco mais justa, ao se libertar das amarras que o olhar individualista sobre as crises e conflitos impõe aos operadores do direito.

3. SISTEMATIZAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS

Dentro da evolução histórica apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, verificou-se que a estruturação do sistema brasileiro se dá basicamente dentro de uma dinâmica de microssistema, sendo aos poucos construída a noção de uma ciência com instrumentos próprios, bem como da necessidade de se adequar a ciência processual para a nova realidade que o direito processual coletivo inaugura.

Para tanto, os pesquisadores brasileiros, afetos a como a tutela coletiva já se apresentava como parte integrante da prática judiciária em outros sistemas de direito, acabam por, influenciados pela experiência norte americana das “*class actions*” e pelo movimento conhecido como “ondas renovatórias do direito processual”, estruturar por via indireta, através de estudos de processualistas italianos, a sistemática processual coletiva brasileira.

Essa sistematização se dá buscando implantar novos conceitos e questões que envolviam a tutela jurisdicional de direitos coletivos e difusos, com destaque para os professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz, ante as mudanças que a concepção de direitos não individuais introduzia a lógica individualista de proteção da esfera de direitos.

A partir do momento em que se admite a possibilidade de uma tutela coletiva com a cristalização da possibilidade de sua defesa na Constituição Federal, com a adoção de diversas remissões a sua existência e importância²⁴, pôde-se passar a verificar a melhor

²⁴ As introduções advindas da Constituição Federal fundaram as razões para que se pudesse afirmar a existência dos pilares do acesso à ordem jurídica justa, na denominação de autoria de Kazuo Watanabe, que

forma de categorizar essa miríade de direitos que se apresentam como coletivos, em oposição aos individuais. A doutrina então os classifica conforme apontado no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

No artigo, há remissão a três dimensões de direitos transindividuais ou coletivos *latu sensu*: os direitos difusos, os direitos coletivos *stritu sensu* e, por fim, os chamados direitos individuais homogêneos²⁵. Os primeiros podem ser entendidos como aqueles que tem natureza indivisível e que a titularidade seja indeterminada e ligada por circunstâncias de fato; os segundos também teriam a natureza indivisível, mas sua titularidade seria determinada e ligada através de uma relação jurídica base que possibilitaria a sua reunião em grupo ou classe de pessoas; A última categoria seria a dos interesses de repercussão coletiva decorrentes de origem comum, sendo divisíveis e determinados.

Essa divisão, portanto, indicaria três categorias de dimensão de interesses, que a princípio conteriam duas espécies coletivas e uma individual. Esse entendimento, no entanto, não é pacificado, vez que existem aqueles doutrinadores, como Eduardo Talamini e Alcides Munhoz da Cunha que entendem que os chamados interesses individuais homogêneos detêm um substrato coletivo, sendo, na verdade, “interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um bem, de uma mesma utilidade indivisível”.²⁶

Destas reflexões, nascem as iniciativas, embasadas na reflexão de que, passado o período inicial de amadurecimento e consolidação das espécies coletivas supramencionadas, era a hora de se reavaliar o modelo utilizado, com a reunião das normas esparsas em uma ordenação geral e sistemática, possibilitando sanar as inconsistências decorrentes de um modelo complexo de interações autorremissivas.

Assim, para que se repensasse a utilização das novas formas que tutela de direitos coletivo sem as influências que fortemente implicam em uma predominância da lógica individual dentro do microsistema coletivo, duas propostas de sistematização do direito

são o acesso ao processo, a ampla participação das partes, a justiça e eficácia das decisões proferidas. In WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-129.

²⁵ “direitos individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas suscetíveis de serem conduzidos coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 380.

²⁶ TALAMINI, Eduardo. *A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e o mecanismo previsto no código processual civil*. In ZANETI Jr, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodvm.2016. p. 109-130

processual coletivo assumiram a função de repensar a os institutos e a estrutura desse sistema.

Tratam-se as experiências do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (Código Modelo) e do Código Brasileiro de Processos Coletivos. Aquele é decorrente dos debates travados, inicialmente no ano de 2004, no âmbito do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, tendo atuado nas suas proposições os professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gidi, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. Estes importantes doutrinadores atuaram em conjunto com outros processualistas estrangeiros com o fito de elaborarem um texto modelo, capaz de ser replicável à realidade dos países com sistemas jurídicos e sociais que se assemelhavam, causando um efeito de uniformização de tratamento da questão pelos países aderentes à proposta.

Esta proposta contava com quarenta e um artigos, estando estes divididos em sete capítulos que observavam a seguinte divisão temática: Disposições gerais; dos provimentos jurisdicionais; dos processos coletivos em geral; da ação coletiva para defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos; da conexão, da litispendência, da coisa julgada; da ação coletiva passiva e, por fim, as disposições finais.

Esta proposta apresentava algumas disposições que se mostravam bastante interessantes, como, *v.g.*, a categorização dos interesses em somente difusos e individuais homogêneos, revelando uma situação de mudança, mas não de ruptura. ²⁷

Importante ainda ressaltar que essa proposta foi transformada em anteprojeto e aprovada em outubro de 2004, nas Jornadas Ibero-Americanas, em Caracas, na Venezuela.

As propostas debatidas e inseridas neste Código Modelo também se alastraram para as academias e resultou, dentro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na ideia do Código Brasileiro de Processos Coletivos. A proposta, com mudanças encampadas por professores da instituição, se formalizaram em uma proposta encaminhada em 2005 para o Instituto Brasileiro de Direito Processual e, posteriormente, ao Ministério da Justiça. Em 2007, após adições advindas da Secretaria de Assuntos Legislativos, Procuradoria da Fazenda Nacional e do Ministério Público, se finalizou uma nova versão do anteprojeto.

²⁷ Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes explica que não há ruptura porque os interesses e direitos coletivos *stricto sensu* foram agrupados e denominados difusos. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O Código modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartir Latin, 2005. p. 732.

Ao mesmo tempo, no âmbito dos cursos de pós graduação do Rio de Janeiro, mais especificamente das Universidades do Estado do Rio de Janeiro e Estácio de Sá, os debates envolveram as duas propostas, a do Código Modelo e a do Código Brasileiro de Processos Coletivos, e resultaram, sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, em uma proposta alternativa de anteprojeto que também foi encaminhado ao Instituto Brasileiro de Direito Processual e ao Ministério da Justiça.

Tais propostas não tiveram o êxito esperado em suas tramitações junto aos órgãos do Poder Legislativo, reforçando a lógica da prevalência de um modelo individual de processo.

Ainda assim, novas propostas foram intentadas como o Projeto de Lei 5.139/2009, o qual buscava uma nova regulamentação da Lei da Ação Civil Pública. Para tanto propõe, entre outras medidas: a prevalência da pretensão transindividual em caso de ela coexistir com ação individual de objeto similar, com prioridade de tramitação; a possibilidade de acompanhamento do cumprimento de sentença por um terceiro externo à relação processual indicado pelo juiz; e a criação dos cadastros nacionais de processos coletivos e compromissos de ajustamento de conduta.

Há também o Projeto de Lei 282, do Senado Federal, para atualização da legislação afeta ao microssistema coletivo no Código de Defesa do Consumidor e o Projeto de Lei 8.058/2014, o qual trata do controle jurisdicional de políticas públicas, buscando a adoção de um procedimento claro para as ações com esse conteúdo.

CAPÍTULO III – SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

1. ASPECTOS GERAIS

Independente da natureza da demanda, se coletiva ou individual, ao tratar de sujeitos jurídicos processuais se aborda aqueles indivíduos que estão envolvidos no processo.

Cândido Rangel Dinamarco é preciso ao determinar que sujeitos processuais são:

todas as pessoas que figuram como titulares das situações jurídicas processuais ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual. Ser sujeito do processo é ser titular dessas faculdades, ônus, poderes, deveres, autoridade ou sujeição. Só os sujeitos processuais. Entre os quais o juiz, as partes e os auxiliares da Justiça, são legitimados a realizar os atos do processo, ao longo do procedimento.²⁸

Da leitura do excerto colhido pode-se inferir, de maneira bastante simplificada, que os sujeitos processuais seriam aqueles que mantêm a interação ao longo do processo, por meio da prática de atos processuais.

Neste sentido, analisar os sujeitos que compõe uma determinada demanda é fundamental para a conclusão acerca da especificidade de uma determinada dinâmica levada ao Judiciário.

De forma genérica, a demanda é adstrita a um demandante, um demandado e o julgador. Há, no entanto, algumas particularidades que podem se opor à forma padrão com a qual se idealiza esse vínculo entre as partes e o juízo, principalmente nas demandas que ganham repercussões sobre determinada coletividade ou grupo.

2. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A PARCIALIDADE

²⁸DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral Do Novo Código De Processo Civil* Ed. Malheiros, 2016.

Com a missão de pacificar o conflito entre seus jurisdicionados, o Estado deve adotar critérios para a tomada de uma decisão específica para o fim que almeja. A construção destes critérios segue caminhos culturais e sociológicos e são específicos de cada sistema legal adotado por cada país.

No sistema brasileiro, marcado fortemente por valores consagrados no regime ocidental, o sistema de Justiça é constituído de forma estruturada para o exercício da função jurisdicional, com a organização de uma estrutura e órgãos para o exercício desta atividade.

Um dos pilares que sobre o qual se funda o sistema judicial é justamente o da igualdade.

A igualdade é reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e confere a qualquer indivíduo a proteção contra o uso de mecanismos que possibilitem discriminações ilegítimas por força da lei.

O tratamento garantido à igualdade é variado pela doutrina, sendo que, para parte dela, trata-se de garantia, para outra, de direito fundamental, ou, por fim, de um princípio. Essa diferenciação importa dentro da estrutura pois seu reconhecimento implica no nível de compromisso do intérprete judicial na sua aplicação.

Justamente da ideia de igualdade e proteção a discriminação é que decorre, no âmbito processual, a imparcialidade, a qual se traduz na equidistância e ausência de compromisso entre uma das partes e o juiz.

Para Liebman, para atuar em uma causa, o magistrado dever ser “completamente estranho” às vontades das partes expressas no conflito, sem ligações por relações pessoais, para que se concretize a sua decisão como independente e abalizada.

O mesmo doutrinador ainda arremata seu pensamento ao dizer que “não basta que o juiz, no íntimo, se sinta capaz de exercer seu ofício com a habitual imparcialidade: é necessário que não reste sequer a dúvida de que motivos pessoais possam influir em seu ânimo”²⁹

²⁹ LIEBMANN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 113.

Com base nesse aspecto do sistema, a doutrina, por seu turno, classifica os sujeitos processuais pelo espectro das atividades e da postura demonstrada no interregno da relação constituída sobre o binômio da parcialidade ou da imparcialidade.

São sujeitos parciais aqueles que atuam no processo com a intenção de satisfazer uma determinada pretensão, seja ela em nome próprio ou alheio, seja de um indivíduo ou de uma comunidade ou sociedade. Desempenham esse papel as partes e seus representantes judiciais e possíveis intervenientes.

Já aqueles que desempenham funções de terceiros alheios ao conflito de interesses ou que executam atividades de suporte para exercício da jurisdição são os chamados sujeitos imparciais do processo. Esse papel é desempenhado pelo juiz e auxiliares da Justiça.

3. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PRINCIPAIS E SECUNDÁRIOS

Outra classificação adotada sobre os sujeitos jurídicos processuais adota o binômio principal e secundário.

Constituem sujeitos principais aqueles envolvidos diretamente com o conflito e sua direção e decisão pelo Judiciário. Deste modo, nesta categoria estão as partes e o juiz.

Já os sujeitos secundários do processo são advogados e auxiliares. Estes exercem funções complementares e estão sob a orientação e guia do magistrado, aqueles representam os interesses das partes em juízo por meio dos atos de postulação.

4. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – AS PARTES

A capacidade de ser parte em uma determinada demanda judicial está atrelada à ideia de deter um determinado direito ou obrigação de direito material. Estes decorrem da ordem jurídica e normalmente são atribuídos às pessoas físicas ou jurídicas. Há, todavia, exceções a essa regra, com a possibilidade de determinados entes, autorizados expressamente, gozarem de direitos ou obrigações. É o caso da massa falida, por exemplo.

Arruda Alvim, ilumina a peculiar situação ao exemplificar outras possibilidades de autorização:

“São, tais entidades, propriamente, sujeitos de direitos e obrigações, mas não propriamente como o são pessoas físicas e jurídicas; todavia, têm capacidade para ser parte (porque praticam atos da vida civil e comercial) e, em juízo, serão representadas, na falência, pelo administrador judicial (...), a massa insolvente pelo seu administrador (...), e o consórcio, pelo seu representante legal. Casos há que, apesar da ausência de personalidade jurídica, mas diante da existência de patrimônio e da demanda repercutir, em tal patrimônio, tem sido reconhecida personalidade judiciária.”³⁰

Portanto, a ideia que norteia a possibilidade de ser parte e a consequente possibilidade de defesa jurisdicional é justamente a de deter direitos e obrigações ante o arcabouço normativo.

A capacidade processual está, por seu turno, ligada a possibilidade de estar em juízo, por si ou adequadamente representado, para a exercer seus direitos, conforme determinam os arts. 70 e 71 do Código de Processo Civil.

Parte, portanto, “é aquele que pede tutela jurídica no processo, bem como aquele contra quem essa tutela é pedida, e que esteja no processo.”³¹ Sendo um conceito diretamente ligado ao processo e à propositura da ação.

Para ser parte de um processo basta então que acione pessoa ou ente judicialmente, ou que se seja acionado judicialmente, visando o atendimento de uma determinada tutela jurídica. Nesse ínterim, pode-se ser parte legítima ou ilegítima, mas a presença ante o judiciário com a expectativa de atenção a uma proposição já lhe conferiria a capacidade de parte.

Para parte da doutrina é importante haver a classificação entre parte substancial e parte processual.

No entanto, essa classificação, a qual determinava que a parte processual seria aquela que pede e aquele contra quem se pede no processo e que parte substancial seria aquela de quem se afirma ser o titular do direito material, teria sido superada pela doutrina.

³⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 546.

³¹ Idem

Tal classificação interessa para a determinação nos casos de substituição processual e intervenções de terceiros, mas com a determinação legal conferida a estes institutos pelo diploma processual, acaba obsoleta tal categorização.

De toda forma, em resumo, parte seria, então, a expressão de uma realidade representada pelo fato, conforme alegado pelo autor, com a conseqüente atribuição de uma pretensão contra a figura do réu.

É necessário ainda identificar que se diferem a capacidade de ser parte, da capacidade processual e a legitimação processual. A primeira se liga a adjudicação a um sujeito de direito. A segunda corresponde a situação legal de autorização para estar em juízo. Já a legitimação processual está adstrita aos exames dos pressupostos processuais e da autorização de um exame de mérito sobre a pretensão levada ao órgão jurisdicional.

No entanto tais diferenciações e conceitos são alvos de críticas por parte da doutrina, pelo trabalho junto a esses conceitos decorrerem de um momento do direito muito mais individualista, com sobreposição de interesses genuinamente privatistas. Ocorre que a evolução da sociedade também repercute no papel desempenhado pelo Estado e tais conceitos devem ser revistos diante da superação do paradigma tradicional e aparecimento, cada vez mais frequente, dos conflitos massificados e demais problemas pós-modernos.

Tais questionamentos são importantes, principalmente ao se tratar de questões tuteladas por meio das ações coletivas, principalmente pela peculiaridade afeta aos bens da vida de natureza coletiva e difusa, os quais dificilmente podem ser transpostos de forma ideal em uma noção comutativa ou de litisconsórcio entre todos os membros de uma coletividade

No entanto, para o presente estudo, a definição de parte como a proposta é suficiente para a análise que se propõe.

5. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – TERCEIROS

Somente para fins de complementação dos tópicos que tratam de sujeitos parciais, é necessário que se aborde de maneira bastante breve a questão dos terceiros na relação processual.

As relações estabelecidas pelos sujeitos processuais em diversas ocasiões podem interferir na esfera de interesses de outras pessoas que não estão abrangidas inicialmente em uma relação materializada no âmbito processual.

Com o objetivo de mitigar possíveis efeitos das determinações judiciais sobre estes terceiros é que o sistema processual prevê uma série de possibilidades para que haja a inclusão destes na relação estabelecida por meio das figuras das intervenções de terceiros.

Mas objetivando conceituar quem seriam esses terceiros, pode-se incutir que estes são os sujeitos que estão fora do processo, um conceito baseado na negação do conceito de parte, sendo assim são não-partes de um processo.

A grande motivação que um sujeito estranho ao processo tem para pretender adentrar uma determinada relação processual é a possibilidade desta resultar em uma decisão cujo conteúdo abranja um objeto com que se possa ter um vínculo de prejudicialidade ou dependência.

Não é consenso doutrinário sobre a possibilidade de que uma determinada pessoa seja atingida em sua esfera de interesses por uma decisão da qual não teve oportunidade de interferir ou influir.

Sobre a discordância, assim resume Lia Carolina Batista:

A questão, nesse ponto específico que diz respeito à possibilidade de terceiros serem atingidos, parece ter sido corretamente equacionada em termos gerais por Francesco Paolo Luíso, que estabelece uma subdivisão no fenômeno da prejudicialidade-dependência, identificando de um lado a prejudicialidade instantânea e do outro a prejudicialidade permanente. Assim, apenas os titulares da situação jurídica permanentemente dependente, sensíveis a qualquer ato que tenha por objeto a situação prejudicial – seja um ato negocial ou uma sentença – é que ficam sujeitos aos efeitos da sentença.³²

No entanto, essencialmente, os casos de intervenção de terceiros buscam objetivamente alterar a natureza estranha dos terceiros para conferir a esses a qualidade de parte visando a defesa de seus interesses em uma determinada relação jurídica processual.

³² BATISTA, Lia Carolina. Assistência no processo civil brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2012. p. 57

5.1 O *amicus curiae*

Posição bastante particular é a da figura do *amicus curiae*, que se encontra prevista no art. 138 do CPC/2015. Tem qualidade de terceiro, pois é, de forma geral, figura que não se confunde com a parte – uma não-parte – mas que não tem pretensão de integrar ou assumir as situações jurídicas desta, ou mesmo de assistência, uma vez que sua intervenção não se fundamenta no interesse jurídico na vitória de uma das partes.

A admissão desta modalidade de interveniente é fundada na possibilidade do fornecimento de subsídios instrutórios (técnicos ou jurídicos) à solução de uma determinada causa que trate de um tema de especial relevância ou complexidade.

Em resumo, sua função é de fornecer ao julgador elementos que possam ajudar a decidir uma questão, daí sua nomeação como “amigo da corte”, conferindo qualidade técnica à decisão judicial, com a possibilidade de atenção à critérios técnicos e em consonância com que determina o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A admissão dessa modalidade interveniente é uma forma de ampliação do contraditório, principalmente nas ações de conteúdo objetivo (ações diretas de constitucionalidade, mecanismos de resolução de questões repetitivas) e também nas ações coletivas.

O ingresso da figura do *amicus curiae* no processo pode decorrer de iniciativa voluntária de terceiro, da parte ou mesmo de forma provocada pelo juiz. Há ainda de se falar que não há regramento sobre o marco temporal ou grau de jurisdição adequado para a intervenção, sendo esta admitida enquanto satisfizer a possibilidade de contribuir com o juízo.

Desta maneira, observa-se que é uma figura bastante peculiar dentro da dinâmica que se estabelece nas demandas de repercussão e que tem o condão de possibilitar uma ampliação na participação democrática e tomada de decisão por parte do Estado. Sua mera integração à relação pode ser encarada como um mecanismo de participação democrática no processo e pode contribuir de forma precípua para o alcance de conquistas sociais,

principalmente de ações judiciais que tratam dos direitos de minorias, reforçando o papel contramajoritário e garantidor do Judiciário.

6. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – O JUIZ

A figura central da organização estruturada para o exercício da função jurisdicional é certamente o juiz. A este é imposto o dever de atuar de forma impessoal e equânime, devendo constituir com os demais sujeitos processuais uma dinâmica estável e que possibilite o correto exercício da função estatal a qual foi incumbido.

Para Cândido Rangel Dinamarco³³, a indicação do juiz como sujeito processual é meramente uma ferramenta linguística para indicar que, na verdade, quem compõe a relação com as partes não seria um agente individual, mas sim o Estado. Dessa forma, diversos juízes, no decorrer de uma determinada marcha processual, podem se suceder no exercício da jurisdição, mas o Estado estará permanentemente representado por um agente, sendo mais preciso o uso do vocábulo Estado-juiz para a indicação deste como sujeito jurídico processual.

Portanto, sob esta ótica se observa que o juiz é mero cumpridor dos deveres do Estado, exercendo, conforme o momento processual, o papel que lhe é determinado pelo procedimento e executando atos com o objetivo de dar andamento ao processo.

É justamente dessa característica da intermitência do agente estatal na relação processual que decorre parte do caráter de impessoalidade na direção processual, uma vez que a transitoriedade de gestão deve respeitar as normas que são afetas ao Estado.

Retomando a classificação anteriormente tratada, o Estado-juiz é um sujeito processual tido como imparcial, sendo esta imparcialidade intimamente ligada à vida processual e aos caminhos tomados durante o curso do processo.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 221.

Esse dever de imparcialidade é inerente e não vem expresso em texto positivo na legislação, sendo consagrada em preceitos constitucionais que referem à ideia do juiz natural e proibição de juízo de exceção, remetendo mais uma vez à igualdade de tratamento e vedação de uma discriminação.

O juiz natural está referido no art. 5º, XXXVII da Constituição Federal, e dá conta do mandamento constitucional que, de modo sistêmico, idealmente, possibilita aos representantes da jurisdição a manutenção do necessário estranhamento juntos aos focos de envolvimento e que impeça o exercício de condutas parciais, com o fito de evitar manipulações que beneficiem a uma das partes integrantes de uma determinada demanda levada à juízo.

No entanto, o dever de imparcialidade e as condutas dela decorrentes, e expressas em legislação infraconstitucional, não são fundamentos para uma atuação passiva por conta do juiz.

Cândido Rangel Dinamarco ainda complementa, neste sentido:

O juiz moderno compreende que se lhe exige 'imparcialidade' no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a 'indiferença'.³⁴

É com base na reflexão sobre o papel desempenhado pelo juiz no curso do processo que muito se debate sobre o modelo mais adequado para este sujeito no âmbito do processo brasileiro e quais as repercussões da adoção de uma postura mais ou menos ativa.

6.1 Os modelos de juiz

Sobre a dificuldade encontrada para obter a correta temperança na condução do processo por parte do juiz, muitas foram as tentativas de sedimentar qual o limite da ação judicial para que não haja um desnaturamento da imparcialidade necessária para produção de uma decisão que atinja os parâmetros de Justiça.

³⁴ Idem. p. 155.

Em artigo referência sobre o tema, François Ost³⁵ traça um interessantíssimo paralelo entre o modelo representado pelo encarregado de julgar e as figuras míticas de Júpiter, Hercules e Hermes.

A consideração destes modelos é decorrente da complexa análise ante os contextos sociais, políticos, ideológicos e econômicos que circundam o campo judicial e jurídico, se apoiando no estabelecimento de figuras ilustrativas: pirâmide, funil (ou pirâmide invertida) e uma rede.

Em seu pensamento, o juiz jupiteriano estaria elevado no topo de uma estrutura piramidal, em uma posição própria do sagrado e do transcendente, não se imiscuindo com aqueles que o circundam, aplicando a legislação de onde emana todo o Direito, interferindo desta maneira nas relações entre particulares. Sua atuação parte da existência de uma hierarquia de legal - da norma fundamental, para criar uma nova norma, e da norma inferior para a fundamental, para a validade de determinado ato, com a existência sempre de uma autoridade imaginária que deseja esta norma. É, portanto, um modelo fortemente baseado na idealização de Hans Kelsen tendo como seu auge e representação o pensamento do século XIX e Estado Liberal.

Para esse modelo de juiz, a máxima expressão legal seria um diploma unitário coerente, completo, claro, não redundante, simples e manejável. O juiz então converter-se-ia em um mero aplicador da lei, adotando um positivismo jurídico como paradigma, sem a observância de soluções particulares e com a manutenção do aforismo de que a lei anteciparia os fatos.

Durante a vigência do século XX e do Estado Social e Assistencialista, se observou o afastamento do modelo positivista para aproximação do modelo do juiz que Ost identifica como o de juiz Hércules.

Neste modelo, a figura do juiz se aproxima da do semideus que se submete a trabalhos extenuantes utilizando sua força, assim como o juiz que também realiza de forma exaustiva a arte de julgar. Há a emergência de um “herói” que sustenta o mundo. O Direito se assentaria somente no trabalho desenvolvido pelo juiz, que encarna a figura de construtor da normatividade, uma vez que a partir da decisão – construída na análise do caso concreto – que se criaria a autoridade e dela decorreria o aspecto de sujeição.

³⁵ OST, François. *Júpiter, Hercules, Hermes: três modelos de juiz*, Madrid, DOXA nº 14, 1993, pp. 169/194.

Há uma expressiva responsabilidade social manifestada nas decisões judiciais, que autorizaria a sobreposição às leis e a consequente dissolução de parte do normativismo, com um marcante traço de pragmatismo em face dos conflitos sociais e fortemente arraigada no chamado direito jurisprudencial. Denota-se uma inversão entre os valores de efetividade e a validade, com o império daquele sobre este, e que justifica o ativismo judicial e a consequente mitigação da supremacia do legislador.

Em contraposição ao modelo jupiteriano, o Juiz Hércules se distingue por aconselhar as partes no pré-contencioso, possibilitando a diminuição de litígios; depois, segue a evolução do processo, adaptando suas decisões de acordo com as necessidades e controlando a aplicação de penas.

Segundo Ost, o juiz jupiteriano é um homem da lei; mas o juiz herculano é um engenheiro social. Enquanto para aquele a prevalência das leis implica no "monismo normativo", para este o processo implica em um compêndio de decisões particulares.

Observa-se nesses dois modelos um antagonismo entre mentalidades opostas. A um não há qualquer horizontalidade, com a prevalência do divino sobre o humano, ao outro não se identifica a exegese de uma racionalidade elevada do plano mundano.

Por último, temos o juiz Hermes, como resultado de uma combinação inter-relacionada dos modelos anteriores na qual a teoria do direito é marcada pela circulação de sentido centrada na atuação da justiça, sem a elevação do legislador ou do juiz no papel de definidor da justiça, operada no espaço público. A Hermes, deus da comunicação e da circulação, cabe a tarefa de simbolizar essa concepção singular do Direito.

É um modelo marcado pela complexidade do mundo material próprio da sociedade pós-moderna. Para um mundo complexo, é necessário que se estabeleça um modelo menos estanque e que adote uma estrutura em rede ou banco de dados, capazes de traduzir e identificar a multiplicidade de subsistemas e racionalidades, nas quais que o fluxo produzido dentro da rede não se mostra imprevisível, porque sempre se mostra empenhado em desvendar as relações de forças desenvolvidas no seio dos conflitos com o objetivo de aferir que as mesmas não tem um comportamento totalmente aleatórias e que há uma manutenção de hierarquias, especialmente as institucionais.

Ost indica essa mudança da complexidade, com a superação do Estado Social, através de diversos indícios. O primeiro é justamente multiplicação de atores jurídicos,

com a figura do juiz tomando papel preponderante, ao lado do legislador que edita normas, como, por exemplo, a proliferação das associações e das sociedades comerciais na circulação das normas jurídicas.

Outro destes indícios é intersecção parcial da sistemática de algumas funções, por exemplo, privadas e públicas, jurisdicionais e administrativas ou parlamentares, e assim por diante.

O terceiro indício da complexidade é a alteração na composição dos níveis de poder, com a inauguração de novos modelos políticos e jurídicos, como na União Europeia, com a adoção de legislação supranacional e previsão, inclusive, de transferências de soberania.

Nesse mesmo sentido, a função jurisdicional irradia para além do poder público, com advento de meios alternativos de solução de conflitos e mecanismos para auto regulação.

Assim, o Direito torna-se, nas palavras de Ost, "líquido", com um estado fluído que o possibilita adentrar em situações mais diversas e ocupar assim, suavemente, todo o espaço disponível, suportando, conforme o caso, fortes compressões.

Esse modelo representa um mediador universal e atua em uma esfera cercada de infinita de informações que não está restrita, dessa forma, aos códigos ou processos simplesmente.

No processo pátrio, podemos encontrar resquícios diversos de cada um dos modelos propostos por Ost. A cada um pode-se conferir potencialidades e vulnerabilidades, mas não se olvida que a sociedade contemporânea é marcada pela celeridade de mudança e complexidade, o que impacta diretamente no modo como o juiz se comporta como sujeito em uma relação jurídica processual, sua centralidade nessa relação e os reflexos extraprocessuais.

Lênio Streck afirma nesse sentido que

há um sensível deslocamento do centro de decisões do legislativo e do executivo para o judiciário (...) Inércias do executivo e falta de atuação do legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização de

mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o estado democrático de direito.³⁶

A autorização ou proibição de uma determinada conduta possibilita a emergência de um ou mais dos perfis analisados. É sob esse julgo da necessidade de um modelo que comporte a realidade brasileira que se deve refletir sobre o estabelecimento de parâmetros de atuação e dos impactos desta dentro da dinâmica social estabelecida.

Parte desses parâmetros, os quais Ost consideraria insuficientes³⁷, estão previstos na Constituição Federal e buscam preservar os princípios importantes para o processo: ampla defesa e o devido processo legal. Estes devem balizar a atuação do juiz e proceder no sentido de garantir a preservação de sua natureza imparcial na dinâmica processual.

6.2. Impedimento e suspeição

A imparcialidade como característica do Estado-juiz pode ser resguardada de modo preventivo e regressivo. Da primeira forma, através das previsões de impedimento e suspeição que impossibilitam a presença na relação processual de um representante que não obedece aos requisitos que dão substrato à imparcialidade. A segunda forma, através de sanções que penalizam a participação de um agente que não se declarou em situação de impedimento ou que, no decorrer de sua atuação, deu causa a uma atuação parcial, configurando verdadeiro ilícito na esfera penal, inclusive.

Novamente recorrendo à Cândido Rangel Dinamarco:

³⁶ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2ª ed., Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000, p. 94.

³⁷ Em artigo no qual reflete sobre os modelos propostos por Ost e a realidade brasileira, Carlos Alberto Bencke infere sobre a necessidade da prevalência de um componente ético: “Na perspectiva de François Ost sobre os modelos de juiz e realidade brasileira, fica expresso a necessidade da preponderância da ética. Esta, entendida como estudos dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana susceptível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto, traz como requisito mais importante para a realização de um comportamento ético, inquestionável, a liberdade. Somente através desta premissa de liberdade e ética pode-se chegar à justiça - e praticar justiça é o dever de distribuir benefícios e deveres de maneira adequada, cotejando os direitos dos indivíduos em relação ao bem-estar da sociedade - porque esta sim, encara os seres humanos como fins e não como meios.”. BENCKE, Carlos Alberto. *Os três modelos de juiz de François Ost: Uma visão à brasileira*. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/248f8/24962/24adf?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> Acesso em 12.09.2017

As situações que o juiz se considera suspeito de parcialidade e aquelas em que a lei o dá por impedido de atuar refletem a realidade da inserção do juiz na sociedade e das fraquezas psicológicas a que nenhum ser humano é imune. Não é exigível que o juiz se isole de todos e de tudo, renunciando ao convívio, vivendo sem amigos, nada comprando, não contraindo débitos, jamais contratando com quem que se seja etc. Não só esses inevitáveis e naturais contatos humanos com o mundo exterior, como também os envolvimento familiares, constituem no entanto fatores que podem atuar sobre a mente do juiz e ao menos criar-lhe embaraços em relação a processos que conduz e julgamentos que deveria proferir. Chocar-se-ia com a natureza humana a exigência de que todos os membros do Poder Judiciário fossem dotados de uma fortaleza moral e psíquica tão sólida e inquebrantável, que os mantivesse sempre acima de todas essas situações e lhes assegurasse a invariável postura de magistrado superior e imune a influências espúrias.³⁸

Portanto, dois institutos cuidam das características necessárias ao juiz para que este seja um representante pertinente do Estado na relação jurídica processual: a suspeição e o impedimento.

Esses institutos são decorrentes, como anteriormente descrito, da garantia constitucional e dos princípios do devido processo legal e da igualdade, respectivamente art.5º, LIV e *caput*. O Brasil também é signatário de tratados internacionais que convergem nesse sentido e tanto o art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, quanto o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporam essa necessidade

Os casos de impedimento são naturalmente mais gravosos e comandam a expressa proibição de o juiz atuar no processo. Impedimento é objeção ou matéria de ordem pública não sujeita ao perecimento ou convalidação no curso do processo. Inclusive, os atos praticados por um juiz que seja impedido são considerados nulos, e estão sujeitos à ação rescisória contra decisão proferida pelo juiz impedido³⁹. Por seu maior rigor, as previsões de impedimento são acompanhadas de um aspecto de fácil comprovação por meio documental.

A suspeição, por seu turno, tem característica menos gravosa, de caráter subjetivo e que gera presunção relativa de parcialidade do magistrado, podendo o juiz atuar no processo desde que não arguida sua suspeição, no prazo legal, não havendo possibilidade de interposição de ação rescisória. Trata-se de verdadeiro aconselhamento legal ao juiz de

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol 2. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 229.

³⁹ Conforme determina o art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente (...)"

abstenção de seguimento na condução processual. De igual forma, a invalidade dos atos processuais é dependente de provas concretas do prejuízo causado à parte, já que os atos processuais realizados pelo juiz suspeito podem ser ratificados por um juiz substituto.

Embora as causas de suspeição carreguem sempre certa dose de subjetividade (daí porque a alegação deve vir acompanhada de provas da parcialidade do julgador), não se deve confundi-las com meras irresignações acerca de decisões judiciais técnica e regularmente prolatadas, ainda que reiteradas.⁴⁰

Há ainda as situações nas quais a alegação de suspeição será considerada ilegítima, prestigiando a boa-fé no âmbito processual, notadamente em relação à impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza (*tuo quoque*) e à proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprio non potest*).

É importante mencionar que o novo codex processual de 2015 trouxe inovações ao ampliar as hipóteses de impedimento e reduzir em uma o número de hipóteses de suspeição. Esse aumento dos casos de impedimento demonstra a vontade legislativa de coibir de forma mais severa a possibilidade de haver julgamentos parciais. Foram acrescentadas quatro novas causas de impedimento no art. 144, através dos incisos VI, VII, VIII e IX, sendo que destes o inciso VI era anteriormente previsto, no CPC/73 como causa de suspeição.

Ainda sobre as alterações introduzidas pelo novel diploma, há alterações meramente redacionais nos incisos II, III e IV, em relação à sistemática anterior, no tocante à primeira hipótese de suspeição, qual seja: “Art. 145. Há suspeição do juiz: I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; (...)”. Retirou-se do texto a expressão “*inimigo capital*”, mas acrescentou-se o advogado como parâmetro para essa causa de suspeição do juiz (antes a referência era feita apenas às partes). Sobre a introdução dessa previsão normativa, assim se pronuncia André Vasconcelos Roque:

Como o receio que fundamenta tal hipótese de suspeição é que os laços pessoais entre o juiz e as partes ou seus advogados comprometam a isenção no julgamento, deve ser conferida interpretação extensiva à regra para também incluir nos casos de suspeição as figuras do defensor público, do procurador (municipal, estadual, da Fazenda Nacional), do advogado da União e do membro do Ministério Público. Amizade íntima é conceito que remete a um vínculo forte, que vai além da mera convivência profissional, estando evidenciado, em tese,

⁴⁰ Nesse sentido, é claro o Enunciado nº 88 da Súmula do TJ/SP: “Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa”.

pelo noivado ou compadrio, assim como pela visitação frequente de um à residência de outro. O texto do CPC/2015, em comparação ao CPC/1973, não exige mais a inimidade ‘capital’, ou seja, de se desejar a morte do inimigo. Basta, para que se configure a suspeição, que se evidencie uma emoção de caráter negativo, advinda de questões pessoais, que o juiz apresente em relação à parte ou ao advogado.⁴¹

Por fim, as causas de impedimento e suspeição são previstas em rol taxativo ou em *numerus clausus*. Contudo, uma vez que a imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional, parte-se do pressuposto que diante de um fato que denote um abalo na qualidade da imparcialidade deve o prejudicado se insurgir, buscando sua defesa e a máxima eficiência do processo.

6.3 O dever de dirigir e tutelar

Ao lado dessas características subjetivas do agente estatal, que o habilitam a integrar a dinâmica junto aos demais sujeitos processuais, há um dever imposto pela posição que este assume de representante estatal.

De fato, com o Estado assumindo a tutela jurisdicional, bem como o compromisso de acesso à Justiça, cabe ao seu representante o compromisso de sedimentar o caminho para o exaurimento de todos os atos que confluem no ato-fim do exercício jurisdicional, com a consequente determinação às partes da certeza sobre um determinado conflito.

Para alcançar o estágio final da tutela jurisdicional, cabe ao juiz, enquanto representante do Estado, exercer as atividades precedentes e necessárias, os chamados atos-meio. São os despachos e decisões interlocutórias, que impulsionam a marcha processual possibilitando o regular seguimento da ação, produção de provas, definições sobre parâmetros legais e a tomada da decisão final.

Deste modo, cabe ao julgador, ante a obrigação do Estado com seus jurisdicionados, a adoção de atos que constituem poderes, mas que também emanam as características de deveres decorrentes da própria estrutura estatal desenhada na Constituição Federal e pela lei ordinária.

⁴¹ ROQUE, André Vasconcelos. *Breves comentários ao novo código de processo civil*, São Paulo: RT, 2016, p. 505

Dois são os artigos que sintetizam e garantem o adequado exercício pelo juiz do papel ao qual foi incumbido, os arts. 139 e 140 do Código de Processo Civil. Nestes, ao magistrado é determinado dirigir o processo de acordo com as disposições elencadas na lei e não se olvidar de decidir uma determinada questão por questão de obscuridade ou falta de previsão no arcabouço legal.

Ambos decorrem de preceitos constitucionais como o devido processo legal, e o princípio da legalidade, e a inafastabilidade da jurisdição e acesso à justiça. Dessa forma, sua atuação enquanto sujeito processual pode ser sintetizada no binômio dirigir e tutelar. Dirigir o processo de acordo com a lei e pacificar determinado conflito conferindo a certeza legal através da concessão da adequada tutela jurisdicional.

No interim de tutelar, o juiz deve observar, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, a obrigatoriedade do julgamento em si mesma, o encargo de dar efetividade aos direitos e a exigência da tentativa de conciliação entre aqueles que litigam.⁴²

Estes deveres são inatos à condição do juiz, assim como o “administrador deve administrar e o legislador legislar”. É a certeza de uma decisão com força legal que impele o jurisdicionado a não tentativa de resolução de um impasse por si, com uso da força, e sua submissão aos comandos da lei.

Mas para que essa decisão seja íntegra, a mesma deve gozar de efetividade, pois uma decisão que não seja efetiva é uma decisão vazia no mundo material, pois apesar de indicar determinada certeza, pode não ter condão para pacificar um conflito. E, nesse sentido, é que a ciência processual postula que decidir sem impor é não exercer adequadamente o poder estatal ao não conferir ao titular de determinado direito o que lhe é devido.

Lembra-se, sem maiores reservas, que a efetividade da decisão não está adstrita somente aos casos de execução forçada, ocasião na qual é mais lembrada, tal princípio deve permear todos os provimentos jurisdicionais e servir de sustentáculo dos atos processuais realizados pelo Estado com o objetivo de dar seguimento ao procedimento com a consequente produção de um resultado prático no plano material e na esfera de direitos de seus jurisdicionados.

⁴² Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol 2. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p.235.

Decorre ainda da própria visão da efetividade processual a manutenção da possibilidade de conciliação das partes a qualquer tempo durante o processo. É decorrência lógica do escopo de pacificação social do processo a possibilidade de que os envolvidos acordem sobre o ponto de conflito e que o encerramento da celeuma no plano sensível tenha repercussões também no plano processual.

O encerramento via conciliação goza diversas benesses com relação às partes como a sua praticidade e celeridade na solução. Mas também repercute para a própria estrutura estatal, a qual é sempre referenciada como estrangulada pelo volume de ações judiciais. É sob a ótica de que a decisão consensual se mostra um caminho adequado para todos os sujeitos processuais que tal comando tem uma dimensão maior que de mera recomendação, mas alcança os contornos de dever, estando inscrito desta forma no § 3º do art. 3º do diploma processual vigente⁴³ e estando presente no calendário judicial nas semanas de conciliação promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

6.4. A “discricionariedade” judicial

Dentro das obrigações imposta ao juiz no exercício inafastável da jurisdição, não são poucas as ocasiões em que o mesmo está impelido a aplicar uma determinada norma que contém termos abertos, vagos ou indeterminados a um possível caso concreto. Nessas situações costuma-se entender que haveria um maior poder disponível ao juiz para concretizar a vontade legal se aproximando do conceito de discricionariedade.

A discricionariedade, no entanto, entendida como um juízo de conveniência e oportunidade, não parece ser a conceituação mais adequada à dinâmica processual que se sustenta em um processo de viés democrático e participativo.

Sobre o fenômeno da discricionariedade, assim se manifesta Arruda Alvim:

A discricionariedade, propriamente dita, se considera nos quadros de uma inter-relação entre o ato discricionário, tal como aplicado, pela Administração e quando venha a ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, revela que há um núcleo que é o mérito do ato administrativo que não deve ser objeto, sequer, de manifestação pelo Poder Judiciário, pois este deverá apenas verificar se o

⁴³ “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

administrador praticou o ato adstrito ao âmbito de possibilidades emergentes da regra discricionária, em que se pautou, em função da competência que lhe foi adjudicada.⁴⁴

Portanto, a discricionariedade estaria intimamente ligada ao mérito do ato administrativo, não se confundindo com uma maior liberdade de interpretação conferida ao juiz na aplicação de normas com conceitos indeterminados.

Essas situações, explica José Roberto dos Santos Bedaque, são erroneamente identificadas pela doutrina processual como poderes discricionários atribuídos ao juiz, mas não o poderiam ser, “visto que o juiz, ao decidir à luz dessas regras, não o faz por conveniência e oportunidade”.⁴⁵

Tal afirmação se coaduna com o argumento de que a decisão judicial é passível de modificação perante recurso, algo que afasta a aproximação ao conceito administrativo do instituto. Não se estaria diante de uma escolha, mas sim diante da interpretação mais adequada de um conceito, o qual pode ou não ser confirmado em sede de revisão.

Não haveria, deste modo, espaço ao juiz para a não aplicação de uma determinada norma ante uma hipótese legal. Não há espaço para variáveis ou escolhas. Mas sim interpretação de atendimento de pressupostos legais a previsão normativa.

Há, desta forma, a necessidade de distinção entre interpretação da lei e discricionariedade. A interpretação da lei é a busca da solução desejada pelo legislador, havendo somente “uma solução correta, muito embora várias tecnicamente possíveis. Entre todas cabe ao juiz escolher aquele, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto.”⁴⁶

Inferir que há unicidade na solução já demonstra como fulminada a possibilidade de “escolha” que é inerente ao conceito de discricionariedade. Ao se abordar a discricionariedade está se tratando, no âmbito jurídico, da apuração da possibilidade de escolha entre duas ou mais opções, havendo um juízo de opção por parte do ente público, mas cada uma destas goza de legitimidade e legalidade, estando inclusive este núcleo de

⁴⁴ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Tutela antecipatória* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Liminares*. São Paulo: Ed. RT, 1995. *Apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 159.

⁴⁶ Idem.

aferição fora do alcance de revisão. Mas não se admite que a solução judicial não seja a correta, uma vez que ofenderia a própria determinação de certeza que é fundamental nas decisões tomadas em sede judicial.

A possibilidade de revisão de uma decisão judicial é uma garantia dada às partes de insurgirem contra um ato judicial que entendem equivocado buscando a solução legal correta, não uma opção adequada. A possibilidade de revisão judicial, portanto, possibilita a convalidação de um entendimento anteriormente explanado ou a sua revisão com o apontamento da correta interpretação.

Portanto, por mais que parte da doutrina, e mesmo de operadores do Direito, costume atribuir essa margem de interpretação de uma norma o nome de discricionariedade, não podemos confundir com o instituto de mesmo nome.

7. SUJEITOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – OS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Conforme anteriormente explanado, também são sujeitos processuais os auxiliares da justiça. O papel desempenhado por estes é justamente o de desenvolver atividades em complemento aquelas próprias do juiz e ao auxiliá-lo nas suas atividades.

Esta delegação obedece ao determinado no art. 93, XIV da Constituição Federal, e se mostra indispensável ao processamento das causas, tendo em vista o impressionante volume de novas demandas que chegam ao Poder Judiciário.

Na medida em que também são eleitos como aptos à prática de atos processuais, também são caracterizados como sujeitos processuais, ainda que secundários, atendendo ao determinado pelo juiz no desempenho de seu papel de direção e tutela do processo judicial.

Seus atos são caracterizados como funções judiciárias, já que a jurisdição é própria da figura do Estado-Juiz. No entanto, não se pode negar que também os auxiliares representem parte do Estado na relação jurídica processual, uma vez que suas atividades são expressão da estrutura administrativa idealizada para a pacificação social e acesso à justiça.

Sendo sujeitos processuais, os mesmos também têm deveres como agentes públicos, seus poderes, de outro lado estão bastante atrelados aos desempenhados pelo juiz, já que sua atribuição é complementar e subsidiária a deste outro sujeito jurídico processual.

Sua particularidade também decorre do seu papel secundário, o qual não configura qualquer sujeição da parte a eles. Sendo estes sujeitos serventuários, estão adstritos aos atos que lhes são determinados pelo juiz e pela função desempenhada, estando inclusive vulneráveis a responsabilização pelo cometimento de atos, ou a não realização destes, que causem dano à parte. A natureza dessa responsabilização é variada, podendo ocorrer na seara penal, administrativa e civil.

Recorrendo, mais uma vez, a Cândido Rangel Dinamarco, as funções exercidas pelos auxiliares da justiça são:

(a) a comunicação processual (citações, intimações, cartas), (b) a efetivação de medidas constritivas (penhora, arresto, sequestro, busca-e-apreensão), (c) documentação dos atos dos demais sujeitos, (d) a certificação de atos não-escritos e do conteúdo dos atos, (e) a movimentação de autos, (f) o impulso processual, na medida das delegações que lhe forem feitas pelos juízes (Const., art. 93, inc, XIV), (g) os exames técnicos (perícias), (h) a distribuição de feitos, (i) a realização de contas e partilhas, (j) o depósito de bens constritos, (k) a administração do espólio, da falência e da recuperação judicial, (l) o pregão das audiências ou das sessões dos tribunais (supra, n. 346). Todos esses são atos do processo e quem os realiza são sujeitos processuais.⁴⁷

Como se pode observar, há um forte conteúdo de complementariedade ao trabalho desenvolvido pelo juiz, com o objetivo de prestar o melhor atendimento possível ao jurisdicionado no âmbito da resolução de um determinado conflito.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p.248.

CAPÍTULO IV – SITUAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

1. O CONCEITO DE PROCESSO E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS

Conceito de processo é múltiplo e utilizado de forma diversa pela doutrina, ainda que estes conceitos dialoguem entre si e convirjam em certo ponto em seus significados, a melhor doutrina é precisa ao dividir essa conceituação em três acepções com cuidado para adotar de forma bastante precisa os contornos de cada uma.

A primeira seria justamente a de processo como um ramo da ciência do Direito, um “sistema de técnicas instaladas no plano do direito, coordenadas por uma ciência específica e destinadas a pacificar pessoas ou grupos de pessoas envolvidas em situações de conflitos jurídicos (conflitos que comportam solução segundo regras do direito)” E ainda complementa que “o processo civil, como é designado tal ramo científico, consiste no sistema de princípios e normas processuais que permeiam a busca pela solução de conflitos na seara não penal”⁴⁸.

O segundo significado atribuído ao vocábulo processo é justamente uma das categorias jurídicas que fazem parte do acesso à justiça pelo Estado – configurado como objeto da ciência processual civil – qual seja a do processo como um método de trabalho para a intervenção do Estado na resolução de conflitos existentes no plano do direito material. Este método é resultado de um conjunto de normas e princípios que acompanham o ordenamento legal de cada povo e se constituem na forma mais adequada encontrada por uma determinada civilização para os fins de pacificar casos de conflitos existentes resultando, assim, em um modelo.

Por fim, a terceira acepção de processo é justamente a que se refere ao fenômeno experimentado pelas partes no exercício concreto da busca da tutela jurisdicional junto ao Estado-Juiz.

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p.271

É importante observar que essas três concepções a que se deu destaque se interligam de forma bastante próxima e se comunicam de um modo gradual do espectro mais abstrato para mais concreto. De uma ciência processual, a um modelo objeto de estudo desta ciência, para, a seguir, um exemplo do exercício do modelo adotado.

A segunda acepção, no entanto, ganha certo destaque por ser justamente uma das expressões da ciência processual. Processo, nessa perspectiva, seria o que se determina como uma “entidade complexa” constituída por dois núcleos: um visível e outro abstrato.

O núcleo visível deste “método” seria o procedimento adotado pelo Estado para realização da tarefa a que se propõe a cumprir. Seria, assim, o conjunto de atos exercidos pelos sujeitos processuais com o objetivo de produzir uma decisão jurisdicional final justa. Esses atos não são independentes, mas coordenados e interligados constituindo uma sequência lógica na qual o ato anterior interfere diretamente no posterior de cada um dos sujeitos processuais.

Já o núcleo abstrato seria a mescla de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização destes atos, sendo assim os poderes, faculdades, ônus e deveres de cada um dos sujeitos processuais que assumem a dimensão da relação jurídica processual estabelecida para um determinado conflito.

Assim, um determinado ato guarda em si um conteúdo positivo ou negativo que está associado a uma faculdade/poder ou a um ônus/dever, respectivamente e que evidencia um determinado tipo de situação jurídica processual.

Dinamarco, sobre a relação jurídica processual, explica que:

A relação jurídica processual, como ente puramente jurídico que é, não tem existência perceptível aos sentidos. As situações jurídicas ativas e passivas que compõem constituem abstrações, como são abstrações todas as situações instituídas pelo direito (obrigação, direitos subjetivos *etc.*). Elas constituem a *i*, cujo corpo físico é o procedimento⁴⁹

A existência deste aspecto abstrato é fundamental segundo grande parte da doutrina para a própria existência do procedimento, uma vez que a intercalação de atos e situações jurídicas são parte essencial do que impulsiona a prática (ou não) de ações por parte dos

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p.274.

sujeitos processuais que perseguem a tutela jurisdicional adequada e justa visando um determinado resultado concreto.

A própria previsão legal aplicável ao procedimento também é preenchida com conteúdo de situações específicas atreladas aos sujeitos processuais, como prazos e atos, por exemplo, e evidenciam um reflexo da figura do contraditório sobre o aspecto abstrato do processo.

2. O CONTRADITÓRIO E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS

O contraditório é uma garantia que consta expressamente na Constituição Federal em seu art. 5º, inc. LV, e se transmuta na razão máxima da existência de previsões que, como anteriormente mencionado, orientam os sujeitos processuais e os situam em uma determinada situação jurídica processual.

Constituído como participação, o contraditório possibilita aos partícipes da relação processual influenciar diretamente no desfecho do conflito trazido à jurisdição do Estado. Essa possibilidade de participação das partes e do juiz neste resultado é basilar para aceção de justiça e, ainda nos remetendo aos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, resultam:(a) na oferta de situações jurídicas ativas aos litigantes para que possam influenciar no julgamento do conflito; (b) na imposição de uma situação jurídica passiva que o impila a realização de um determinado comando ante a possibilidade de aplicação de uma consequência indesejada, (c) na imposição de deveres ao Estado-juiz e (d) outorga de situações ativas ao juiz, consistente em poderes aplicáveis no curso do processo visando a efetiva tutela jurisdicional.

Ante as situações expostas pela doutrina, pode-se observar que a própria definição do conteúdo das situações processuais em seus aspectos positivos e negativos, conjugados com os esforços – ou ausência deles – por parte dos sujeitos processuais, se constitui como parte do próprio conteúdo do princípio do contraditório ou como resultado deste, sendo assim indissociáveis.

Portanto é do contraditório, em conjunto com o devido processo legal, que resulta o que a doutrina determina ser o devido processo legal.

É imperioso atentar que o devido processo legal também esboça uma relação umbilical com o procedimento. Se este diz respeito ao conjunto de atos coordenados e subsequentes que visam a efetiva tutela jurisdicional é fundante que se observe aquela cláusula constitucional que impõe aos sujeitos previsões e limitações sobre o tempo, lugar e modo de prática destes atos para que se preserve a própria essência legítima, democrática e constitucional do processo.

3. SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS

Dos princípios constitucionais que regem o processo em sua acepção de procedimento e relação processual é que decorrem as situações jurídicas processuais, conforme anteriormente delineado. Essas podem ser entendidas como situações que o ordenamento outorga aos litigantes para que estes possam desempenhar os atos previstos no modelo procedimental previsto para a resolução de um determinado conflito visando a adoção por estes de uma determinada conduta.

Essas situações jurídicas processuais podem ser divididas em duas: as situações jurídicas passivas e as ativas. Essa divisão é assim entendida ante o resultado de uma consequência atrelada ao ato praticado ou ao ato não praticado.

Assim, se observa que dessa dinâmica de sujeição ou impulso é que se estabelece a relação processual própria de cada caso concreto e que se adequará a um determinado modelo constituído previamente com o objetivo de resolver alguma crise de direito que se impõe.

3.1. Situação jurídica processual passiva

A situação jurídica processual passiva é aquela que impele determinado sujeito à prática de um ato ou a aceitação de um ato de outro, sendo assim entendida por impor uma limitação à vontade dos sujeitos participantes da relação processual estabelecida. Essa limitação se mostra necessária para que se possa alcançar equilíbrio entre os litigantes e, ao

mesmo tempo, a ordem processual. De igual forma, à posição processual passiva se associam deveres ou ônus

Os deveres processuais se constituem em verdadeiros imperativos de conduta ao interesse alheio e visam a integridade do processo para a garantia do correto exercício da atividade julgadora e a defesa do interesse público que está atrelada a própria atividade estatal. Portanto, a não observância de um dever imposto pode ser descrito como um óbice ao próprio exercício da jurisdição da forma como está previsto pelo ordenamento e, assim, consistir em um ilícito que é punível com uma determinada sanção que encoraje seu cumprimento de forma voluntária. É justamente com essa visão que há a previsão de sanção para atos que busquem retardar o andamento da marcha processual ou que atentem contra a dignidade da Justiça, como por exemplo o art. 81 do Código de Processo Civil, que determina multa para o litigante de má-fé.

O ônus, por outro lado, tem em seu conteúdo uma escala menor de gravidade em comparação com os deveres, já que estão ligados aos interesses dos sujeitos processuais e, no caso de omissão, lhe imporão um determinado prejuízo. É, assim, entendido pela doutrina como um imperativo do próprio interesse, um encargo ou peso.

Sua prática está atrelada à percepção de uma vantagem, se praticado, ou uma desvantagem, em caso contrário, aos seus titulares e não ao processo como um todo ou mesmo ao interesse público. Nessa perspectiva, o ônus é próprio dos litigantes.

Cândido Rangel Dinamarco enumera as funções que o ônus pode desempenhar como a de conferir eficácia para atos do próprio onerado (v.g., recolhimento de custas recursais, que, no caso de descumprimento, pode caracterizar o recurso interposto como deserto) ou a de garantia para realização de atos por outro sujeito processual (v.g., o recolhimento do valor correto para a citação a ser realizada por um oficial de justiça).

Da mesma forma, classifica os ônus em absolutos ou relativos, sendo que aos primeiros o descumprimento exerceria certamente um prejuízo, já ao segundo o prejuízo causado pela inércia seria eventual ou incerto.

3.2. Situação jurídica processual ativa

Situação jurídica processual ativa, por sua vez, seriam aquelas que possibilitam aos seus titulares a realização de atos processuais que representem seus interesses ou que exijam de outro sujeito processual a realização de um ato que lhe beneficie e possibilite a busca de um resultado que lhe seja mais favorável. Essas se expressam na forma de faculdade ou poderes.

As faculdades são aquelas que permitem à parte uma conduta que represente integralmente sua vontade. É expressão do princípio da liberdade, inscrito na Constituição Federal em seu art. 5º, III, e que determina que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Assim como o ônus, as faculdades expressam unicamente interesses que são reservados aos litigantes e se subdividem em duas subespécies: faculdades processuais puras e não puras.

As faculdades processuais puras são aquelas que produzem efeitos reservados unicamente aos seus titulares sem atingir a outra parte. Já as não puras seriam as que atingem outros sujeitos inseridos na relação processual gerando efeito sobre a esfera do próprio julgador.

De forma semelhante, temos os poderes, os quais são caracterizados pela sua inerência aos ditames constitucionais de participação e defesa e que tem o condão de produzir efeitos certos sobre outras partes da relação jurídica processual. É premente, no entanto, se iluminar a posição do juiz, o qual tem poderes caracterizados como uma materialização do poder estatal de império e de decisão sempre atrelado a um dever inscrito no próprio ordenamento jurídico, podendo ser caracterizada a situação como um poder-dever.

4. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Das várias situações processuais, sejam passivas ou ativas, se desenha uma determinada dinâmica entre os sujeitos processuais que compõe uma relação. Essa dinâmica estabelecida é o que se determina como relação jurídica processual.

A imposição de uma vantagem, desvantagem ou um comando determinado para ação ou permissão é que impulsiona e torna próprio o caminho percorrido por um conflito a ser tratado no seio da jurisdição.

Ao se olhar a composição do instituto se percebe que o mesmo se compõe de três eixos semânticos que podem ajudar a esclarecer seu próprio significado: (i) relação; (ii) jurídica e (iii) processual.

Relação tem seu significado expresso como uma dependência ou ligação. É o vínculo que une dois elementos. A característica da relação é múltipla e diversa. A de natureza jurídica é aquela que seria regida por normas jurídicas estatais, tendo um condão de obrigação por sua essência imperativa, o que a difere de outras como as de natureza afetiva, cultural, v.g. E processual seria por se passar no âmbito dos atos processuais.

A relação jurídica processual poderia ser definida, no conceito clássico de Liebman, através de seus elementos como “sistema de vínculos regidos pelo direito que interligam os sujeitos do processo. Ou em palavras mais simples e igualmente expressivas, relação entre sujeitos do processo”.

Variados teóricos do direito se debruçaram sobre o tema da natureza jurídica do processo e a relação jurídica processual no decorrer do desenvolvimento da ciência processual. As bases fundantes desta teoria foram inscritas e determinadas por Oskar Von Bülow, em sua obra, datada de 1868, “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”.

Em seus ensinamentos, Bülow traz à luz, que do desenvolvimento do processo nascem duas relações distintas: a de direito material, determinada pela causa de pedir da ação, e uma relação de direito processual, estabelecida com o próprio processo entre o autor e o juiz e este e o réu, identificando o processo como uma relação jurídica distinta daquela outra, porque tem como objeto a prestação jurisdicional.

Nos ensinamentos deste doutrinador haveria uma incompreensão por parte dos teóricos da ciência processual em vislumbrar o processo sem o elemento de uma relação jurídica de direito público estabelecida, entre o juiz e as partes, se atentando somente à parte “tátil” dos atos progressivos e concatenados que caracterizam o procedimento.

Esse complemento é de fundamental importância, conforme afirma Luiz Rodrigues Wambier:

a noção de relação processual, tal como antes descrita, nasceu na Alemanha, na segunda metade do século passado. Foi de importância vital, tal qual o conceito de lide ou de objeto litigioso, para a concepção do processo como objeto de uma ciência autônoma, ou seja, para a sua independência epistemológica, já que antes disso o processo era visto como mero apêndice ou capítulo do direito material.⁵⁰

Há, portanto, evidente importância na adequada compreensão deste elemento inato à ciência processual e nos desdobramentos deste entendimento nos demais institutos de direito processual.

4.1 Características da relação jurídica processual

Superando a breve conceituação, é necessário que elenquemos parte das características que identificam a relação jurídica processual, podendo as separar em: autônoma, complexa, evolutiva e unitária.

Seria autônoma por ser distinta da relação jurídica material (ou substancial), fazendo a ressalva que essa característica não encontra consenso na doutrina. Essa separação seria resultado da abstração que rege a conceituação de relação jurídica processual e da qual é possível resultar uma relação processual apta de produzir efeitos de uma relação inválida ou nula, materialmente falando.

Outro ponto característico da relação seria a sua complexidade, uma vez que pela diversidade de direitos e obrigações potencialmente exigíveis, além de faculdades, poderes e ônus, que devem convergir para objetivo final da jurisdição. Ou seja, não se encerra o vínculo formado na relação de uma única vez, com a execução de um único ato. O que ocorre é que da execução de um ato nasce uma nova situação jurídica que origina a possibilidade de execução de outro ato, e assim sucessivamente até que se alcance a tutela jurisdicional pretendida, em tese. Por esta multiplicidade de possibilidades, a relação nascente não pode ser considerada simples, mas complexa.

Deste mesmo diagnóstico decorrente da multiplicidade de situações jurídicas que se sucedem é que se considera a relação jurídica como evolutiva. É por ser progressiva,

⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de processo civil*, Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 138

realizada em atos sucessivos, marchando de acordo com os procedimentos legais, que a relação evolui para alcançar seu fim.

Os atos processuais são relacionados para o fim desejado, qual seja, a sentença do juiz. Esta relação tem a propriedade de permanecer única até o seu fim, na jurisdição, mesmo que ocorram modificações subjetivas (das partes ou do juiz) ou objetivas (o pedido e causa de pedir).

4.1.2 Relação jurídica processual e modelo cooperativo

Nos remetendo à compreensão de processo decorrente dos princípios do devido processo legal e contraditório e sua base para o entendimento de procedimento e relação jurídica processual já desenvolvidos, é necessário tratar dos modelos tradicionais de organização processual e que determinam o comportamento dos sujeitos processuais desenvolvidos na arena processual.

A doutrina costuma tratar de dois modelos distintos decorrentes da base sociológica e histórica, resultados de um certo tempo e espaço, influenciadas pela base iluminista, no caso a civilização ocidental. São esses os modelos de processo dispositivo e inquisitivo, havendo, no entanto, divergências em torno de suas caracterizações as quais não se mostram pertinentes para o presente trabalho.

Assim sendo, em cada um desses modelos é atribuído a um sujeito processual um determinado papel a ser desempenhado para a o desenvolvimento e conclusão do processo com a entrega da tutela jurídica adequada e justa.

No modelo adversarial há um traço marcante de disputa, ou mesmo competição, no qual se vislumbra um conflito de adversários ante um órgão jurisdicional, com papel passivo, que cabe decidir a quem assiste razão.

No modelo inquisitorial, também chamado de não adversarial, há predominância da organização do aspecto da pesquisa oficial, havendo protagonismo do por parte do órgão jurisdicional.

Assim, percebe-se que a relação estabelecida em cada um desses modelos é marcada por uma diferença de cargas sobre os sujeitos do processo. No modelo adversarial

a maior parte da atividade seria desempenhada pelas partes, já no outro, há evidente carga sobre o órgão judicial.

De forma análoga, os modelos apresentados seriam divergentes na preponderância dos fundamentos ou princípios dispositivo e inquisitivo, sendo o primeiro marcante no modelo adversarial e o segundo no inquisitorial. Essa distribuição de papéis é dinâmica e quanto mais pender às partes, mais obediente ao princípio dispositivo o modelo tenderá. Já se houver uma sobrecarga sobre o papel desempenhado pelo julgador, mais afiliado ao fundamento inquisitivo será o modelo processual adotado.

A dicotomia adversarial-inquisitorial estabelecida no modelo é determinada, então, pelo papel desempenhado pela figura do juiz e a porcentagem de trabalho que é atrelada à sua figura, sem que se obtenha uma determinação matemática para essa divisão. Nas situações em que houver atribuição de poder ao magistrado, se mostrará os marcantes traços de “inquisitividade”. De forma idêntica, sempre que houver uma liberdade de ação e opção aos litigantes, estaremos diante de traços de “dispositividade”.

As diferenças de modelos, e portanto, da relação estabelecidas entre os sujeitos, já foi apontada como traço que distinguia o modelo de *common law* da *civil law*, com identificação do modelo inquisitivo como próprio do segundo e o adversarial do primeiro. Tal antagonismo também seria marcante nas divisões entre o processo penal e civil. Não há, no entanto, um consenso sobre tais conclusões, sendo mais sensato falar na manifestação de ambos os traços dentro da dinâmica estabelecida nos temas pertencentes a cada modelo processual analisado (v.g. instauração do processo, produção de provas, delimitação do processo litigioso, recursos e *etc.*)

Sobre o tema, recorreremos à lição de José Carlos Barbosa Moreira:

fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação de área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração.⁵¹

Como se pode constatar, não haveria, então, um modelo que fosse marcado pela pureza principiológica. Em verdade, a cada modelo seria possível atribuir uma variedade

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz. Temas de direito processual* – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53

de possibilidades de elementos que se filiem ora a uma tendência ou ora a outra sendo mais recomendável verificar, no modelo analisado, a predominância de uma delas.

Dessa constatação é que exsurge, permeado com os princípios constitucionais, o desenho processual que o modelo brasileiro determinou ser o mais adequado. É um modelo estruturado sobre os princípios do contraditório, do devido processo legal e da boa-fé processual. São esses princípios que determinarão a relação jurídica processual estabelecida e as situações jurídicas processuais a que os sujeitos processuais estarão atrelados.

Há, no entanto, a presença de outro princípio decorrente destes: o princípio da cooperação. Tal princípio já esteve implícito no sistema processual brasileiro, mas atualmente é consagrado expressamente no diploma processual civil e determina que, através do seu artigo 6º, todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si para que se busque a decisão de mérito justa e efetiva.

Esse princípio remodela a relação processual que se estabelece e coteja os traços adversariais e inquisitoriais redimensionando o contraditório, o qual passa a ser mais que o poder das partes de influir na decisão judicial. Há, assim, uma mudança com a inclusão do magistrado no rol dos sujeitos do diálogo processual, relegando ao passado a posição de espectador.

Essa mudança é de fundamental importância, uma vez que a própria condução processual deixa de contar somente com a vontade das partes ou ser determinada de maneira unilateral pelo juiz. O estabelecimento de uma condução dialogal e ativa emerge como um traço bastante próprio, dessa maneira.

Essa base dialogal se caracteriza como alicerce de uma base eficaz e célere exercido pelo juiz e ambas as partes. Tendo como resultado uma corresponsabilização pelo processo entre as partes e o julgador, que atua como participante ativo do contraditório.

Para melhor elucidar o presente ponto, Fredie Didier explica que:

Atualmente, prestigia-se no Direito estrangeiro mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal e, já com algumas repercussões na doutrina brasileira o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.⁵²

⁵² DIDIER Jr, Fredie. *Tópicos sobre a última reforma processual*. Revista de Processo. 2006. p. 76

Se mostra, de fato, necessária a adequação da atividade jurisdicional para um estado dinâmico, ao invés de estático, com a substituição de uma postura que espera manifestação das partes para atuação processual ou que se limita a uma atividade marcada pela fiscalização, devendo atuar como agente colaborador exercendo função gerencial.

4.2 Processo cooperativo e alteração das situações jurídicas processuais.

Com base nessa nova lógica que implica em um maior dinamismo do modelo cooperativo de processo, há uma iluminação ainda maior sobre o aspecto democrático subjacente do devido processo legal.

Essa mudança de paradigma é determinante na imposição de novas situações jurídicas processuais aos sujeitos que compõe uma relação jurídica processual. Essa mudança afeta não somente as partes, mas também alcança o representante do órgão jurisdicional.

Reinhard Greger, ao tratar sobre o tema, aduz que:

O princípio da cooperação parte de uma compreensão fundamental da ciência processual moderna: o processo civil trata de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais (...) mas também oferece base para deveres processuais e ônus das partes e, o que é frequentemente negligenciado, do juiz.

(..) a compreensão correta da cooperação, em relação ao papel do juiz, significaria que este não tem que conduzir o processo passiva nem autoritariamente. Ele deve se comportar, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível. Para as partes, o princípio da cooperação não significa que elas devam oferecer o seu processo em íntimo companheirismo – essa seria uma utopia alienígena, como critica corretamente Leipold e, também, como esclareceu o defensor mais determinado de semelhante princípio, Wassermann. Adequadamente compreendida, a exigência de determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dela participem⁵³.

⁵³ GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. KOCHEN, Ronaldo (trad.). Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 126

Há então de se observar que a cooperação atua para evitar a ilicitude de condutas que contrariem a obtenção do resultado final pretendido, garantindo uma eficácia normativa e o processo leal.

Para tanto, o modelo cooperativo se desdobra em quatro pilares essenciais: (a) o dever de prevenção, (b) dever de esclarecimento, (c) dever de auxílio às partes e (d) dever de consulta.

O dever de prevenção significaria o cabimento por parte do magistrado em apontar para as partes as “deficiências” processuais para que haja o devido saneamento das mesmas, *v.g.*, a apresentação de emenda à inicial, e vale de forma genérica para as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser atrapalhado pela utilização maliciosa ou inadequada do processo.

O dever de esclarecimento, que reside na obrigação do juiz de estar à disposição das partes para sanar dúvidas que possuam sobre questões, alegações, pedidos ou posições em juízo, com o objetivo de evitar percepções que possam a vir se mostrar equivocadas. É o caso do não indeferimento de petição inicial ante um pedido ou causa de pedir que se mostre obscura, sem antes solicitar informações complementares ao demandante.

O dever de auxílio se resume aquele no qual o juiz deve auxiliar as partes, no exercício de seus ônus ou deveres processuais de forma a equilibrar a relação processual, sendo recorrente a determinação expressa da distribuição dinâmica do ônus da prova como exemplo.

E, por fim, o dever de consulta que traduz a concepção que o juiz deve estar disposto a ouvir as partes, nas questões, de fato ou de direito, que interferirão no julgamento da lide afinal, sendo, em verdade, decorrência do próprio dever de esclarecimento.

Observa-se do destrinchar do princípio da cooperação o surgimento de uma série de deveres que são imputados às partes e, mais acentuadamente, ao juiz. O que se insere como uma alteração na própria dinâmica da relação processual que se impõe através de uma nova situação jurídica observada.

Frisa-se ainda que a participação efetiva do magistrado, não fere sua isonomia, uma vez que, na cooperação, os deveres são recíprocos e todos os agentes do processo são protagonistas de sua própria condução.

4.3 Relação jurídica processual tríplice

Conforme observado, hoje é preponderante e inclusive previsto em nosso ordenamento o dever do representante estatal fazer efetivamente parte da construção do contraditório, com a inclusão de uma série de deveres a que deve observar no curso do procedimento.

A doutrina então constitui como um postulado que a relação jurídica processual se estabelece em um diálogo entre demandante, demandado e juiz.

A princípio, em um momento anterior, pode-se dizer que haveria uma bilateralidade entre o demandante e o juiz, mas, com a citação, necessariamente se verifica a gênese de uma relação triangular.

Há, no entanto, uma divergência se essa relação seria triangular ou angular.

Explica-se tal dúvida facilmente pela adoção de esquemas geométricos para fins didáticos. No caso da relação triangular, haveria um constante diálogo entre juiz-demandante, juiz-demandado e demandante-demandado. Segundo esta teoria, autor, réu e juiz vinculam-se direta e reciprocamente, nem mesmo precisando do juiz para intermediar a relação entre partes. É representada por grandes nomes do Direito Processual, como Bülow, Wach, Chiovenda e Calamandrei, entre outros, sendo a teoria majoritária.

Na relação angular a relação seria sempre juiz-demandante e juiz-demandado. A comunicação entre demandante e demandado seria sempre mediada pela figura judicial no intercurso das situações processuais, uma vez que esta representa o poder estatal e as partes estariam submetidas à sua soberania, fazendo com que elas obtivessem direitos e deveres voltados sempre ao juiz. Sua concepção é atribuída a Hellwig.

Os esquemas, no entanto, convergem em uma mesma situação que é necessário ser explicitada, qual seja a de sujeição de demandante e demandado à figura judicial. Havendo um aparente contrassenso que se estabeleceria na relação com a preponderância da figura judicial e uma possível incompatibilidade com o determinado pelo princípio da cooperação e do contraditório.

Há, assim, a necessidade de que se cinda esse entendimento se remetendo à característica dinâmica da relação processual. Esta se mostra equilibrada durante o diálogo processual, mas assumiria outra posição no momento de produzir o bem final da tutela jurisdicional.

Fredie Didier Jr. explica a melhor compreensão do fenômeno para manutenção da ideia equilibrada de relação processual ao dispor sobre uma análise dúplice: a primeira na construção dialogal e a segunda na definição da decisão.⁵⁴

Superado esse ponto, é preciso reforçar que na doutrina brasileira há uma preponderância da adoção da teoria triangular principalmente ante a possibilidade de as partes, no curso de eventual ação judicial, entrarem em acordo sobre a suspensão do processo, por exemplo.

O novo código de processo civil, por seu turno, ainda reforça a ideia de diálogo entre demandante e demandado ao introduzir os chamados “negócios jurídicos processuais” bilaterais.

Com a introdução desse novo instituto, seria defeso às partes convencionarem sobre a disposição de situações jurídicas processuais e alterarem o procedimento, estando o juiz circunscrito a análise de sua legalidade ou imposição de cláusulas que desequilibrem de sobremaneira a relação processual estabelecida maculando o caráter democrático e de boa-fé processual.

Outra menção a ser feita diz respeito à possível multiplicidade de partes. A relação jurídica processual se estabelece por no mínimo um demandante, um demandado e um juiz. Mas não há qualquer impedimento para que se configure litisconsórcio passivo, ativo ou bilateral, por exemplo.

⁵⁴ “Não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder. Em um processo autoritário/inquisitorial, há essa assimetria também na condução do processo” DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. Salvador: Jus podivm. 2013. p. 94

4.4 A relação jurídica processual pertencente à área do direito público.

Se a relação entre os sujeitos processuais se baseia em permanente diálogo e em um vínculo que visa a solução de um determinado desfecho, a princípio pode-se supor que esta se remeteria à seara privada.

Era este o entendimento dominante no Direito Romano. Por entender que a relação estabelecida seria uma subespécie de contrato, havendo uma verdadeira subserviência das partes para a prática dos efeitos de uma determinada sentença.

De modo semelhante, outros doutrinadores antigos como, por exemplo, Kolher entendiam estar a relação processual na seara do direito privado, já que se desenvolveria entre as partes, sem a participação do juiz. Outros juristas como Ferrara e Mortara, na Itália, e Kremer, na Alemanha, achavam que a relação jurídica processual continha duas relações, uma entre as partes, de direito privado e outra entre as partes e o juiz, relação esta que se daria no campo do direito público. Essas duas correntes encontram-se superadas.

Com a evolução da ciência processual, tal entendimento privatista acabou por ser superado e não mais encontra coincidência com lógica contratual. De fato, a relação jurídica processual é tida como pública por ser o processo expressão de uma função estatal, a função jurisdicional.

Desta maneira, o juiz, no curso do processo, age em nome do Estado, não se inserindo no conflito com as partes, exercendo autoridade soberana e, logicamente, deixando as partes em estado de sujeição.

A relação entre o juiz e as partes seria tipicamente de direito público independente do conteúdo material debatido.

Dinamarco é categórico ao afirmar que “A relação é de direito público ainda que seja privada a relação substancial controvertida: assim, tanto é pública a relação processual penal como a trabalhista ou a civil, ainda que, com referência particular a esta, a pretensão deduzida seja de caráter privado (obrigações, coisas, etc.)”⁵⁵

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel e outros. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Malheiros, 13ª edição, p.294.

4.5 Processo civil de interesse público e a relação jurídica processual coletiva

Para além do entendimento anteriormente exposto, mais ainda adentrando na explanação sobre a natureza das relações jurídicas processuais, as ações coletivas inauguram outra acepção para o mesmo vocábulo, não inerente ao processo e a relação processual em si, mas ao interesse que dele emergem no tratamento de conflitos transindividuais, em contraposição aqueles tratados nas lides acerca de interesses individuais e outros.

Não se trata de uma oposição entre direito público e privado, definido principalmente pela presença do Estado, mas sim do conceito de público em oposição ao individual, pertencente assim a uma generalidade de grupos e pessoas.⁵⁶

Desta maneira, há, por parte dos estudiosos do processo, um reconhecimento de que em determinados temas levados ao judiciário, por sujeitos autorizados pela lei, se elevaria um conteúdo de interesse mais amplo que aquele defendido na relação estabelecida nos autos.

O que se observa, deste modo, é uma desnaturação da relação processual usual nas quais as consequências resultantes do exercício ou omissão em uma situação jurídica processual é suportada somente pela parte que deu causa. O objeto da lide teria em si um conteúdo mais amplo e a relação estabelecida seria cotejada por um interesse que extrapola o processual, chegando ao interesse público na acepção primária.

Para uma melhor conceituação, recorremos ao ensinamento de Marcelo Alexandrino que conceitua interesses públicos primários como “interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos”⁵⁷

⁵⁶ “A expressão interesse público, nos moldes proposto, embora não seja usual na doutrina brasileira, encontra amplo respaldo na literatura jurídica norte-americana. Nos Estados Unidos as expressões *public interest law* e *public interest litigation* são bastante usuais para designar aquelas situações nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição àquelas normas de interesse individual. Algumas vezes a doutrina norte-americana, com maior amplitude, usa essas expressões para indicar também a advocacia em defesa dos necessitados e a defesa de interesses minoritários na sociedade (...) esta diferenciação justifica-se a medida em que traz implicações profundas nas atividades exercidas em processo dessa espécie, conduzindo à necessidade de uma correspondente diferenciação metodológica na análise dos problemas jurídicos implicados.” SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público* In SALLES, Carlos Alberto. *Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 41.

⁵⁷ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2010. p. 187.

Nesse diapasão, é possível perceber como a relação jurídica estabelecida na seara processual ascenderia a outro patamar quando estão em análise conflitos de interesses transindividuais.⁵⁸

Tal entendimento é basilar para a compreensão que atrela o acesso à justiça e as ações coletivas e a repercussão desta nova compreensão de processo, sob a influência do princípio da cooperação inclusive, sobre toda a teoria da relação jurídica processual.

4.6 O juiz e a relação jurídica processual estabelecida nos conflitos de ordem coletiva.

Conforme aventado anteriormente, o juiz é um sujeito processual inerente à relação jurídica processual estabelecida. Na seara coletiva seu papel não se torna de menor relevância, pois caberá ao mesmo a missão, assim como nos conflitos individuais, de desempenhar um papel horizontal durante o contraditório, mas vertical (papel imperativo) ao materializar a vontade do Estado-juiz por meio de sua decisão.

A reflexão imposta, ante o panorama ilustrado é justamente sobre o peso conferido ao juiz no exercício das situações jurídicas processuais que se sucedem nas causas que versem sobre conflitos não individuais e com interesses que se configuram como de interesse público.

Em uma relação individual, entende-se que há uma necessidade de prezar pelo equilíbrio processual entre as partes, visando justamente a preservação do princípio da paridade de armas e a integridade do contraditório.

Mas diante de uma relação que extrapole essa configuração clássica do modelo individual de litigância, os poderes-deveres do juiz ganham maior dimensão? Ou mantem-se idênticos àqueles exercidos nos conflitos individuais?

⁵⁸ “Trata-se, na verdade, do verdadeiro reconhecimento de uma necessária ampliação das funções jurisdicionais para apreciação de interesses que permaneciam subrepresentados na sociedade, os quais, sem essa abertura da justiça cível, quedar-se-iam sem a devida representação. Assim, a conservação do meio ambiente, o equilíbrio das relações de consumo ou simplesmente a estabilidade das relações contratuais, embora relacionados com interesses maiores no sistema político e jurídico, por suas características, são precariamente defendidos. As chamadas ações coletivas vieram preencher essa lacuna.” SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público*. In SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 57.

Para que se encontre a resposta mais adequada a essa indagação é necessário investigar os papéis exercidos pelos sujeitos processuais na dinâmica processual para que se possa concluir sobre a existência de uma alteração do “peso” judicial nos conflitos característicos da tutela coletiva.

4.6.1 A relação jurídica processual e o Direito Coletivo

Tendo elencado a lógica que estabelece o significado de processo e entendendo este como uma expressão dúplice de procedimento e relação jurídica processual é necessário contrapô-lo ao contexto do sistema coletivo.

As situações jurídicas processuais dão conta das possibilidades de estabelecimento de estados transitórios entre os sujeitos processuais. Mas tal quadro geral ganha outros contornos se analisarmos no contexto das ações coletivas.

O próprio conceito de situação jurídica processual é resultado de uma ciência processual que é ancorada na pesquisa e desenvolvimento do processo individual. Observar elementos como a faculdade e ônus, por exemplo, em um contexto puramente individual e extrapola-lo na seara coletiva não parece a maneira mais adequada de interpretação de tal fenômeno.

A doutrina mais abalizada, da qual emerge como expoente Cappelletti, preceitua que a moldagem de institutos tradicionais do processo civil não implica na superação de esquemas clássicos, mas a convalidação destes princípios a uma nova realidade, como condição para uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos metaindividuais.

Ao se imaginar as expressões de coletividade, sob o prisma da vontade e sujeição destas às consequências geradas por suas ações e omissões é perceptível sua intersecção com a discussão acerca da legitimidade.

A legitimidade para proteção dos interesses coletivos não consegue sua definição a partir prisma da titularidade, pois estes direitos são, muitas das vezes, indivisíveis e fluidos, sendo afetos a um grupo, comunidade ou sociedade, que pode ou não ser determinável, a depender da espécie de direito objeto do litígio.

O modelo brasileiro de direito coletivo é considerado um dos mais avançados do mundo, mas ainda encontra dificuldade em um consenso sobre o tema da legitimidade na propositura da ação coletiva.

Sem o fito de aprofundar-se no tema da legitimidade e representação processual, o qual será debatido em tópico próprio, são diversas as teorias que tratam do assunto.

A legitimidade pode essencialmente se dar duas formas: com a predeterminação de atores autorizados por lei ou por uma avaliação da capacidade de representação de um demandante na seara processual pela autoridade judicial.

A identificação dos autorizados a litigar em nome de uma coletividade é fundamental para a definição da relação jurídica processual que se construirá em torno do debate de um direito individual homogêneo, coletivo ou difuso. A eleição de um critério ou outro é determinante para que se mantenha íntegro a face democrática do processo e que este possa alcançar a potencialidade que a defesa molecular de direitos propicia.

A escolha dos indivíduos representantes da coletividade é fruto de um intenso debate sócio-político e também cultural, demonstrado pela adoção de diferentes modelos adotados nos países que tem um modelo de litigância coletiva estruturado. Essa escolha pode se dar de três formas: pública, privada e mista.

A forma será pública caso seja exclusiva dos órgãos governamentais. Será privada, se a sociedade civil, organizada em torno de entidades ou por pessoas físicas, é autorizada a defender direitos coletivos; será, por fim, mista, quando não há exclusividade de nenhuma das formas anteriores, havendo convivência de sujeitos processuais de ordem pública e privada.

O modelo adotado pelo legislador brasileiro se filiou a opção mista ao prever a possibilidade de legitimidade para entidades públicas e a entes privados. Sendo este um modelo que, de forma patente, representa a personificação do ideal democrático de processo ao autorizar a tutela de interesses coletivos por uma multiplicidade de atores, sem adoção de um critério que possibilite a exclusão e mitigando efeitos que uma opção publicista ou privatista imponham ao modelo processual.

A adoção de um modelo misto é fundamental para o aproveitamento de diversos seguimentos da sociedade civil e da administração pública em uma junção de esforços visando a tutela de interesses coletivos de forma dialogal e, portanto, antiautoritária.

Dessa forma, não há empecilho a eleição desse modelo, com uma face pluralista, como a técnica mais adequada por intensificar as possibilidades de alcance da tutela jurisdicional sobre os conflitos de ordem coletiva.

O modelo processual brasileiro atribuiu, assim, a legitimidade ao Ministério Público, a União, aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal, às entidades e aos órgãos da administração pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, à Defensoria Pública e às associações que, em regra, estiverem constituídas há pelo menos um ano, conforme o art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública e o art. 82, do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁹

Com a predeterminação de atores capacitados para atuar na resolução de conflitos que se instaurem no âmbito coletivo, o modelo processual brasileiro ganha em previsibilidade, ao mesmo tempo em que cerra parte da abertura ao cidadão em apoderar-se das possibilidades de defesa coletiva de interesses transindividuais.

A previsibilidade adotada converge no sentido de garantir ao sistema processual coletivo a integridade e coesão necessárias já que lidam com interesses que interferem nas esferas de direitos de pessoas determinadas, determináveis e mesmo aquelas indeterminadas.

Sob o prisma da imposição de situações jurídicas processuais aos sujeitos processuais como responsável pela marcha processual, ao restringir a determinadas figuras a possibilidade de representação processual é possível se aferir a prudência do legislador pátrio.

A preocupação em voga seria justamente sobre a capacidade destes eleitos em suportar as responsabilidades inatas ao modelo coletivo, já que este é complexo, dispendioso e demanda, em grande parte dos casos, conhecimentos técnicos.

Ao dispensar uma notável atenção aos representantes da administração pública o legislador busca mitigar parte dos possíveis efeitos da litigância coletiva supramencionados, uma vez que a estruturação de órgãos que contem com apoio técnico por parte do poder público se mostrou bastante factível.

⁵⁹ Há, ainda, especificidades, em alguns casos, como o dos mandados de segurança coletivo, nos quais são legitimados os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, entidades sindicais e de classe, além das associações, conforme o art. 5º, LXX, da Constituição Federal. De forma análoga, no mandado de injunção coletivo, a legitimidade é atribuída ao Ministério Público, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, à Defensoria Pública, aos sindicatos e associações (art. 12, Lei 13.300/2016).

Nesse sentido, inclusive, tanto Ministério Público quanto a Defensoria Pública se mostram modelos do comportamento adotado pelos legitimados públicos, já que houve a instituição de núcleos para o tratamento e especialização nestas instituições, bem como a previsão de cargos de apoio de especialistas que não sejam da área do direito e que auxiliam no desenvolvimento das disputas travadas na seara judicial e extrajudicial.⁶⁰

No outro espectro das possibilidades dos legitimados, o legislador e a jurisprudência buscaram tornar a defesa coletiva de direitos transindividuais por parte de entidades da sociedade civil sempre afetas a sua expertise para também mitigar efeitos perniciosos de uma possível atuação falha de um potencial legitimado que se mostre inadequado.

Desta forma, é possível extrair, das opções adotadas pelo modelo processual coletivo brasileiro, que houve uma preocupação quanto a possibilidade de os sujeitos processuais, envolvidos em um embate na seara coletiva, conseguirem arcar com os ônus e faculdades impostos no interregno da relação processual estabelecida e de exercer os poderes e deveres nessas mesmas situações.

4.6.2 A relação jurídica processual na seara coletiva e a arena judicial

A relação processual estabelecida na seara coletiva é bastante própria e não se encaixa no modelo clássico predominante no meio jurisdicional no qual se tem a lógica

⁶⁰ Sobre a referida adequação ao modelo: “A atuação da Defensoria Pública em sede coletiva implica novo arranjo institucional, inclusive, conforme já assinalamos em outros momentos, a ponto de determinar a superação de um “modelo clássico” de Defensoria Pública, centrado basicamente na atuação criminal e em algumas matérias civis de natureza individual (como, por exemplo, nas ações de direito de família), rumo a um “modelo contemporâneo” de Defensoria Pública, consagrado especialmente por meio da EC n. 45/2004 e da LC n. 132/2009, onde um leque muito maior de atribuições – basta olhar a nova redação do art. 4º da LC 80/94 – foi conferido à instituição. Isso reflete na própria estrutura organizacional da Defensoria Pública, uma vez que a atuação coletiva deve ser incorporada, provocando as mudanças estruturais necessárias a que seja dada vazão a esse novo perfil institucional. Juntamente com a atuação coletiva promovida individualmente pelo Defensor Público, torna-se fundamental a criação de Núcleos Especializados no âmbito institucional, permitindo a otimização, racionalização e especialização da atuação coletiva nas diversas áreas temáticas existentes e atendendo aos diversos grupos sociais necessitados ou vulneráveis (consumidor, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, idosos, habitação e urbanismo, proteção ambiental, entre outros e outros) (...) De igual maneira, a atuação temática possibilita maior articulação com a rede da sociedade civil organizada e os movimentos populares que militam em tais áreas. Tudo isso, a nosso ver, permite uma atuação (ou litigância) estratégica com maior impacto social, em especial pelo prisma de uma atuação extrajudicial preventiva, o que não impede, por óbvio, o ajuizamento de ações judiciais onde não se fizer possível a resolução extrajudicial dos conflitos de natureza coletiva.” FEINSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos necessitados*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 172.

bilateral, uma vez que há interesses ou conflitos policêntricos, com relevante valor político e social.

Não se confunde direitos policêntricos com uma plurilateralidade. Na verdade, aquele não está diretamente ligado ao número de possíveis litigantes, mas sim com os efeitos que um conflito dessa ordem impacta na sociedade.

É dessa concepção que emerge o entendimento de não ser o Judiciário o melhor espaço para que se desenvolva um conflito que se subsuma a uma lógica não comutativa, no qual impere os valores de quem perde, não ganha.

Daniela Monteiro Gabbay, em sua dissertação de mestrado, é assertiva ao afirmar que:

Em grande parte das vezes, o foro mais adequado para a sua resolução [de conflitos coletivos] acaba sendo aquele que detém menos amarras institucionais para se fomentar e implementar políticas públicas, que dependam de novas previsões orçamentárias, e da fiscalização constante da efetividade de medidas adotadas, daí a corrente exclusão do Judiciário desse contexto de justiça distributiva, e a alusão que se faz à separação de poderes, inércia jurisdicional e falta de representatividade popular (típica de instituições majoritárias) como obstáculos à sua ingerência em questões desta natureza.⁶¹

A aparente inadequação do Judiciário decorre justamente do modelo processual adotado que tem como base o desenho de litigância individual com a imposição de um procedimento norteado justamente por essa lógica na qual uma parte perde e a outra, correlativamente, ganha.

Com o reconhecimento da dimensão dos direitos coletivos, principalmente a partir dos anos 80, seria de se supor que estes, de alguma forma, seriam levados à tutela judicial, mesmo que sob a pretensão de visibilidade para pressão em esferas diversas. O Judiciário passa a exercer, então, o papel de arena para discussão e racionalização de interesses traduzidos em linguagem própria do meio jurídico e garantidos sob o manto dos princípios inerentes ao procedimento judicial.

Nesse contexto, de alteração e ressignificação do meio jurisdicional, é que se constrói a necessidade de reformulação do modelo processual brasileiro para recepção de conflitos policêntricos sem se furtar dos objetivos concorrentes que os sujeitos processuais

⁶¹ GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. 2007. p. 65

possam desempenhar em outras esferas de conflito, como a administrativa ou mesmo a midiática.

Para alcançar tal objetivo, é fundamental que investigue as causas que levam a possíveis defeitos na prestação jurisdicional dos conflitos coletivos, como ao lidar com políticas públicas, ou mesmo com o distanciamento do processo judicial da realidade social, altos custos judiciais, e complexidade de implementação de políticas globais. Para enfrentar esses e outros problemas que emergem é que o Judiciário deve assumir o papel de avaliação do meio mais adequado para a resolução de conflitos de dimensão coletiva.

É nesse sentido que a doutrina mais moderna trilhou caminhos para a definição do chamado contencioso social, o qual se caracteriza por um novo modelo litigioso capaz de reclamar direitos expressos em lei ou decorrentes de valores consagrados no seio da Constituição Federal.⁶²

O contencioso social lida com bens, em sua maioria, indivisíveis e que não encontrarão no estrito contraditório usual a melhor forma de se desenvolver no curso do processo, sendo preponderante a observação de sujeitos externos à relação processual que possam auxiliar na solução do conflito coletivo trazido à baila. Para alcançar tal objetivo, poder-se-ia abrir a participação para outros interessados, na qualidade de *amici curiae*, que podem agregar outras visões, representando outros interesses de segmentos diversos da sociedade.

Outra característica desse modelo proposto também é mitigação do império da preclusão sobre o procedimento, com conseqüente papel pró-ativo do juiz na definição dos caminhos que o processo for desenhando, com o objetivo maior de buscar a tutela específica, ao invés de uma tutela de natureza reparatória.

Novamente nos reportando à Daniela Monteiro Gabbay:

Marcos Paulo Verissimo sustenta que várias das alterações recentes no âmbito da justiça e do processo civil brasileiro podem ser compreendidas como reações institucionais à transformação material ocorrida nos tipos de litígio judicializados, que deixam de referir-se apenas a questões de justiça retributiva e passam cada vez mais a envolver litígios de justiça retributiva, o que propicia a passagem de um modelo de adjudicação de direitos subjetivos para um modelo de gestão de interesses. Sobre esta expansão do papel Judiciário, este autor analisa críticas de três categorias: críticas de legitimidade (fundamentada principalmente no postulado de separação de poderes), crítica institucionalista

⁶² FISS, Owen. *As formas de justiça*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord. Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp.25-104.

(muito comum em países em desenvolvimento, que buscam o aumento da previsibilidade das decisões judiciais para evitar a insegurança institucional no âmbito econômico, e propiciar assim atração de investimentos) e a crítica instrumental, sobre qual se detém mais detalhadamente, que consiste na incapacidade de o órgão judiciário lidar com conflitos políticos em face do aparato instrumental para esta tarefa.⁶³

Torna-se perceptível, então, que os conflitos fortemente marcados por um traço de relevante interesse social acabam não encontrando no atual modelo de processo judicial os aparatos necessários para que possam ser adequadamente atendidos. E essa conclusão é decorrente justamente do entendimento do modelo adotado como um instrumento de implementação de direitos subjetivos (característico de uma estrutura judicial própria de um modelo comutativo e decorrente de um modelo marcadamente liberal).

Essa mesma situação de inadequação já foi sentida em outros modelos judiciais pelo mundo, e, cada um a seu turno, buscou enfrentar e solucionar com as ferramentas sistemáticas que estavam a sua disposição.

Um dos casos mais referenciados sobre o impacto do tratamento dos interesses difusos e coletivos nos sistemas judiciais é o *leading case Brown vs Board of Education*, que, na década de 50, teve um impacto estrutural⁶⁴ nos Estados Unidos.

Neste caso se tratou da reorganização do sistema educacional norte americano ante o reconhecimento da ilegalidade de manutenção de uma organização calcada em um racismo institucional. Nesse julgado, a Suprema Corte norte americana reconheceu a inconstitucionalidade daquela situação e promoveu uma verdadeira e profunda revolução estrutural com significativo impacto social sob o prisma de um “processo judicial de

⁶³ GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*, Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Usp, São Paulo, 2007. p. 69. Em referência à VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos coletivos de justiça distributiva no Brasil: O processo judicial pós- 1988*. Tese de doutorado apresentada na faculdade de Direito da USP, São Paulo, janeiro/2006, pp. 19 e 76.

⁶⁴ Explica Fredie Didier Jr. acerca da decisão estrutural: “A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois aquela busca implementar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo a que ela se constrói é chamado processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.”. DIDIER JR. Fredie. *Notas sobre as decisões estruturantes*. Texto disponível em https://www.academia.edu/34215122/Notas_sobre_as_decisões_estruturantes. Acessado em 11.12.2017.

caráter estrutural”⁶⁵.

Imaginando-se o sistema clássico, o papel exercido pela Suprema Corte seria bastante limitado, cabendo ao Executivo e Legislativo a promoção de medidas para corrigir a ilegalidade que passou a ser patente. Mas, enxergando as limitações sociais da época, coube ao poder Judiciário ter papel ativo na construção das saídas daquele estado inconstitucionalidade em diálogo com os demais poderes visando a resolução de um litígio complexo.⁶⁶

É justamente analisando a situação imposta que Owen Fiss aponta a mudança no papel exercido pelo juiz nas relações jurídicas processuais coletivas, nas quais se verifica um interesse social intenso, havendo a necessidade deste garantir a concreta aplicação dos direitos e valores previstos no corpo legal, havendo então uma postura institucional ativa e decorrente da sua posição e prerrogativas tanto internamente quanto externamente, na relação entre os sujeitos processuais e os grupos atingidos por sua decisão.

Nesse sentido, colacionamos importante trecho da obra de Fiss:

“Os juízes da Suprema Corte enfatizaram seu comprometimento contínuo com Brown e reconheceram a abrangência da reforma exigida (...) O processo continuou e, em tempo, as lições aprendidas com a eliminação da segregação nas escolas foram transferidas para outros contextos: para proteger as pessoas e seus lares dos abusos da polícia, para concretizar o ideal de tratamento humano nos presídios e hospitais, para assegurar o devido processo procedimental na

⁶⁵ FISS, Owen. As formas de justiça. In: Um novo processo civil: estudos norte americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. SALLES, Carlos Alberto de (Coor. Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

⁶⁶ Acerca do vocábulo “litígio complexo”, a doutrina entende que este se refere à situações em que há colisão de múltiplos interesses sociais tutelados pelo ordenamento, havendo referência expressa no pensamento de Edilson Vitorelli, ao cuidar dos por ele denominados litígios de difusão irradiada: “Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente.” LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Repercussões do novo CPC*. In ZANETTI JR, Hermes *processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 97-98

administração do bem-estar social e para equilibrar os gastos nos sistemas educacionais do Estado.”⁶⁷

Com a experiência adquirida do tratamento de um caso paradigmático foi possível a adoção de uma série de inovações procedimentais implicando em um resultado que transcendeu em muito a relação material estabelecida, definindo novos contornos inclusive sociais.

A possibilidade de diálogo do magistrado com as partes e com a sociedade, a necessidade de obediência ao sistema legal e a sua posição neutra e imparcial possibilitam ao representante judicial um julgamento preenchido pelos valores legais e sociais para preservação da moralidade pública.

Outro doutrinador que se volta para essa alteração do papel judicial nos processos de natureza coletiva é Abram Chayes⁶⁸, o qual analisa a inaptidão do modelo contencioso clássico para aqueles conflitos que extrapolam o interesse antagônico de duas partes.

Assim, o modelo de conflitos que tenham em sua essência temas de repercussão em políticas públicas e nas searas coletivas devem, para esse importante professor norte-americano, ter um tratamento diferenciado e um procedimento que se adeque a uma figura gerencial do magistrado na busca da tutela mais efetiva em análise do caso concreto.

É notável que tal entendimento, apesar de fundado em profunda reflexão e estudo, não se encontra pacificado. Em verdade, para Lon Fuller, por exemplo, em conflitos dessa ordem, no qual emergem interesses diversos aqueles possíveis de reduzir na estrutura processual, além do entendimento esposado por Chayes, ainda seria defeso ao magistrado a aplicação destes ao modelo clássico processual com a acomodação do procedimento à natureza do problema em questão e conseqüente reformulação do problema possibilitando uma adequação aos limites e formas deste modelo, bem como seria possível ignorar a natureza diversa e produzir uma decisão tipicamente impraticável.

Percebe-se a dificuldade imposta ao modelo processual e ao Estado para atender de forma íntegra e plena os conflitos dessa ordem, seja com a variável da forma de atenção, o que acaba implicando na ausência de expertise e previsibilidade no processamento de uma

⁶⁷ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. SALLES, Carlos Alberto de (Coor. Trad). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28

⁶⁸ O ensaio de Chayes é celebre e trata de forma ampla sobre o tema. Para maiores informações: CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review. Vol. 89. Nº 7. 1976.

causa coletiva, como ainda se tornam evidentes os limites desse modelo para atender às pretensões coletivas deduzidas em um contexto de contencioso social.

CAPÍTULO V – OS PODERES DO JUIZ NAS AÇÕES DE TUTELA COLETIVA

1. BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a introdução de conceitos fundamentais para o entendimento da posição do juiz na dinâmica estabelecida na relação processual, bem como com a determinação das situações jurídicas processuais como reflexo do exercício da própria garantia do contraditório e da ampla defesa, sob o prisma do papel atípico nas demandas de viés coletivo, pode-se aprofundar na situação jurídica que é própria do sujeito processual analisado, qual seja o juiz.

Para tanto, é importante ainda atentar sobre as possíveis repercussões trazidas no novo diploma processual, introduzido em 2015, em contraposição com as possibilidades aventadas pelos estudiosos do direito coletivo em inovações legislativas anteriores, como o “Código Modelo” e o “Código Brasileiro de Processo Coletivo”, iniciativas capitaneadas por Antonio Gidi e Ada Pellegrini Grinover, respectivamente,

Para tanto, com base nas premissas anteriormente estabelecidas, pode-se adentrar nas possibilidades próprias do processo coletivo, pelas particularidades afetas a seu procedimento.

2. OS PODERES DO JUIZ NO NOVEL DIPLOMA PROCESSUAL

O Código de Processo Civil em vigência disciplina, em seu art. 139, elenca os poderes do juiz na condução processual, previsão que também era dada pelo art. 125 do CPC/1973. Observa-se na atual redação sensíveis mudanças, que são patentes ao se observar o acréscimo de incisos em comparação com o dispositivo análogo anterior.

Inserindo-se na análise de cada uma das determinações legais, fica expressa o dever do juiz em assegurar às partes igualdade de tratamento, nos termos do art. 125, I, do CPC/1973 e repisado no art. 139, I, do Novo Código de Processo Civil.

Já no inciso II, encontramos apenas uma mudança na redação, não substancial, em relação ao art. 125, II, do CPC/1973, que faz referência à previsão constitucional de razoável duração do processo, inscrita no art. 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal.

O inciso III reprisa a necessidade de intervenção judicial para coibir e prevenir atos que atentem contra a dignidade da justiça, inclusive no que se refere a prática de atos que tenham a intenção de retardar o andamento processual.

No inciso seguinte não há necessariamente um acréscimo, mas uma alteração topológica, que anteriormente também estava prevista no CPC/1973. Trata-se da consagração das formas atípicas de execução, as quais serão melhores trabalhadas no capítulo subsequente. A interessante alteração cessa uma dúvida atrelada ao exercício do CPC/1973 que, para parte da doutrina e jurisprudência, não operaria a atipicidade das formas de execução para os casos de pagamento de quantia certa, situação que não encontra a mesma resistência com o deslocamento para a previsão geral dos poderes incumbidos ao juiz.

Já o inciso V do artigo em comento trata do princípio de promoção da autocomposição, com previsão de para operação em qualquer tempo, com preferencial auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Tal alteração atualiza a previsão do art. 129, IV, do CPC/1973.

O inciso VI trata da possibilidade de dilação de prazos processuais e alteração de ordem na produção dos meios de prova, com o objetivo destes responderem as necessidades da demanda judicial e atenderem ao objetivo de alcançar uma tutela efetiva.

Por sua vez, o inciso VII prevê o cabimento do poder de polícia, com a requisição de força policial, além da segurança interna de fóruns e tribunais, sendo afeto à administração dos trabalhos forenses e não ao plano processual propriamente dito.

Em continuidade, o inciso VIII incumbe ao juiz determinar o comparecimento das partes, a qualquer tempo, para inquiri-las sobre fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confissão.⁶⁹

⁶⁹ Daniel Amorim Assumpção Neves levanta-se em crítica acerca das consequências do disposto: “Trata-se à evidência do interrogatório que aparentemente foi extinto pelo Novo Código de Processo Civil, transformando qualquer oitiva das partes, provocada pelas partes ou determinado de ofício pelo juiz, em depoimento pessoal. E no depoimento pessoal naturalmente haverá confissão. Fica o mistério se o dispositivo legal ora analisado manteria o interrogatório no sistema processual cível, quando a vontade do legislador ao

O inciso IX, por sua vez, também trata do reforço de um princípio, qual seja o da cooperação, sob o prisma da atuação judicial no saneamento de imperfeições de caráter formal, com a possibilidade de determinação de suprimento de pressupostos processuais e correção de eventuais vícios processuais.

Por fim, o último inciso de que trata o artigo em comento, reforça uma previsão do microsistema processual coletivo, ao conferir ao juiz a prerrogativa de comunicação, aos legitimados a que se refere o art. 5º da Lei 7.343/1985, para a promoção de ação coletiva ao se verificar a existência de diversas ações judiciais com conteúdo repetitivo.

Da leitura do presente artigo se verifica que a atuação judicial não foi alvo de profunda alteração ou mesmo análise por parte do Legislativo, havendo a perda de uma oportunidade de incluir diversas outras previsões que poderiam ser manejadas, de maneira mitigada pelo juízo, para se conseguir alcançar um modelo fluido de processo, mais adequado às ações de massa e aquelas que tenham dimensão transindividuais.

As previsões esboçadas, com exceção a que trata da notificação para promoção de possível ação coletiva, evidencia a prevalência do paradigma da ação individual, sem a observância da alteração social e o potencial do adequado manejo das ações coletivas sob o sistema processual em voga.

3. O PODER-DEVER DO JUIZ E O MODELO DE PROCESSO JUDICIAL COLETIVO BRASILEIRO: BREVES REFLEXÕES

Sobre a relação estabelecida entre os sujeitos do processo, retoma-se conceituação anteriormente debatida de que é particular a posição processual a qual está submetido o juiz, uma vez que no processo “todos os poderes concedidos às pessoas jurídicas públicas, ou aos seus órgãos e agentes são direitos-deveres”⁷⁰. Essa posição já era anteriormente estabelecida pela doutrina, podendo nos remeter aos ensinamentos de Carnelutti, o qual já afirmava que o exercício de um determinado poder processual pode ser transmutado em um uma subespécie: poder vinculado.

disciplinar o depoimento pessoal parece ser em sentido contrário”. NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 w 13.256/2016 – 3ª ed.* São Paulo: Método. 2016.-Obra digital. Não paginada.

⁷⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 84.

As normas processuais, principalmente as que abrangem em seu conteúdo o procedimento, deste modo, se mostram qualificadas por verbos no condicional ou indicativo, tendo em seu conteúdo a intenção de viabilizar que o juiz, junto às partes, com ou sem sua anuência, consiga resolver uma determinada crise de direito material e possa pacificar um conflito levado à jurisdição estatal.

Deste modo, a situação prescrita ao juiz seria sempre de um poder-dever, determinado por uma norma processual anterior. Hermes Zaneti Junior amplia a definição sobre ao observar que a situação jurídica do poder-dever “exerce um papel decisivo na afirmação do modelo de racionalidade prática-procedimental de uma democracia deliberativa”⁷¹.

Interessa observar que para o professor Zaneti Jr. há um conteúdo bastante evidente na classificação dos poderes do juiz como democráticos, uma vez que seria decorrente do exercício do poder de influência das partes na decisão judicial, algo que sustenta a sua legitimidade.

Essa decisão jurídica, sob estes aspectos, resulta da obediência ao princípio do contraditório, da igualdade, de paridade de armas, no qual as partes possam exercer de maneira idêntica as suas faculdades e poderes e que se sujeitem a uma decisão estatal.

O conteúdo dessa decisão estatal terá a força legal por conta da vinculação do juiz à lei, mas também pelo modo como o juiz conduziu o processo até a emissão de seu pronunciamento final, tendo respeitado as provocações e exercício de defesa das partes, podendo ir além ou aquém da norma legislada, mas sempre amparado no direito.

Portanto, a obediência do juiz ao que determina o procedimento legal é visando atender aos parâmetros de transparência, objetividade e construção conjunta com as partes de sua decisão, resultando no atendimento de parâmetros de legitimidade e justiça.

No contexto da evolução da ciência processual, a obediência a uma determinada forma, como prescrito para o alcance de qualidades que seriam necessários para uma decisão judicial, teriam sido superados na fase instrumental do processo.

No entanto, deve-se observar que a instrumentalidade do processo, ao impingir ao processo preocupações sociais, políticas e jurídicas da jurisdição, acaba inaugurando uma

⁷¹ ZANETI JR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 155.

nova forma de se pensar os institutos processuais, com a mudança do centro de observação do fenômeno processual: da Constituição para o processo e não do processo para a Constituição.

Apesar dos méritos trazidos pela visão instrumental à ciência processual, emergem críticos, como Antonio Passo de Cabral e Calmon de Passos, que afirmam observar fragilidade científica ao instrumentalismo, principalmente sob os critérios a serem adotados no exame meio-fim caso a caso. Haveria um desequilíbrio no exercício de uma determinada ação pelo juiz, com um poder sem o dever decorrente.

Leonardo Gonçalves Juzinkas também assevera haver outro aspecto significativo e subjacente ao instrumentalismo:

“A instrumentalidade instiga o aumento descompensado dos poderes do juiz sem que lhe atribua qualquer ônus no exercício desse poder, o que revela manifestamente uma opção autoritária de processo, com a qual a Constituição Federal, preocupada com a visão garantista de processo e o resguardo das posições jurídicas das partes, não pode concordar.”⁷².

Haveria, então, a necessidade de se ressignificar parte do que era atribuído a um modelo processual mais estanque e formal, se desvinculando da ideia anterior de restrição prejudicial ao arbítrio judicial e de imposição de óbices burocráticos às partes.

Essas críticas são pungentes contra o possível surgimento de um arbítrio estatal ou uma centralização da relação processual na figura do julgador, tendo como resultado a desnaturação da decisão emergente e que não decorre de uma relação horizontal entre os sujeitos processuais, em obediência ao que determina o princípio de cooperação processual.

Observa-se a preocupação da doutrina com as possibilidades de um agigantamento da figura judicial e dos poderes por ela desempenhados na sucessão das situações jurídicas processuais fulminando o importante equilíbrio das partes e a ponderação na adequação entre a efetividade e a segurança jurídica.

O embate entre os valores de efetividade e segurança jurídica alçam as críticas aos postulados de que o momento processual brasileiro passaria por uma transição para uma nova fase, conhecida como “formalismo-valorativo”, a qual busca estabelecer um diálogo

⁷² JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. *Poderes do juiz no processo coletivo: diálogos entre o CPC e o “Projeto Gidi”* in ZANETI Jr, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Editora Juspodvm. 2016. p. 371.

com o instrumentalismo para equilibrar as virtudes trazidas por este, mas, ao mesmo tempo, reconhecer que negar o formalismo seria não integrar ao processo conteúdo constitucional que o compõe, uma vez que a forma prescrita ao processo não seria vazia de conteúdo, mas preenchida de ideologia constitucional.

Relatar o embate entre tais correntes doutrinárias é necessário para o entendimento dos limites a que o juiz estaria submetido na seara processual coletiva. Ao se filiar a corrente instrumentalista do processo, volta-se para um modelo no qual “o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz”⁷³. De outro lado, se prepondera um novo modelo denominado formalista-valorativo, o processo agrega à sua forma valores constitucionais a serem concretizados e observados, sem deixar de agregar valores do campo social, não perpetuando a visão do processo apenas como instrumento de concretização.

Tal leitura evidenciaria a assunção de um entendimento que o modelo instrumental de processo seria extremamente concentrador, tendo verdadeiro protagonismo pela figura do juiz.

No entanto, não parece ser este o caso, uma vez que o proposto é uma releitura do processo tradicional à luz do princípio da efetividade. No entanto, não há qualquer coincidência desta releitura com a relegação da segurança jurídica ou o dever de sobrepujar o papel das partes no decorrer da marcha processual.

A relação exercida pelo juiz e as partes deve observar o fim de pacificação de um determinado conflito, mas também não devem renegar os efeitos políticos e sociais que uma decisão judicial pode causar. Esse efeito é ainda mais sensível quando em análise a seara coletiva, uma vez que os reflexos ali são ainda mais tenazes e, por conta de sua repercussão além da esfera de alguns indivíduos, característica da seara das ações individuais, há um espectro de resultado em um grupo ou comunidade.

Observando ainda o recente empoderamento de minorias e setores da sociedade brasileira observa-se o potencial que as ações coletivas podem alcançar, se adequadamente manejadas junto ao Judiciário. Nesse contexto, o papel exercido pelo juiz necessariamente deve ser repensado dentro dessa dinâmica que se estabelece.

⁷³ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21.

Sua função ao decidir sobre um determinado conflito se mantém inalterada, mas os efeitos de sua decisão podem vir a ter uma dimensão muito mais abrangente e resultar na preservação ou negação de direitos à determinadas classes de pessoas, principalmente aquelas mais vulneráveis.

Portanto, se a relação processual é estabelecida entre as partes e o juiz, e havendo o necessário aprofundamento sobre a legitimidade nas ações coletivas, já que se mostra relevante a adoção de critérios para uma representação adequada por um dos legitimados, também é necessário que o juiz possa desempenhar de forma diferenciada para atender a estes mesmos critérios.

Para tanto, é possível aferir que se a dinâmica processual é alterada, o alcance da decisão é alterado, a repercussão extrajudicial da decisão também é alterada, a relação jurídica processual se altera e a situação jurídica processual das partes e do juiz também encontram esse mesmo fim.

Somente para fins explicativos de algumas alterações vigentes nas situações processuais, já anteriormente trabalhadas, no caso de uma representação judicial que se mostre inadequada, por parte de um legitimado, o Ministério Público deve ser notificado para o seguimento, por conta da relevância e da natureza da ação coletiva, a parte dita substancial não arca imediatamente com o ônus de uma desídia na representação de seu interesse. Emergeria no direito coletivo a qualidade de um processo civil marcado pelo interesse público, portanto em contraste a uma acepção privatista.

Da mesma forma, ao juiz são impostas posições jurídicas processuais inéditas decorrente de deveres impostos pela própria legislação e outras decorrentes da própria relação estabelecida junto às partes nas diversas fases pertencentes ao procedimento próprio do processo coletivo

Nesse ponto é necessária remeter ao papel desempenhado pelo juiz de conferir significado material e aplicar os valores constitucionais através da interpretação.

No modelo norte-americano, para que se possibilite a reforma estrutural decorrente das *class actions*, o juiz pode manejar *injunctions*, caracterizadas como ordens judiciais contendo obrigações de fazer e não fazer, de natureza preventiva, havendo ainda a atenuação do regime preclusivo inerente ao procedimento formal daquele modelo.

Nesse ínterim, seriam acrescidos poderes ao juiz em alguns momentos que se consideram como estratégicos no procedimento judicial, quais sejam: (i) na análise da legitimidade, (ii) na análise da adequada representação processual, (iii) na notificação do grupo, (iv) na intervenção de terceiros, (v) na fixação do objeto litigioso da demanda, (vi) na produção probatória, (vii) na precedência da ação coletiva, (viii) na interpretação flexível.

4. OS PODERES DO JUIZ NA ADMISSÃO DA AÇÃO COLETIVA – ANÁLISE FORMAL DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

Inicialmente, a primeira preocupação dentro do sistema de ações coletivas deve se voltar para a admissão das ações intentadas nesta modalidade. Se inafastável a jurisdição, decorrente do direito de ação, é necessário que haja o atendimento de condições mínimas que autorizem a sua recepção na modalidade processual escolhida pelo autor.

No entanto, conforme já exposto, as ações coletivas devem ser encaradas, no quanto possível, sem as amarras do processo individual. Tal acepção, no entanto, fica mitigada quando o tema é a análise inicial da ação proposta na modalidade coletiva.

Para essa análise, o juiz deve verificar se um determinado fato que atinja a esfera de direito de sujeitos de direito determinados, determináveis ou indeterminados, confere aos legitimados, a possibilidade de ingresso no Judiciário de ações que visem a tutela de direitos transindividuais.

Conforme já demonstrado, as ações que tenham essa dimensão coletiva têm intrinsecamente um enorme potencial e justamente dessa característica decorre a necessidade de que seu manejo seja visto com muita parcimônia por aqueles que integrarão esta possível relação processual decorrente.

Em sistemas processuais que autorizam essa modalidade de tutela judicial molecular, para usar expressão consagrada por Kazuo Watanabe, é necessário que se estabeleça um juízo diferenciado para o seguimento no plano processual.

Não se fala, deste modo, somente em um juízo formal, que verifique a atenção aos pressupostos para seguimento e possível juízo meritório.

Referenciamo-nos, nesse momento, ao conceito de certificação da ação coletiva, o qual faz referência a um provimento judicial que expresse a existência regular de requisitos para uma ação que tenha sido intentada pela via coletiva possa ser devidamente recepcionada desta forma no plano processual e para que possa vir a ter os efeitos pretendidos de maneira válida.

Tendo, portanto, estes dois juízos – um formal e outro extraformal – é necessária a análise em separado destes momentos.

No que toca os requisitos ditos formais, a análise deve se deter inicialmente sobre os pressupostos processuais⁷⁴ que autorizem o seguimento da pretensão inicial, materializados na análise “*in statu assertionis*”⁷⁵ pelo juiz.

Estes pressupostos processuais são divididos em duas espécies: pressupostos de existência e requisitos de validade.

A primeira espécie diz respeito a característica dos sujeitos processuais e a sua pretensão de integrar uma determinada relação jurídica processual. Para tanto, deve-se ter um representante legalmente investido pelo Estado do poder jurisdicional e o autor deve ter a capacidade de ser parte, um conceito já trabalhado quando tratando dos sujeitos jurídicos processuais.

A segunda espécie, trata da validade, devendo haver uma análise subjetiva e objetiva. O aspecto subjetivo se analisa as figuras do juiz, quanto a sua imparcialidade e

⁷⁴ Interessante anotar que no diploma processual anterior era recorrente a menção às chamadas condições da ação, técnica processual que de filtragem de demandas inviáveis, a partir da análise sumária da relação jurídica de direito material. Nesta técnica se fazia o exame da legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. Susana Henriques Da Costa pondera que “A técnica permanece, só não ostenta mais o nome de ‘condições da ação’. A alteração realmente significativa no tema é a extinção da possibilidade jurídica do pedido como causa para extinção do processo sem o julgamento de mérito.(...) a impossibilidade jurídica do pedido no CPC/2015 passa a ser questão de mérito, que possibilita o indeferimento da inicial pela improcedência manifesta, desde que atrelada à noção de precedente judicial. A novidade, portanto, é que no CPC/2015 a análise superficial dos elementos da demanda, que permite o indeferimento da inicial sem a resolução de mérito, limita-se à ilegitimidade de parte (pertinência subjetiva da demanda) e à falta de interesse de agir (ausência de utilidade ou adequação do provimento jurisdicional pedido). Nesse sentido, os incisos II e III do art. 330 do CPC/2015 mantêm ambos os fenômenos como causas para o indeferimento da petição inicial.” COSTA, Susana Henriques da In CABRAL, Antônio do Passo (coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 519.

⁷⁵ Nas palavras de Ricardo de Barros Leonel, é “um exame superficial da situação meramente afirmada pelo autor na inicial (independentemente de sua comprovação efetiva, pois o exame aprofundado é de exame de mérito)”. LEONEL, Ricardo de Barros. *Processo Coletivo: Evoluções e perspectivas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. p. 113.

competência, e da parte, quanto a sua legitimidade e capacidade processual. No aspecto objetivo, a análise se refere aos aspectos intrínsecos e extrínsecos do processo.

Os aspectos intrínsecos do processo dizem respeito ao formalismo processual, ou seja, a atenção à forma determinada para prática dos atos processuais. Assim, a petição inicial deve estar apta, a citação deve ser válida e os atos devem ser conforme determina o diploma processual.

Já os pressupostos extrínsecos dizem respeito a aspectos que extrapolam a relação processual e, em caso de vício, podem impedir o regular andamento processual. Tratam-se de pressupostos negativos. São eles: A coisa julgada material, a litispendência, a preempção, a convenção de arbitragem e a ausência de pagamento de custas processuais.

Portanto, ainda que se observe a particularidade das demandas coletivas, esse juízo formal dos aspectos procedimentais não pode ser afastado, devendo ser enfrentado nas particularidades que o processo coletivo impõe e que trataremos adiante.

4.1 O exame da legitimidade ativa

Um dos exames que devem ser feitos pelo juiz é da legitimidade de um sujeito na propositura de uma demanda ante o representante estatal. No caso das ações coletivas tal exame encontra diferenças conceituais bastante evidentes em comparação com as ações individuais.

Nos referenciando ao que foi anteriormente tratado sobre o tema da legitimidade nos capítulos anteriores, e tendo em vista a necessidade da análise deste instituto na recepção de uma demanda na modalidade coletiva, será necessária nova e breve análise.

Com a ressalva da dificuldade afeta a concepção de legitimidade na seara coletiva, já que aquele que normalmente é legitimado não se constitui como o titular do direito tutelado. Assim, por determinação expressa da lei, os legitimados no modelo processual brasileiro foram determinados basicamente no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública,

havendo, no entanto, especificações em outras legislações que compõe o microsistema processual coletivo brasileiro.⁷⁶

A opção legislativa brasileira por um sistema de legitimação mista, o qual confere legitimidade para atores da sociedade civil organizada e de entes governamentais, reflete uma realidade política brasileira, preocupada com a dimensão e proteção dos direitos transindividuais.

Nas palavras de Ricardo de Barros Leonel:

A legitimação para a demanda coletiva deve afastar-se dos resquícios de concepção tradicional firmada em decorrência do liberalismo que se seguiu ao absolutismo, preconizando a impossibilidade de existência de corpos intermediários – aptos a compartilhar o poder com o Estado – na ideia de que adas “coisas” coletivas somente este último é quem deveria cuidar. A importância da ampliação da legitimação para a defesa dos interesses meta individuais em juízo reflete-se na própria concepção política do Estado. Implicando na implementação da democracia representativa.⁷⁷

Desta maneira, em afinidade com o caráter democrático do processo, são habilitados à defesa de interesses transindividuais: O Ministério Público; Defensoria Pública; as pessoas jurídicas de direito público da administração direta (União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios); as pessoas jurídicas de direito público ou privados da administração indireta (autarquias, empresas públicas, fundações, sociedade de economia mista); associações civis constituídas há pelo menos um ano, com finalidades institucionais que incluam a defesa dos interesses desta dimensão em juízo. Acrescem-se ainda as entidades da administração pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, destinada à defesa dos interesses transindividuais, os sindicatos, os partidos políticos e a as comunidades indígenas.

O rol que confere legitimação no modelo processual brasileiro seria, para grande parte dos estudiosos do tema, de natureza exaustiva, não cabendo, a princípio, ampliação por métodos de interpretação analógica.

De igual forma, é importante se atentar para as discussões acerca da natureza da legitimidade processual conferida aos legitimados na defesa de interesses transindividuais

⁷⁶ Há ainda determinações no art. 3º da Lei 7.853/1989, no art. 82 da Lei 8.078/1990, no art. 210 da Lei 8.069/1990, no art. 81 da Lei 10.741/2003, no art. 1º da Lei 4.717/1965, no art. 21 da Lei 12.016/2009, no art. 27, § 1º, da Lei 9.966/2000, no art. 7º da Lei 9.870/1999, no art. 12 da Lei 13.300/2016,

⁷⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Processo Coletivo: Evoluções e perspectivas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. p. 116.

– se ordinária, autônoma ou extraordinária – diante das divergências doutrinárias que são inerentes ao estudo do tema.

Diversos são os entendimentos sobre tal ponto, no entanto, observa-se que há um atualmente dominante no Supremo Tribunal Federal, embora com críticas severas por parte da doutrina, de que se trataria de legitimidade extraordinária por substituição processual, modalidade na qual se dispensa a autorização do titular do direito para ingressar com a ação.

Em Acórdão sobre o tema, assim se manifestou o Ministro Ilmar Galvão:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, sob pena de nulidade da ação. (art. 17, § 4º, da lei nº 8.429/1992).⁷⁸.

A mesma posição também é defendida pelo Superior Tribunal de Justiça:

O Ministério Público detém a legitimidade para a propositura da ação civil pública com o fito de obter pronunciamento judicial acerca da legalidade de cláusulas constantes de contrato de plano de saúde. A legitimização extraordinária justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico tutelado.⁷⁹

Outro aspecto relevante sobre o tema é a possibilidade de exercício concorrente da legitimidade. Ora, no caso de haver titulares indeterminados e indetermináveis, com expressa autorização de um rol de atores para a defesa de seus interesses, é possível que qualquer um destes legitimados possa propor uma determinada ação coletiva, sem deter, contudo, a privatividade da ação.

Pode-se então, determinar que a legitimidade é concorrente por propiciar a que qualquer colegitimado possa propor a ação, ou mesmo ingressar como assistente litisconsorcial ativo ulterior.

Ainda sobre o tema, fala-se da característica da legitimação coletiva como disjuntiva, pela desnecessidade de anuência de todos os legitimados previstos na lei para o

⁷⁸ STF, RE 208790/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 15.12.2000

⁷⁹ STJ, Resp 208068/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 08.04.2002.

ingresso de uma determinada ação coletiva, sendo desnecessário o ajuizamento conjunto da mesma.

Ciente destas características da legitimidade coletiva, pode o juiz inferir em um julgamento não profundo se a parte que ingressa com uma ação que busca a tutela de um determinado direito coletivo alegado coletivo estaria apta a ingressar em juízo com base na autorização legislativa concedida para tanto.

4.1.1 Legitimação Conglobante

Há, todavia, uma corrente encabeçada por Hermes Zaneti Jr. que trata da possibilidade de alargamento do rol de legitimados para a propositura da ação coletiva e que, desta forma, alteraria o juízo de legitimidade simplificado a ser feito pelo juiz.

Segundo Zaneti Jr. explica a legitimação conglobante é:

A legitimação extraordinária permitida pelo ordenamento mesmo que não expressa na lei, por não estar contrariada por norma jurídica ou em desacordo com os princípios do ordenamento coletivo. Dessa forma, com a adoção de tal denominação, prestamos nossa justa homenagem aos juristas do direito penal, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, pela importante contribuição científica na elaboração deste conceito: ‘a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso do oficial de justiça, que se adequa “ao subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel” (art. 155 do CP), mas que não é alcançada pela proibição do não furtarás’. A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou fomenta.⁸⁰

Essa é uma corrente bastante minoritária e que possibilitaria, por exemplo, a atuação do Ministério Público por meio do Mandado de Segurança Coletivo, o qual, a princípio, não prevê a possibilidade de manejo deste remédio constitucional pelo *Parquet*.

Esta teoria possibilitaria uma interpretação orgânica da concessão de autorização para legitimação de sujeitos para além daqueles que estão previstos na lei, abrangendo

⁸⁰ ZANETI Jr. Hermes. *A Legitimação Conglobante nas Ações Coletivas: A Substituição Processual Decorrente do Jurídico*. In ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ALVIM, Theresa (Org.) *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 230.

ainda aqueles que estão autorizados no microsistema coletivo, o que confere um alargamento nas possibilidades de legitimação dos sujeitos processuais que poderão manejar as diversas modalidades de ações coletivas.

4.2 Interesse Processual

Seguindo na análise dos pressupostos processuais a serem visitados, passamos para o interesse processual, o qual se traduz como a necessidade motivada e verossímil de se recorrer ao Estado para que se resolva um determinado conflito e no qual se busca a entrega de uma tutela jurisdicional.

Leonardo Greco explica de forma didática que “é a necessidade de recorrer à jurisdição para alcançar um bem jurídico com base numa pretensão jurídica suficientemente fundamentada em fatos verossímeis, cuja prova pré-constituída disponível seja desde logo apresentada”⁸¹.

O interesse processual é atualmente observado sobre o tríplice aspecto: i) A necessidade da ação judicial, uma vez que esgotadas as possibilidades de resolução de uma incerteza jurídica por outras vias; ii) O oferecimento de utilidade prática ao autor pela ação judicial ante situação jurídica preestabelecida; iii) A adequação da ação judicial intentada diante dos objetivos requeridos em juízo.

Portanto, o que se analisa no interesse processual é o liame da situação levada ao juízo e a situação fática de direito material que dela resultaria, evitando a progressão de uma ação judicial de conteúdo obsoleto.

No tocante às ações referentes aos direitos e interesses transindividuais há uma maior abstração, tendo em vista a clássica concepção teórica que determina a necessidade do oferecimento de um benefício a um titular de um determinado e legítimo direito no exercício da provocação da jurisdição⁸².

⁸¹ GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40

⁸² Ainda neste sentido, é interessante anotar que a doutrina francesa contemporânea é contundente na alteração do núcleo da questão do interesse processual para o benefício perseguido em juízo. Para tanto, elege três identificadores, ou elementos essenciais, do interesse processual: o primeiro é a certeza, no sentido de que o interesse processual deve ser atual e concreto. O segundo é a individualização apontando que ele deve

. Essa visão privatista, e que evoca a questão da vantagem a um determinado titular, se mostra permeada por uma concepção individualista do processo ao exigir a comprovação de uma ligação entre o titular da pretensão de direito material e o sujeito autorizado para a sua defesa em juízo, criando um sério óbice para a defesa dos direitos difusos e coletivos.

Essa dificuldade se dá por conta da própria essência dos interesses difusos e de sua característica da titularidade não polarizada, o que desnatura o critério da tutela baseada na titularidade. Dessa maneira, a relevância da defesa em juízo não se daria da sua afetação a um determinado titular, mas da relevância jurídica e social inerente a sua defesa e da pluralidade de sujeitos potencialmente afetados.

Sendo assim, o interesse da defesa em juízo subsiste ao se demonstrar existência de um fato que é o denominador comum e que tenha relevância social, como, por exemplo, o fato de diversas pessoas habitarem a mesma região, ou do direito de consumidores que tenham adquirido um mesmo produto, de pessoas fazerem uso de um mesmo serviço, de pertencerem a um mesmo agrupamento social, étnico, etc.

Dessa maneira, recorreremos ao entendimento do Professor Rodolfo de Camargo Mancuso, que descreve as duas soluções para a melhor aceção deste elemento processual⁸³.

A primeira delas concebe o agigantamento do conceito de direito subjetivo, admitindo as situações por ele não conflitantes e não somente a por ele pressupostas. Explica-se: o entendimento de que a tutela jurisdicional seria exclusiva dos direitos subjetivos representaria uma possibilidade restritiva e de caráter aristocrata, um resquício liberal e patrimonialista, excluindo valores que dizem respeito à comunidade. A prevalência deste entendimento não se coadunaria com a evolução da ciência do Direito e o próprio escopo social do processo. Portanto, ainda que não se possa caracterizar esses interesses coletivos como subjetivos, os mesmos podem ser tidos como relevantes e passíveis de tutela pelo sistema jurídico. Tal alinhamento possibilitou o reconhecimento de interesses supraindividuais como a probidade administrativa e os interesses de categorias e profissões, por exemplo.

ser determinado e ligado a um titular. E, finalmente, que esse interesse, não seja simplesmente qualquer interesse, mas um interesse legítimo.

⁸³ MANCUSO, Rodolfo Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp 137-139

Observou-se, assim a alteração paradigmática desse instituto da personificação para a tutela de um interesse legítimo, resultando na ideia de que a ação passaria a ser um instrumento de tutela para o que se considere legítimo pela sua relevância social, sem a necessidade de atendimento ao critério da subjetividade determinada de tal interesse ou direito.

A segunda solução é a admissão da existência de valores merecedores da tutela do Estado que vão além dos direitos subjetivos, com a inauguração de um novo espectro de direitos, mas também marcados pela sua característica de relevância e legitimidade, cindindo-se da corrente anterior por não entender se tratar na conversão destes em direitos subjetivos propriamente.

Portanto, independente de qual a corrente adotada, o que se destaca na análise do interesse processual é a relevância social e não mais o aspecto patrimonial-individual de um direito. Se este se mostrar socialmente relevante a um grupo, comunidade ou sociedade, é digno de proteção jurisdicional, em afinidade com a missão estatal de resolução efetiva da ordem jurídica sob a ótica da justiça, ética e legitimidade.

Sob este viés, é inconcebível que não se tutele os interesses de certos agrupamentos, como por exemplo um grupo de consumidores, ou um grupo de moradores de determinada região afetada por um dano ambiental pelo simples fato de que não é possível individualizar os titulares desses interesses.

Ricardo de Barros Leonel é preciso ao tratar sobre o poder-dever do juiz em aferir a questão do interesse de agir ainda que pelos colegitimados autorizados pelo ordenamento:

A doutrina tradicional identifica uma peculiaridade sobre o interesse processual nas demandas coletivas, afirmando que para os entes públicos legitimados, mormente para o Ministério público, esta condição da ação é presumida, decorrente da legitimação. O legislador ao prever a legitimação teria implicitamente conferido o interesse de agir. O interesse processual na hipótese seria presumido e ínsito na própria demanda (*in re ipsa*)

Entretanto, esta observação merece correta compreensão.

Quando se afirma a existência da presunção de interesse, em verdade o que se indica é a presunção não do interesse processual, mas sim do material, que com aquele não se confunde. (...) compreendido corretamente que a “presunção de interesse” a que se refere a doutrina diz respeito à pertinência temática, conclui-se que no Processo Coletivo há também necessidade de identificação do interesse

de agir, sob pena de impossibilidade de formação e desenvolvimento válido da relação jurídica processual.”⁸⁴

Insurge desta reflexão o poder-dever do juiz de analisar o interesse processual sob a ótica da relevância social e jurídica da defesa de um determinado interesse ou direito transindividual.

4.3 O pedido e a causa de pedir

Outros elementos processuais que devem nortear o exame inicial do juiz são o pedido e a causa de pedir. Tais elementos são nevrálgicos para a análise das consequências de ordem prática geradas pelas demandas judiciais e com a possibilidade de afetação do sistema processual.

Da correta identificação destes elementos, em conjunto com a análise das partes, é que parte da função jurisdicional é realizada, com a determinação da reunião de processos ou o indeferimento de demanda repetida ou que seja idêntica a uma ainda pendente de julgamento.

No processo coletivo tal tema também encontra sua importância. Da análise dos elementos objetivos da demanda -causa de pedir e pedido – é que vai se aferir a própria utilidade e efetividade da tutela coletiva proposta.

A causa de pedir, a qual envolve as razões de fato e de direito em virtude da qual se formula um pedido, é particularmente desafiadora no contexto das ações coletivas, isso por conta da própria essência destas.

Recorrendo, mais uma vez, aos ensinamentos do Professor Ricardo de Barros Leonel, pode-se verificar parte desta estranheza nos conflitos coletivos:

Todavia, há uma diferença tênue, de natureza quantitativa na formulação da causa de pedir na demanda coletiva. Enquanto uma ação individual é factível que a substanciação desça a minúcias do fato que são inerentes da própria relação jurídica de cunho material e individual, isto não se verifica com tamanho rigor na demanda coletiva, onde a substanciação acaba tornando-se mais tênue, recaindo apenas sobre aspectos mais genéricos da conduta impugnada na ação. Deste modo, no Processo Coletivo não uma especificação tão intensa dos fatos a ponto

⁸⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Processo Coletivo: Evoluções e perspectivas. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. p.157- 159

de identificar-se com uma situação individual ou específica. Mesma nas ações em defesa de interesses individuais homogêneos basta a descrição da conduta genericamente, o dano causado de forma inespecífica, e o nexo entre ambos, sendo impossível a especificação da narrativa com relação a cada um dos possíveis lesados. A descrição fática deve ser formulada no limite da suficiência para a demonstração da situação material mais ampla, decorrente da própria essência dos interesses metaindividuais.⁸⁵

Percebe-se que o fenômeno coletivo, ao ser transposto para o plano processual, encontra uma maior adversidade. Isso por conta, em parte, da impossibilidade de traslado da integralidade do conflito coletivo, seja consciente ou não. Essa impossibilidade poderia vir a resultar na solução parcial da demanda ou mesmo na prorrogação do conflito, o que vai de encontro ao preconizado pela integral análise de mérito e mesmo pelos princípios da economia processual e efetividade.

Tal revés também se materializa na formulação do pedido, que pode acabar, no decorrer da instrução probatória se mostrando insuficiente ou mesmo inadequado.

Daniela Monteiro Gabbay, ao discorrer sobre as dificuldades de definição estanque do pedido e da causa de pedir, considera inadequada uma interpretação que não possibilite, dentro da dinâmica processual e com respeito ao princípio do contraditório, uma valoração ao juízo que permita a conformação destes elementos.⁸⁶

Deste modo, tem o juiz o poder-dever de aferir a presença destes elementos no momento inicial do estabelecimento da relação processual, sob pena de indeferimento. No entanto, decorrente deste mesmo dever, e sob o prisma da relevância social do interesse evocado pelo legitimado, deve o juiz encarar esses elementos de uma forma menos estanque, para que no decorrer da marcha processual seja possível inteirar-se da forma

⁸⁵ Idem. p. 178

⁸⁶ Sobre o tema, a pesquisadora elucidou: “Se o bem jurídico coletivo é marcado, como ressaltado, pela indisponibilidade, que é, por sua vez, controlada pelo juiz, não faz qualquer sentido restringir a interpretação que este pode fazer do pedido, pois seria o mesmo que dizer que o juiz deve anuir com a disposição indevida feita pelo autor. Equivaleria, em última instância, restringir a própria proteção do bem jurídico coletivo a ser tutelado. Portanto, em se tratando de processo coletivo, se o autor formula o pedido de modo restritivo, restará aberta ao juiz a via interpretativa para garantir o direito que é assegurado à coletividade, diante de fatos muitas vezes complexos e contingências subjacentes, desde que observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Semente desta maneira estará preservada a indisponibilidade deste direito, que não pertence a um único indivíduo, tampouco àquele que postula em juízo em virtude de legitimação conferida pela lei. Sem a correta narração dos fatos não é possível precisar o bem jurídico a ser protegido, assim como sem a devida indicação dos fundamentos jurídicos não há como justificar o provimento jurisdicional a ser pleiteado. Daí a íntima relação existente entre pedido e causa de pedir, que demanda que ambos sejam interpretados extensivamente, sob pena de se criar situações incongruentes e até mesmo contraditórias do ponto de vista lógico: conclusões mão contidas nas premissas.” In GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. pp. 115-116

mais adequada de transposição de um conflito complexo para os termos e a tutela jurídica que seja mais efetiva e compatível.

Tal assertiva se dá pela inadmissibilidade ao Poder Judiciário de manter-se atrelado às questões formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista já superada e incompatível com o Estado Democrático de Direito e com o momento instrumental do processo, deixando de enfrentar o mérito.

De forma semelhante, importante notar que na legislação pátria atinente à tutela coletiva, principalmente se analisarmos o Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Civil Pública, não se encontram dispositivos que detalhem as possibilidades atinentes ao pedido ou causa de pedir. Há, contudo, indicativos de que aquele deve ser examinado com mais flexibilidade, já que, a exemplo do asseverado no art. 84 do CDC, o qual trata da possibilidade de adoção de multa diária ou qualquer medida executiva necessária para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, haveria maior amplitude de poderes outorgados ao magistrado o que autorizaria a recepção destes elementos em contornos menos rígidos.

Portanto, na orientação dessa diretriz principiológica, o Estado-juiz, na figura do julgador, deve pautar-se na flexibilização dos requisitos de admissibilidade processual, a fim de que, na resolução do conflito coletivo, efetive o comando jurídico esperado na lógica do contencioso social em obediência ao que determina o ordenamento legal.

A interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir é, inclusive, uma orientação contida no Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, prevista em seu art. 10.

Ao comentar sobre a orientação, assim anota Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

No âmbito da fixação do pedido e da causa de pedir, os autores do Anteprojeto procuraram flexibilizar as normas pertinentes às ações coletivas. Ao contrário da interpretação restritiva determinada como regra geral no art. 293 do CPC⁸⁷ brasileiro, a proposta do Código-tipo para as demandas coletivas prevê que o pedido e a causa de pedir devam ser interpretados extensivamente. Sem estabelecer limite temporal, o projeto estabeleceu que, ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. Facultou, ainda, a alteração do objeto a qualquer tempo e em

⁸⁷ Trata-se do dispositivo do CPC/1973.

qualquer grau de jurisdição, desde que realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.⁸⁸

Preocupação semelhante também consta no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, o qual no prevê em seu art. 16 a possibilidade de alteração do pedido até a prolação da sentença, desde que se respeite o contraditório, bem como seja realizada de boa-fé e não importe em prejuízo à parte contrária.

Infere-se do excerto colacionado supra a preocupação da doutrina com os impedimentos que uma obediência cega a exigência de um pedido certo na seara coletiva pode acabar gerando a esse sistema processual.

É importante, contudo, afirmar que a flexibilização não se assemelha à ideia de dispensa dos elementos objetivos. Nesse sentido, o juiz, apesar de gozar de certa licença quanto a providência jurisdicional, não pode se afastar da tutela do bem jurídico de relevância social de que se busca a proteção judicial e das razões de fato e direito que levam a conclusão sobre a necessidade desta proteção.

Marcus Aurelio de Freitas Barros traz à baila analogia didática que auxilia no entendimento do tema:

“O juiz, na concepção tradicional, deveria estar fielmente jungido aos limites impostos pelo pleito autoral. Daí resulta a tese corrente de que o pedido seria o modelo de sentença que se aguarda, pois a pretensão deduzida, nos seus rígidos termos, é exatamente o máximo que se pode conseguir com a vitória total na demanda. Pode-se até recorrer a uma imagem: o pedido funciona para o juiz como os trilhos para o trem, razão pela qual não pode um se desapegar do outro um só minuto (...) consoante interessante imagem, nas ações coletivas: o pedido deixa de laborar como os trilhos de um trem, para exercer as funções de uma estrada, onde o juiz pode trafegar com alguma liberdade, mas sem nunca fugir dos horizontes impostos pelas necessidades do direito material perseguido.”⁸⁹

Assim, pode-se concluir da análise dos argumentos elencados que ao autor não é defeso demandar, nem ao juízo competente estabelecer, um provimento jurisdicional que não se norteie pela tutela do bem jurídico tutelado. O pedido mediato consistiria, após análise cooperativa entre todos os sujeitos processuais envolvidos na relação jurídica

⁸⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O Anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a Legislação Brasileira*. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 117, p. 109-128, set./out. 2004.

⁸⁹ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional das políticas públicas*. In: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/pedido.pdf>> Acesso em 02.11.2017

estabelecida, em um limite para a definição mais precisa dos contornos dos elementos objetivos da demanda coletiva e impedindo possível arbitrariedade judicial.

4.3.1 A possibilidade de admissão de pedido genérico

Ainda tratando do tema do pedido, tendo em vista o tanto quanto discorrido no item anterior, deve-se debruçar sobre a possibilidade do uso do pedido genérico nas ações de natureza coletiva.

O art. 322 do CPC/2015 é expresso ao determinar que o pedido deve ser certo, conferindo certa transigência em seu parágrafo segundo, ao considerar a boa-fé e o conjunto da postulação. De forma sistêmica, o próprio diploma processual prevê a possibilidade de formulação de pedido genérico no parágrafo primeiro do art. 324 no caso: das ações universais; na impossibilidade de se determinarem as exatas consequências do ato ou fato ilícito; e, finalmente, quando o valor da condenação a ser fixado depender de fato do réu.

A princípio, a regra geral não abarcaria a possibilidade de pedido genérico em demandas molecularizadas, ocorre, no entanto, que tal entendimento deve ser cotejado junto às previsões no microsistema de processo coletivo.

É justamente no texto do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor ⁹⁰que podemos encontrar uma referência a possibilidade de provimento jurisdicional genérico, uma vez que é passível aos legitimados não disporem das informações completas acerca do bem da vida que buscam a tutela ou dos possíveis titulares dos direitos referentes a esses. Ante esse quadro, houve a preocupação legislativa em prever tal excepcionalidade que possibilita posterior exercício da liquidação e execução da forma mais adequada.

Tal alternativa sistêmica enseja a dedução lógica de que se há autorização para uma decisão de mérito genérica, também seria possivelmente implícita a autorização para a alegação de um pedido genérico, pelos entes autorizados a manejarem instrumentos de defesa coletivos, até mesmo pelas próprias características dos direitos coletivos. Ainda se remetendo ao debatido anteriormente, com a possibilidade de ampliação dos limites

⁹⁰ Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

objetivos da demanda, a possibilidade da ampliação dos limites objetivos da demanda pode ser um fator que fortalece uma possível autorização para recepção, pelo juiz, de petição que contenha pedido genérico em uma ação coletiva desde que se mostre necessária para o caso concreto.

4.3.2 Da impossibilidade de admissão de pedidos incompatíveis ou de pedido incoerente com a narrativa fática

Somente com o fim de esgotar as hipóteses apresentadas pelo legislador para indeferimento da pretensão inicial por ausência de pressuposto para seu seguimento regular, abordamos o previsto nos incisos III e IV do art. 330 do CPC/2015.

Diferentemente das hipóteses que antecedem a essas previsões no mesmo artigo do regulamento processual, as opções legais em comento parecem se alinhar perfeitamente ao processo coletivo. Isto decorre da sua característica lógica e da incompatibilidade dela decorrente.

Ora, a tutela dos direitos coletivos e difusos se mostra sempre atrelada a necessidade de observação do interesse público e da relevância social que a acompanham. A escolha de um modelo, a princípio, rígido de legitimação enfatiza o cuidado no manejo dos instrumentos processuais ligados a essa dimensão de direitos.

Para tanto, para que a defesa atenda aos interesses policêntricos que são afetos a tais conflitos é necessário que atendam aos requisitos inclusive de coerência e que se mostrem substitutos processuais pertinentes dos titulares indefinidos ou de grupos que gozam de proteção especial na sociedade.

Decorre da coerência a impossibilidade de alegação de uma série de fatos e o requerimento que vá de encontro ao tanto quanto alegado causando um desencontro argumentativo e caracterizando uma defesa que não apresenta congruência, portanto deficiente.

De forma igual, pressupondo a existência de pedidos cumulativos, eventualidade autorizada expressamente no art. 327 do CPC/2015, é necessário que estes apresentem uma organização harmônica para que sejam congruentes e possam expressar uma defesa

adequada de direitos de titulares que são representados em juízo, uma possibilidade excepcionada pelo sistema.

Assim, em consonância com a determinação da legislação, deve o juiz inquirir a parte sobre a presença dos vícios apresentados, para, em não havendo a correção, conforme determina o art. 317⁹¹ do Código de Processo Civil em vigência, determinar a extinção do feito.

4.4 Conexão, continência, litispendência e a análise de reunião de demandas coletivas.

Assim como feito quanto aos pressupostos processuais positivos, também os ditos negativos devem ser analisados pelo juiz para atestar a possibilidade de andamento regular da ação judicial coletiva intentada sob o prisma da relação entre demandas.

Para a análise desses institutos deve-se ter em mente que se tratam de regimes jurídicos que o próprio ordenamento diferencia daqueles próprios desses institutos na seara dos processos individuais.

A principal diferença se abalroa justamente na questão da possível interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir nas ações coletivas, a qual já foi tratada em tópico anterior.

É importante embasar essa análise no fato que a previsão do microsistema coletivo, no tocante aos temas de conexão e continência, é praticamente nula, já no caso da litispendência há a previsão do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da impossibilidade de estabelecimento de uma relação de litispendência entre uma ação individual e uma ação coletiva que trate de direitos difusos ou coletivos⁹².

A problemática da omissão legislativa é a causa do surgimento de obstáculos de ordem prática na *práxis* forense. Deve-se, desta maneira, analisar a previsão geral no Novo

⁹¹ Art. 317 – Antes de proferir decisão sem resolução do mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

⁹² Sobre o tema, Paulo Henrique dos Santos Lucon é expresso ao afirmar que, a despeito de não expresso no texto legal, a mesma hipótese se aplica aos interesses individuais homogêneos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas ações coletivas*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas. 2006. p. 191.

Código de Processo Civil e verificar a possível compatibilidade desta na seara coletiva, visando a melhor interpretação para tutela do bem da vida protegido.

Ao analisar o tema, Paulo Henrique dos Santos Lucon reforça a situação que decorre desta omissão:

Referido dispositivo é silente quanto à possibilidade de ocorrência de conexão e continência entre demandas individuais e coletivas. Essa é principal razão pela qual a doutrina processual atualmente diverge acerca deste assunto, principalmente no que diz respeito aos direitos e interesses individuais homogêneos, uns admitindo a possibilidade de conexão, e continência, e outros negando identidade entre quaisquer elementos das ações coletivas e individuais que justifiquem a existência de tais relações. Entretanto, quando o mesmo art. 104 condiciona o auferimento dos efeitos da coisa julgada pelos litigantes individuais ao prévio requerimento de suspensão de seus respectivos processos, no prazo de 30 dias após a ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, uma parte dos problemas é resolvida, embora ainda subsista a possibilidade de coexistência de ações coletivas e individuais, caso não seja requerida a suspensão do processo individual, que continuará seu trâmite natural, podendo até mesmo propiciar o surgimento de decisões contraditórias.⁹³

Em seguimento, para se verificar a existência de um vínculo entre demandas que importe em uma relação de prejudicialidade, é necessário que se analise os mesmo elementos que nas ações individuais, os quais são identificados com maior facilidade pela própria natureza da relação jurídica processual que se estabelece e dos contornos que assume em juízo.

Para haver uma situação de conexão⁹⁴ entre ações individuais é necessário que haja coincidência no objeto ou a causa de pedir, com diferenciação quanto às partes. Já continência⁹⁵ se identifica pela identidade de partes e causa de pedir, sendo o objeto de uma das demandas mais abrangente que o de outra ou de outras.

Nessas situações, é autorizado ao julgador a determinação de reunião dos feitos no juízo prevento, seja a requerimento das partes ou de ofício.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Assim prevê o NCPC em seu art. 55: “Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”.

⁹⁵ De igual maneira, assim está previsto no art. 56 do NCPC: “Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais”.

A litispendência, por sua vez, se verifica quando há um litígio pendente de julgamento por um juiz. A exceção de litispendência impede a duplicação da ação, ou seja, não poderá ser intentada ação com as mesmas partes e sobre o mesmo fato.⁹⁶

Já quando se trata de ações de natureza coletiva, diante dos limites nem sempre límpidos do objeto litigioso e do substrato material, é necessária maior cautela na identificação desses fenômenos.

A princípio, deve-se estabelecer de antemão que o elemento subjetivo de que se tratará na análise nessas ocasiões não terá a identidade física ou institucional. Se observando a prevalência do entendimento da natureza da legitimação nas ações coletivas – de substituição processual – é de se concluir que a identidade a ser observada será a da coletividade titular dos direitos representada, indiferentemente de qual seja o legitimado a intentar a ação. Somente essa peculiaridade já ilustra parte da dificuldade em comento.

De igual forma, a causa de pedir e o pedido interpretados de forma mais elástica, como se demonstrou ser a forma mais adequada, também conferem a possibilidade de estabelecimento desses fenômenos sem que necessariamente se reproduza a fielmente uma situação de duplicidade.

Nesse sentido, nos valem novamente de um exemplo utilizado pelo Professor Ricardo de Barros Leonel:

São admitidos pacificamente como casos de conexão situações que não se enquadram no conceito estritamente legal, e nada obstante não haja identidade ou comunhão integral de causa ou de pedidos, justifica-se a identificação da conexão com a reunião das ações pela afinidade da relação substancial. O que prepondera é o proveito econômico e a instrumentalidade processual, mitigando-se a rígida concepção legal do fenômeno. Nas ações coletivas é possível imaginar que dois legitimados tenham proposto, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos jurídicos (identidade de causa remota e próxima), demandas distintas contendo pedidos diversos. V.g. o Ministério Público pretendendo a suspensão de determinada atividade lesiva ao meio ambiente, e uma associação de defesa da natureza colimando a recomposição do ecossistema. Evidenciada a ocorrência de conexão por identidade de causas, que pode verificar-se ainda que a identidade seja só parcial (v.g. com relação a causa remota, i. e. os fatos). A solução será a reunião das ações.⁹⁷

⁹⁶ De acordo com o artigo 337, § 1º, do Código de Processo Civil: “Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.”

⁹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Processo Coletivo: Evoluções e perspectivas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. p.194

O que se infere, portanto, é a necessidade de um exame diferenciado por parte do julgador, do qual nasce o poder-dever de privilegiar a reunião das demandas coletivas com o fito de referendar o princípio de economia processual e de evitar o surgimento de decisões contraditórias, o que, de forma reflexa, potencializa a tutela dos interesses transindividuais em juízo.⁹⁸

O estabelecimento de relações como a conexão e continência devem ser adotados, assim, pois privilegiam a melhor proteção possível ao bem jurídico coletivo conforme determinada pela descrição da causa de pedir remota principalmente, evitando-se a adoção de uma determinação de reunião de feitos com base em generalidades como, v.g, a defesa da “biodiversidade nacional” ou “integridade do sistema consumerista”

No tocante à possibilidade de conexão, de igual forma o pensamento preponderante deve ser, identificados elementos de identificação, primar pela reunião dos feitos para respeitar o comando de economia processual e evitar o possível surgimento de decisões incongruentes do órgão jurisdicional.

Em verdade, a adoção da continência é observada nos casos de ação civil pública e ação popular. Como a ação popular constitui tutela jurisdicional coletiva e pode apresentar elementos de identificação com a ação civil pública, apresentando objeto semelhante e aporte fático único, e a ação civil pública geralmente conta com um pedido mais amplo, é caso de se determinar a continência das ações, ou ao menos a sua conexão.

A conclusão da necessidade de um olhar menos engessado sobre a relação estabelecida entre as ações coletivas também foi alvo de estudo na elaboração das propostas legislativas que tratavam da codificação do sistema processual coletivo.

⁹⁸ Um paradigma jurisprudencial importante sobre o tema é o acórdão das Turmas Reunidas do TRF da 4ª Região: “PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETENCIA. CONEXÃO DE CAUSAS. OBJETOS COMUNS. CRITÉRIOS. IMPROCEDÊNCIA. 1. EXISTENTES DUAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DE RESPONSABILIDADE POR DANOS AO MEIO AMBIENTE COM IDENTICOS OBJETOS MEDIATOS (PRESERVAÇÃO DO ECOSISTEMA DO RIO JACUÍ, AMEAÇADO POR CINZAS POLUIDORAS UTILIZADAS PELOS DIFERENTES RÉUS), AINDA QUE DIVERSOS OS OBJETOS IMEDIATOS (NUMA, IMPEDIR A CONSTRUÇÃO DE PORTOS; NOOUTRA, ADOÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS E CORRETIVAS FACE REJEITOS CARBONÍFEROS DE USINAS TERMOELETRICAS), IMPÕE-SE (J.I. BOTELHO DE MESQUITA, RP 19/220) A REUNIÃO DAS CAUSAS EM VIRTUDE DA CONEXÃO, PORQUE UMA DECISÃO UNIFORME DEVE REPERCUTIR SOBRE A MESMA BIODIVERSIDADE; INFLUIR EM UM DIRECIONAMENTO COMPATÍVEL NAS DUAS ESFERAS DE PODER, SOB PENA DE NEUTRALIZAREM-SE MUTUAMENTE; E, POR ÚLTIMO, VALER-SE DE UMA SÓ PERÍCIA, LABORIOSA E ESPECIALIZADA, VISANDO DETERMINAR O IMPACTO AMBIENTAL, CIRCUNSTÂNCIA ESTA QUE AUTORIZARIA UM JULGAMENTO EM CONJUNTO INCLUSIVE EM SEGUNDO GRAU -AMS- 145299/PR, REL MIN. ROLLEMBERG, DJ 19.06.89 (TRF 4ª Região – Turmas Reunidas, CC 8904007089, Rel Juiz Osvaldo Alvarez, j. 20.5.1992, v.u., DJU 15.7.1992)

No anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, nos arts. 4º ao 8º, houve expressa consideração, bem como dos arts. 29 ao 34 do Código Modelo. Sendo semelhante a conclusão entre ambas as propostas de conferir uma maior possibilidade de reunião de demandas para que se possa melhor aproveitar tanto a análise do mérito e prejudicialidade que possa haver entre elas, quanto a possibilidade de estabelecimento de uma conexão probatória.

Outra importante distinção que se observa é a não conceituação no Código Modelo de Processos Coletivos de conexão conferindo maior flexibilidade ao tratamento do tema, ao mesmo tempo que reforça o necessário contínuo distanciamento da lógica individualista do processo.

Ainda sobre o tema é importante que se observe a previsão do art. 55, § 3º⁹⁹, do CPC/2015 que trata de uma forma bastante fluída a possibilidade de reunião de um ou mais processos, mesmo que não haja conexão entre estes. Tal dispositivo se alinha perfeitamente à lógica que impera no tratamento dispensado pela doutrina mais abalizada sobre o tema tanto quanto nas propostas legislativas supramencionadas.

Tal previsão autorizaria, portanto, ao juízo a determinação de reunião de demandas para o melhor tratamento de uma pretensão sobre uma situação jurídica coletiva, ou seja sobre um mesmo direito de natureza transindividual.

Repita-se que o texto normativo acaba constituindo mais um poder-dever ao julgador para auxiliar na manutenção da integridade do sistema, reputando para tanto a observância da necessidade de uniformidade nas decisões sobre o determinado bem jurídico. De igual forma, tal previsão deve ser aplicada na relação que se estabeleça entre as demandas coletivas existentes, até por seu conteúdo inato de relevância social e da maximização do preceito de integral proteção dos bens jurídicos transindividuais.

A exceção a essa situação jurídica processual parece ser a litispendência, na qual se observe a existência de processo sentenciado, o qual necessitaria de uma análise detida da utilidade de uma reunião e o impacto desta ante a existência de sentença sobre um determinado conflito levado à juízo.

⁹⁹ Art. 55, §3º: “Serão reunidas para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididas separadamente, mesmo sem conexão entre elas.

Por fim, ao tratar a possibilidade de reunião de ações coletivas e individuais deve-se observar que as propostas legislativas do Código Modelo e do Código Brasileiro de Processos Coletivos demonstram o entendimento da doutrina sobre o tema, na perspectiva de, por respeito ao princípio do acesso à justiça, não haver indução de litispendência entre a ação coletiva ou individual, tendo em vista a necessidade de possibilitar ao indivíduo o exercício regular de seu direito e acesso ao Judiciário para a proteção de seus interesses em atenção a autonomia que lhe é inata como cidadão.

Isso porque se infere que não se tratam de ações que sejam idênticas até por conta do próprio direito alegado, tendo um a natureza transindividual e outro a individual, tendo afirmações de situações jurídicas bastante distintas.

Nesse sentido, novamente recorreremos à Ricardo de Barros Leonel:

“Quanto à necessidade de vedação, note-se que sobre a concomitância entre uma ação coletiva e outra individual ajuizadas em virtude do mesmo evento, possuem autores distintos, a identidade pode referir-se à causa remota mas não à próxima (o fundamento da responsabilidade coletiva é diverso daquele inerente à responsabilidade pelo dano individual), e os pedidos são distintos. Ora, se os elementos das demandas são diversos (o único eventualmente idêntico será a parte passiva nas ações), não haveria razão técnica para o reconhecimento de litispendência, pois as ações são distintas.

A mesma conclusão verifica-se quanto à continência: além da diversidade de parte ativa entre a demanda coletiva e a individual, as causas de ambas dificilmente serão absolutamente idênticas, e os pedidos serão sempre distintos. Ademais, não é razoável afirmar que o pedido na demanda coletiva é mais abrangente (...) Não se trata de diversidade quantitativa, com poderia a princípio parecer, mas sim qualitativa, a inviabilizar por absoluto o reconhecimento de continência entre as duas demandas, a coletiva e a individual”.¹⁰⁰

De fato, a relação entre as ações coletivas e individuais é melhor observada na análise do tópico que trata da coisa julgada e da possibilidade de aproveitamento das decisões coletivas nas ações individuais.

4.5 A coisa julgada

¹⁰⁰ O doutrinador, no entanto, faz expressa exceção para a possibilidade de conexão entre demandas coletivas e individuais, identificando a possibilidade tanto em casos de identidade de causas em grau máximo, quanto em grau mínimo. LEONEL, Ricardo de Barros. *Processo Coletivo: Evoluções e perspectivas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. p.197

No tocante à coisa julgada, deve-se iniciar a explanação remetendo-se à máxima de que a coisa julgada coletiva não deve fulminar as pretensões individuais casuando prejuízo ao cidadão, com a conseqüente impossibilidade de maculação do amplo acesso à justiça. No entanto, a recíproca não se mostra equivalente, havendo a possibilidade de que indivíduos possam se beneficiar, na seara processual, de decisões decorrentes de ações de tutela transindividuais.

Por conta deste possível resultado benéfico, seria de se indagar das possibilidades de suspensão de ações individuais que tenham relação de prejudicialidade com a demanda coletiva para que, em havendo sucesso no reconhecimento da proteção do bem coletivo tutelado, possa-se aproveitar dessa decisão nos casos individuais.

No entanto, no modelo processual brasileiro tal regramento lógico não é aceito. Nele podem coexistir ações individuais e coletivas sem que estas tenham algum efeito imediato sobre aquelas, havendo somente a possibilidade de suspensão do processo por iniciativa da parte conforme disposto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰¹.

Tal previsão não parece se alinhar plenamente ao ideal de pacificação social e mesmo de integridade do sistema processual, diminuindo parte da potencialidade das ações coletivas no sistema processual brasileiro.¹⁰²

O prosseguimento, desta forma, das ações individuais sem a possibilidade de que a suspensão seja adotada como regra acaba impondo ao demandante o ônus do pedido de

¹⁰¹ Art. 104 – As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

¹⁰² Sobre o tema, assim se manifestam os professores Hermes Zaneti Jr e Fredie Didier Jr: “A jurisprudência deveria, de maneira criativa, dando concreção aos direitos fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional, da duração razoável do processo e da segurança jurídica, encaminhar-se no sentido de reconhecer como de interesse público (não ficando na dependência da vontade do particular, que muitas vezes desconhece a existência de uma ação coletiva) a suspensão das ações individuais, se pendente ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos. Trata-se de uma exigência de ordem pública, não só decorrente da necessária racionalização do exercício da função jurisdicional, como forma de evitar decisões diversas para situações semelhantes, o que violaria o princípio da igualdade. A aplicação dessa regra, permitindo a suspensão dos processos individuais por prejudicialidade, conforme o dispositivo do art. 265, IV, do CPC, já foi utilizada com sucesso em diversos precedentes do Rio Grande do Sul no caso dos expurgos inflacionários da poupança. Trata-se de evidente aplicação do princípio da adequação e da flexibilização dos procedimentos aos processos coletivos. Trata-se de solução já existente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (art. 21 da Lei Federal nº 9.868/1999) e no âmbito do controle de constitucionalidade difuso exercido por meio de recurso extraordinário (art. 543-B, § 1º, CPC). Mesmo para quem não considera a ADC ou ADIN (ações de controle concentrado de constitucionalidade) espécies de ação coletiva, não haveria qualquer óbice à interpretação analógica”. ZANETI JR, Hermes e DIDIER JR, Fredie. Texto disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-74/> acesso em 12.11.2017.

suspensão de sua ação judicial para que se possa valer de uma eventual vitória da ação coletiva.

Tal panorama parece não ser o mais adequado, ao se reconhecer o próprio processo coletivo como um instrumento de acesso à justiça utilizado e indicado para tutela de direito de coletividades reconhecidamente vulneráveis pelo legislador, uma vez que acaba excluindo o indivíduo-autor dos efeitos da sentença coletiva.

A mitigação a este possível efeito é a previsão expressa da comunicação da existência da ação coletiva nos autos processuais. É uma opção do direito pátrio que se aproxima do chamado “*right to opt out*” no regime da *class action* norte-americana e que pode ser entendido como o direito de ser excluído da abrangência da decisão coletiva.¹⁰³

Uma das críticas a essa previsão é a imposição de mais um ônus ao indivíduo-autor de comunicar a sua posição pela suspensão, mesmo que a ciência da ação coletiva seja logicamente uma matéria mais afeta ao réu, o qual saberá da existência do litígio coletivo por fazer parte da relação jurídica processual estabelecida neste.

É desta premissa que parte a opção do Código Modelo, o qual prevê um ônus ao réu, em seu art. 31, de informar sobre possível processo coletivo pendente, uma vez que subsiste interesse deste em evitar ser demandado em mais de uma demanda judicial pela mesma situação material. É interessante a opção desta proposta de parte da doutrina pois, nas palavras de Didier, “se não for cumprido [o ônus], o autor individual beneficiar-se-á da coisa julgada coletiva mesmo no caso de sua ação individual ser rejeitada. Trata-se de regra em consonância com o princípio da boa-fé objetiva processual, principalmente com relação ao princípio da cooperação”.¹⁰⁴

Com uma proposta mais ousada, o Código Brasileiro de Processos Coletivos traz uma regulação que permite a suspensão dos processos individuais desde que seja determinada pelo tribunal, seja de ofício ou a requerimento da parte ou do juiz da causa, obedecendo ao princípio do contraditório e a oitiva dos interessados nas ações individuais.

¹⁰³ Fredie Didier Jr, ao tratar do tema, explica que nas *Federal Rules of Civil Procedure* é necessária a demonstração da ciência inequívoca ao indivíduo, devendo esta ser feita de modo conciso e compreensível para que seja considerada justa. Sobre o posicionamento, vide DIDIER JR, Fredie. *Comentários ao art. 31 In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Edauro Ferrer (Coord). Comentários ao código modelo de processos coletivos: um diálogo ibero-americano*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p.387

¹⁰⁴ Idem

Mesmo com as críticas ao possível desprestígio do processo coletivo com relação a escolha brasileira na temática da possibilidade de suspensão dos processos individuais, dentro da realidade brasileira é de se relevar por conta de outro aspecto subjacente: o tempo de suspensão. Ora, há prazo para a se pleitear a suspensão, mas não se tem prazo para a suspensão do processo em si. E o panorama do Judiciário Brasileiro tem um diagnóstico bastante crítico quanto ao respeito da norma de razoável duração processual. Diante da complexidade atrelada às ações transindividuais, é de se supor que ações individuais tenham a tramitação mais célere - ainda que a sua existência em concomitância a uma coletiva acabe diminuindo o potencial uniformizador e integrativo desta última - o que demonstra uma opção que também se mostra válida ante a realidade nacional.

Superada a questão de uma possível suspensão de processos ante a possibilidade de aproveitamento de uma decisão futura, deve-se falar dos efeitos da coisa julgada propriamente.

A coisa julgada é uma situação jurídica que torna indiscutível o conteúdo de determinadas decisões proferidas pelos representantes da jurisdição, estando intimamente ligada à questão da segurança jurídica.

Sobre o tema, Nery Junior explica:

Há determinados institutos no direito, de natureza material (v.g., decadência, prescrição) ou processual (v.g., preclusão), criados para propiciar segurança nas relações sociais e jurídicas. A coisa julgada é um desses institutos e tem natureza constitucional, pois é [...] elemento que forma a própria existência do estado democrático de direito (CF 1.º caput). Sua proteção não está apenas na Constituição Federal 5.º XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os fundamentos da República (CF 1.º). O estado democrático de direito (CF 1.º caput) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, garantia fundamental – Constituição Federal 5.º XXXVI), que é a coisa julgada, são cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional (CF 60 § 4.º I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil¹⁰⁵

A princípio, esse instituto era tomado como a "presunção da verdade", na qual a sentença irrevogável era considerada absolutamente verdadeira nos fatos e no Direito. Com a evolução da ciência processual, passou-se a se considerar como um efeito da sentença. E, mais recentemente, definiu-se não somente como efeito, mas como uma qualidade de imutabilidade que adere aos efeitos de uma decisão.

¹⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 65.

O Código de Processo Civil vigente, em seu artigo 502 dispõe que "denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso". Como deve-se entender que as palavras utilizadas pelo legislador não são sinônimos guardando, assim, diferenças, imutabilidade deve ser entendida como a impossibilidade de desfazimento ou alteração de uma decisão; já indiscutibilidade se relaciona com a inviabilidade de rediscussão do tanto quanto decidido e que tenha transitado materialmente em julgado.

Parte da doutrina, ao destrinchar o tema, relaciona a coisa julgada com a estabilidade e imunização das relações jurídicas processuais, tendo como expoente Cândido Rangel Dinamarco¹⁰⁶. Sergio Gilberto Porto, por seu turno, descreve que “a coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal”¹⁰⁷.

Da coisa julgada nascem dois aspectos: um positivo e outro negativo. O efeito negativo caracteriza-se como um impedimento ou proibição de que se volte a discutir no futuro questão já decidida por sentença de mérito transitada em julgado. O positivo, por seu turno, determina às partes subsunção ao julgado e obriga o juiz a ajustar-se ao decidido, vinculando os futuros juízes à declaração proferida.¹⁰⁸

O instituto guarda imensa riqueza doutrinária e estudos sobre seus mais diversos aspectos. No entanto, cabe ao presente trabalho nos determos com mais afinco ao regime jurídico bastante próprio da coisa julgada quando aplicado na seara coletiva, no que tange aos seus limites subjetivos e modo de produção.

Quanto aos limites subjetivos, a coisa julgada se subdivide em três possibilidades: *inter partes*, *ultra partes* e *erga omnes*. A primeira trata de decisões que vinculem somente as partes de uma relação jurídica processual, sendo adotada como regra geral nos processos individuais. A segunda, por sua vez, é aquela que vincula a determinados terceiros além das próprias partes que compõe determinado conflito. Por fim, a coisa julgada erga omnes

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 300-301.

¹⁰⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53

¹⁰⁸ NEVES, Celso apud THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, vol. I. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 541.

é aquela que os efeitos atingem a todos sob a jurisdição do Estado, tendo ou não participado do diálogo processual.¹⁰⁹

No direito coletivo se observa a presença das duas últimas modalidades, algo que já difere de forma substancial do direito individual.¹¹⁰

Já quanto ao modo de produção, também há três tipos de coisa julgada: (a) a *pro et contra*, (b) a *secundum eventum litis* e (c) a *secundum eventum probationes*.

A coisa julgada *pro et contra* é a que se forma sem a observância do teor do pronunciamento do julgador, tendo sua origem nos ensinamentos de Chiovenda,¹¹¹ se formando independente da procedência ou não do pleito. É a regra geral aplicada ao processo, inclusive nos demais países latinos.

A coisa julgada *secundum eventum litis*, por seu turno, é aquela que se produz somente com a procedência da demanda. No caso de improcedência a decisão não produzirá coisa julgada material, sendo possível a repositura.¹¹²

Por fim, temos a coisa julgada *secundum eventum probationis* a qual se forma se demanda for decidida definitivamente com apoio na suficiência de provas. Explica-se: Caso a sentença seja improcedente por insuficiência de prova, não se formará a coisa

¹⁰⁹ Fredie Didier comenta que: “Não é demais alertar que há quem não diferencie a coisa julgada *erga omnes* e a *ultra partes*, o que não é de todo equivocado: de fato, uma coisa julgada nunca submete a todos, em qualquer lugar; apenas terceiros, que mantivessem algum vínculo com a causa, poderiam ser atingidos pela decisão”. In: DIDIER JR, Fredie. *Comentários ao art. 33 In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduino Ferrer (Coord). Comentários ao código modelo de processos coletivos: um diálogo ibero-americano*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p.387

¹¹⁰ De forma bastante concisa atualmente o microsistema processual coletivo dispõe que, a sentença terá efeito *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 do CDC. Terá efeito *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 do CDC; E, por fim, *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC.

¹¹¹ CHIOVENDA, Guisepp. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 463.

¹¹² Fredie Didier complementa informando que a coisa julgada nesta modalidade não goza de uma boa recepção pela doutrina em função de uma suposta desigualdade de tratamento entre o autor e réu, implicando em um desequilíbrio na relação processual e mesmo em desobediência aos preceitos processuais constitucionais. In: DIDIER JR, Fredie. *Comentários ao art. 33 In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduino Ferrer (Coord). Comentários ao código modelo de processos coletivos: um diálogo ibero-americano*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p.401

julgada. Essa opção inclusive é adotada na proposta encampada pelos estudiosos que propõem o Código Modelo de Processo Coletivo.¹¹³¹¹⁴

Conforme observado, os institutos de direito processual ganham contornos bastante particulares quando reinterpretaados na seara coletiva. A adoção de uma modalidade diversa reforça a opção do legislador em prestigiar valores diferentes quando conflitos coletivos são levados à julgamento.¹¹⁵

Por derradeiro, é interessante atentar para a expressa possibilidade conferida pelo diploma processual vigente para a propositura de ação rescisória contra decisão na seara coletiva, embora haja dúvidas sobre a sua utilidade no caso de surgimento de nova prova, uma vez que existe a permissão de ingresso de uma nova ação judicial baseada em prova superveniente.

Tal gama de possibilidades conferem aos legitimados a possibilidade de um amplo acesso à tutela coletiva jurisdicional e impõe ao juiz o dever de observar a existência e comprovação de suficiência das provas e indícios apresentados para a superação da coisa julgada, se material.

5. OS PODERES DO JUIZ NA ADMISSÃO DA AÇÃO COLETIVA: PARA ALÉM DA ANÁLISE DOS REQUISITOS FORMAIS DE PROSEGUIMENTO DA DEMANDA

Superada análise formal da admissibilidade da ação transindividual, e tendo em vista a observância aos princípios do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo e do máximo benefício da tutela, passa-se a análise extraprocessual a que

¹¹³ Na realidade, nos casos de coisa julgada *secundum eventum probationis* não ocorre o enfrentamento do mérito, pois segundo ensinamentos de Kazuo Watanabe a própria cognição é *secundum eventum probationem*, isso porque a matéria debatida e conhecida tem condicionamento quanto à profundidade de cognição que se alcançará com o conjunto probatório ou ainda por motivo de política legislativa, possibilita-se que haja uma mitigação da eficácia preclusiva da coisa julgada material. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121

¹¹⁴ A proposta do Código Brasileiro de Processos Coletivos também se alinha neste sentido, ao dispor em se §4º do Art. 13 sobre a possibilidade de intentar nova ação com o surgimento de novas provas que se mostrem determinante ao julgamento da ação coletiva. Resta anotar que existe uma certa mitigação ao se adotar um período temporal para que seja possível ingressar com essa nova ação, no caso dois anos.

¹¹⁵ “A opção pela coisa julgada *secundum eventum probationis* revela o objetivo de prestigiar o valor *justiça* em detrimento do valor *segurança*, bem como preservar os processos coletivos do conluio e da fraude processual”. DIDIER JR, Fredie. *Comentários ao art. 33 In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Edauro Ferrer (Coord). Comentários ao código modelo de processos coletivos: um diálogo ibero-americano*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p.401

se fez referência, sendo necessária a reflexão acerca da existência de outros elementos necessários para o regular prosseguimento da demanda coletiva na estrutura judicial brasileira.¹¹⁶

Para tanto, superada a análise sobre a legitimidade -a obediência aos preceitos dos pressupostos formais para atestar a regularidade do feito para seu seguimento regular – surge a necessidade de amoldar a pretensão coletiva trazida pelo autor para a possibilidade de adequação ao procedimento e às potencialidades do processo coletivo.

De igual maneira, é importante, de forma precedente, observar o a preocupação do legislador ao determinar o cabimento de todas as possíveis espécies de ação para tutela dos direitos transindividuais bem como a possibilidade de concessão ao juiz de poderes de determinar o saneamento e superação de vícios para que se possibilite um julgamento de mérito sobre uma questão, ainda mais dentro do contexto do chamado contencioso social.

É nesta dinâmica que se manifesta a figura da certificação a qual aludimos brevemente no tópico anterior e que se baseia em instituição análoga nas *class actions* do sistema processual norte-americano, por exemplo.

No modelo processual norte-americano é o julgador, representante da vontade estatal, examinando os aspectos de cada um dos casos concretos, que decide, valendo-se de ampla margem de liberdade nessa decisão, se aquela pretensão pode, ou não, assumir a forma de ação coletiva.

A decisão sobre a viabilidade de uma ação coletiva é tratar se, para além do clamado direito coletivo atingido, o legitimado autor é adequado para a representação junto ao poder jurisdicional.

Entretanto, o conteúdo ao qual se busca destacar é justamente a exclusividade da decisão de recepção de uma demanda como coletiva por parte do juiz, cabendo ao autor, no início da demanda engendrar esforços no sentido de comprovar a sua aptidão para representar adequadamente a toda uma coletividade. Isto deve ser compreendido como a possibilidade de apresentar a melhor defesa possível ao interesse da classe ou grupo para

¹¹⁶ Sobre o tema, Barbosa Moreira explica que “inexiste prestação pecuniária que logre compensar adequadamente o dano insuscetível de medição por padrões econômicos. Em poucas matérias, se revela de modo tão eloquente como nesta a insuficiência da tutela repressiva exercitada mediante a imposição de sanções, e quando necessário da execução forçada da condenação. O que mais importa é evitar a ocorrência da lesão: daí o caráter preventivo que deve assumir, de preferência a tutela jurisdicional” In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A proteção jurisdicional dos interesses difusos*. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad. p.102

além dos seus interesses privados, uma vez que somente com seus interesses realmente presentes nos autos é que a coisa julgada poderia ter efeito vinculante para os demais membros independentemente da presença destes formalizada na relação processual formada.

Caso uma determinada ação não consiga atingir o patamar designado pelo juiz para que prossiga na modalidade coletiva, a mesma pode prosseguir como uma ação individual, ou mesmo como um litisconsórcio, não havendo, no entanto, a extensão dos efeitos próprios da coisa julgada coletiva sobre os membros do grupo que não estavam presentes na demanda.

Sobre o tema, Cássio Scarpinella Bueno explica serem necessárias atingir sete condições para que uma ação possa ser certificada pelo juiz para prosseguimento na modalidade coletiva. São eles: (i) A existência de uma classe comprovadamente sujeita a um determinado dano; (ii) O autor da demanda deve ser parte atualmente da coletividade a que a que faz referência¹¹⁷; (iii) o manejo da ação coletiva é uma exigência por conta da impraticabilidade de reunião de todos os membros da classe¹¹⁸; (iv) a existência de questões de fato ou direito comuns e que estas sejam base para a discussão em juízo; (v) a existência de pretensões típicas de uma classe; (vi) a efetividade da representação adequada dos interesses de toda a coletividade pelo indivíduo presente na relação processual, inclusive com a representação por advogado especialista e que possa arcar com as questões subjacentes a esse procedimento; (vii) Por fim, o exame do objeto apresentado amoldar-se em uma das hipóteses previstas na *Rule 23(b)*¹¹⁹.

¹¹⁷ Explica o doutrinador em comento que sobre esta necessidade que ela "parte da premissa de que 'if they have a personal stake in the outcome of the litigation, the representatives are likely to undertake a full prosecution or defense'. A doutrina, ainda, chama a atenção ao fato de que esta questão é, essencialmente, relacionada com a pesquisa em torno da legitimidade *ad causam*. Seriam os representantes adequados substitutos processuais? Seriam legitimados ordinários ou extraordinários? Será que os padrões de legitimação centrados no processo civil tradicional são suficientes para justificar (ou classificar) qual espécie de legitimação que se tem nestas ações coletivas? A doutrina norte-americana até onde pesquisado, não se importa com estas classificações". SCARPINELLA BUENO, Cássio. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. p. 20. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Consulta eletrônica efetuada em 11.12.2018.

¹¹⁸ A doutrina fala da necessidade de vinte cinco a quarenta pessoas para exemplificar a existência da classe.

¹¹⁹ Ainda nos referenciando a Cássio Scarpinella Bueno, o mesmo resume as hipóteses legais de impossibilidade naquelas em "se trata do risco de se ter regras individuais de conduta incompatíveis entre si, (...) se busca uma injunção a favor ou contra a classe para que sejam respeitados os *civil rights* ou, por fim, se é conveniente, por questões de economia processual e segurança jurídica, a junção das centenas, milhares ou milhões de lides individuais (*multiple litigation*) para uma decisão (vinculante, salvo a hipótese de auto exclusão) conjunta e uniforme". SCARPINELLA BUENO, Cássio. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. p. 21. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Consulta eletrônica efetuada em 11;12;2018.

A decisão da certificação prevista no modelo norte-americano se presta a atestar, desta maneira, questões como o reconhecimento de uma demanda coletiva, inclusive quanto as pessoas afetadas pela relação jurídica processual construída, bem como as subclasses necessárias para a melhor delimitação da questão controvertida. Define também os limites do objeto da ação e, com isso, o alcance da coisa julgada. E, por fim, identifica e determina o representante processual adequado para a condução da *class action*.

Apesar de sua importância dentro do sistema legal, até pelas definições supramencionadas a essa decisão atreladas, a certificação é reconhecida, em entendimento majoritário da Suprema Corte, como irrecorrível. Uma reavaliação somente pode se dar no momento de apresentação do recurso da decisão final emitida. A corrente minoritária¹²⁰, por seu turno, acredita que tal decisão deve admitir recurso pela própria natureza do litígio coletivo, acabando por influir diretamente na forma de proteção do bem coletivo em questão e na subsistência de interesse na defesa deste na modalidade individual, muito próximo de algumas situações que o ordenamento brasileiro reserva às ações individuais homogêneas.

Da análise desse instituto e da própria influência sobre o tema é que parte da doutrina processual entende ser necessária a instalação e regramento de um mecanismo análogo no modelo coletivo brasileiro, cabendo destrinchar se, ao menos em parte, os mesmos juízos conferidos aos magistrados norte-americanos podem ser, no sistema atual, empregados pelos magistrados brasileiros.

5.1 A possibilidade de controle judicial da representatividade adequada no modelo brasileiro

Conforme anteriormente mencionado, uma das definições dadas pela decisão de certificação seria acerca da adequação do representante de uma determinada classe ou grupo diante de um conflito coletivo.

¹²⁰ Acerca desta doutrina, a mesma era nomeada como *Death Knell* e não se sagrou a tese vencedora no julgamento, pela Suprema Corte Norte-Americana, do precedente de *Coopers & Lybrand versus Livesay* no ano de 1978

As relações processuais estabelecidas em litígios coletivos, conforme anteriormente tratado, são de uma ordem bastante sensível e devem gozar de uma reflexão bastante particular.

Ao tratar do tema da legitimidade, se discorreu sobre a opção do legislador pátrio ao definir qual a melhor hipótese de legitimidade se adequaria ao sistema processual pátrio. Mas, ao contrapor a preocupação iluminada no modelo norte-americano e a necessidade de o sistema processual de se definir pelos valores e princípios constitucionais que determinam os esforços para não vulneração do devido processo legal, não se mostraria razoável não observar os parâmetros que definem o contencioso social e a dinâmica a ele atrelada em um possível juízo para aferir a adequação do legitimado para um determinado caso em concreto.¹²¹

É justamente com este entendimento que se escreve José Renato Nalini ao tratar dos desafios inerentes à carreira do magistrado:

só é legítimo o comando que não contrarie, oblíqua e frontalmente, ditame constitucional. E para aferir essa compatibilidade, não há receituário ou esquemas rígidos. É a consciência do julgador que elegerá o parâmetro mais racional. Mas a operação de cotejo é irrecusável e integra a atuação de ofício de cada juiz alçado, sob tal concepção, à qualificação de juiz constitucional, seja qual for a sua prestação especializada.¹²²

Portanto, diante de uma situação na qual se verifica a inaptidão de um legitimado para condução de uma determinada pretensão coletiva não poderia, considerando o princípio do devido processo legal e própria lógica das ações transindividuais, manter-se o julgador inerte e escudado por normas que possibilitem o seguimento de uma demanda que possivelmente não gerará o seu efeito ideal ou que possa vir a causar intencionalmente dano a um conjunto de pessoas.¹²³

¹²¹ Importante, no entanto, anotar que há divergência sobre a possibilidade de exercício deste pretensão poder ao magistrado. Nesse sentido, nos referenciamos aos ensinamentos de Arruda Alvim, que ao tratar da questão da representatividade adequada e dos impactos na coisa julgada coletiva assim se manifestou: “... de um lado, os representantes agem *ex lege* e são inequívoca e taxativamente os indicados no art. 82; b) de outra parte, no que diz respeito à extensão da eficácia negativa da sentença e respectiva autoridade da coisa julgada suscetível de se formar no plano de ação coletiva, não virá essa afetar a esfera individual (art. 103, §1º., referente aos incisos I e II, do mesmo art. 103, §2º., deste mesmo art. 103, referente à hipótese do art. 103, inciso III); nesta última hipótese, no entanto, só haverá coisa julgada se o 'interessado' tiver sido efetivamente parte, nos termos do art. 94, ou seja, trata-se de coisa julgada formada entre este, que terá ingressado como 'litisconsorte', como diz a lei e o réu” In ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1995, p. 354

¹²² NALINI, José Roberto. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 23.

¹²³ Sobre o tema, bem lembrou Scarpinella Bueno: “Mauro Cappelletti, indubitavelmente um dos maiores defensores da necessidade de criação de mecanismos de acesso (coletivo) à justiça e também do desenvolvimento e aprimoramento das mais variadas formas para efetivar os novos direitos decorrentes da

O advento de situações que expõe o sistema processual coletivo a uma posição de mal uso eventual por parte de um dos legitimados é certamente um argumento que por si bastaria para que, dentro da missão constitucional, fosse permitisse ao juiz o controle sobre a adequada representação. No entanto, a legislação atinente ao tema é silente sobre a possibilidade de exercício de uma postura nesse sentido.

Tal preocupação, inclusive, se mostrava presente desde os debates acerca da proposta original constante da Lei da Ação Civil Pública, conforme a professora Ada Pellegrini Grinover:

Mais longe ia o Projeto 3.034/84 (de autoria de Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe, Waldemar Mariz de Oliveira Jr. e da autora destas linhas) e do qual se originou a nova lei: combinando critérios próprios da civil law e da common law, confiávamos ao juiz o exame da adequação e da capacidade das associações, sendo a constituição prévia e os objetivos institucionais simples dados a serem tomadas na devida consideração¹²⁴

É justamente nesse sentido que a jurisprudência nacional caminhou, ao reconhecer a necessidade do estabelecimento de um modelo que o Supremo Tribunal Federal nomeou de *ope legis* qualificado (em detrimento de um modelo *ope legis* puro e justamente visando evitar lesão e abusos a direitos fundamentais dos cidadãos).¹²⁵ Essa decisão prestigia a parcela da doutrina crítica ao modelo idealizado pelo legislador e a sua pretensa presunção de idoneidade absoluta dos legitimados determinados pelo ordenamento processual.

Assim, impõe-se ao magistrado o dever de, havendo a presença de provas em contrário, obrigatoriamente avaliar o quadro fático apresentado para inadmitir o seguimento de uma ação judicial que não atende aos parâmetros mínimos de recepção no

sociedade de massa atual, não deixa de reconhecer que o incremento do número e do impacto das *ideological parties* não se faz sem riscos e sem o perigo de serem verificados abusos e, mesmo, tiranias. Anota aquele autor que qualquer tipo de associação em sentido amplo pode tornar-se, ela mesma, centros de medo e opressão seja em face de seus próprios membros, ou perante terceiros. Não esconde que o único interesse que pode levar uma associação de consumidores a juízo pode ser egoístico e contrário aos interesses dos grupos pelos quais, abstratamente, a lei viabiliza sua atuação. Lembra, inclusive, a circunstância de as *class actions* do direito norte-americano poderem servir como *tools of blackmail* Diante desta constatação, encarece a necessidade de que se lancem mão dos mais variados sistemas de public checks and controls. Lembra, a respeito, o papel do *attorney general* nas *relator action* do direito inglês, do *ministère public* na ação de consumidores prevista no ordenamento jurídico francês e, como visto com mais vagar nas linhas precedentes, o papel decisivo do juiz nas *class actions* do direito norte-americano.” SCARPINELLA BUENO, Cássio. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. p. 42. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf> . Consulta eletrônica efetuada em 11;12;2018.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*. Revista de Processo, vol. 43, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 30

¹²⁵ STF, RE 733.433/MG, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 06/04/2016.

sistema legal e agindo de forma preventiva para proteção do bem jurídico coletivo tutelado em complementariedade à proteção corretiva oferecida pelo modal de coisa julgada adotado pelo sistema.¹²⁶

O julgamento quanto a esta qualidade do legitimado de atuar de maneira idônea e atendendo aos critérios de boa-fé ao visar a produção de uma decisão jurisdicional que atenda ao interesse de uma determinada classe ou grupo estaria, assim, sob constante julgo do Poder Estatal para que a relação processual decorrente atingisse validamente os efeitos a que se submete.

Fundamental que se observe, dessa forma, que há um juízo diferenciado de legitimação, para além do atendimento do critério legal de estar presente no rol taxativo, mas de desempenhar adequadamente a representação a que se propõe no caso em concreto. É justamente por ter natureza de ordem pública e passível de análise em qualquer momento e grau de jurisdição, inclusive de ofício, conforme o art. 485, § 3º, do diploma processual, que essa situação jurídica encontra verdadeira singularidade na relação construída na seara coletiva e que, mesmo ausente na legislação, é um fruto jurisprudencial enquanto fonte de criação do direito, em perfeito alinhamento ao que determina o Novo Código de Processo Civil.

Ainda nesse ínterim é que a avaliação em concreto por parte dos órgãos julgadores tem adotado parâmetros para aferição dos legitimados que garantam o atendimento de um determinado nível de performance no decorrer da relação jurídica processual estabelecida.

Um critério adotado pela doutrina e replicado nos tribunais¹²⁷ é a do aferimento da pertinência temática¹²⁸ pelo legitimado, com a conferência de existência entre o objeto tutelado na ação transindividual e a finalidade institucional do órgão legitimado¹²⁹ demandante.

¹²⁶ Sobre a influência da admissão de um controle prévio e sua influência no instituto da coisa julgada verificar RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da Tutela Coletiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 177

¹²⁷ Temos exemplos dessa aplicação nos julgamentos do AgRg no REsp 901.936/RJ, rel. Min. Luiz Lux, DJe 16/03/2009; e do AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.150.424/SP, rel. Min. Olindo Menezes, DJe 24/11/2015.

¹²⁸ Esse critério adotado também pode ser encontrado na doutrina e jurisprudência como princípio da vinculação ou da especialidade.

¹²⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 198.

A exigência de obediência a esse critério está atrelada a própria capacidade de condução processual em um claro alargamento conceitual de legitimidade para verificação de conhecimentos técnicos que possam resultar na representação considerada verdadeiramente plausível e adequada. Essa construção própria do modelo brasileiro se deu inicialmente nas ações de controle de constitucionalidade sendo posteriormente aplicadas aos processos coletivos.

A importância desse juízo complementar ao de legitimidade goza de imensa importância, como podemos observar nas palavras de Scarpinella Bueno:

“Necessariamente, por força dos vetores constitucionais incidentes na espécie, terão cabida considerações de outra ordem. Se há casos onde esta etapa não oferece qualquer dificuldade (o que é o Ministério Público para os fins de uma ação coletiva prevista no Código do Consumidor?), o mesmo não ocorre, por exemplo, quando a indagação a ser enfrentada é a seguinte: o que deve ser entendido por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional para os fins da ação direta de inconstitucionalidade? Mesmo que se chegue a um consenso nesta etapa haverá, em todos os casos, outra questão a se responder: em que hipóteses fáticas aquele legitimado em abstrato pela norma de direito positivo pode agir? E para estes casos não faltarão dúvidas também para entender a ocorrência de situação legitimante para o Ministério Público. Basta, para comprovar a afirmação, passar os olhos nas riquíssimas discussões em torno da possibilidade do parquet questionar em juízo contratos firmados entre escolas e pais de alunos.”¹³⁰

O atendimento desse liame entre as finalidades institucionais e o objeto da demanda transindividual é elemento a ser considerado tanto para os entes privados, casos em que tal aferição ficaria mais evidente principalmente quanto às associações pela sua pluralidade, quanto ao público, caso da Defensoria Pública que tem a sua aferição temática sob o critério subjetivo e não apenas temático¹³¹.

Também é determinado ao juízo a adoção, mais recentemente, de outros critérios que também fazem parte desse dever do juiz na questão da representação adequada para proteção dos interesses de uma certa coletividade.

Para tanto, é feita uma análise da integralidade da atuação do ente legitimado e a falta de coincidência entre os interesses deste com os anseios da coletividade que

¹³⁰ SCARPINELLA BUENO, Cássio. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. p. 38. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Consulta eletrônica efetuada em 11/12/2018.

¹³¹ Sobre o tema é possível um maior aprofundamento no julgado do STJ, REsp 1.264.116/RS, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 13/04/2012

representam. Exemplos nesse sentido podem ser facilmente encontrados em julgados de diversos tribunais pelo país.¹³²

Desta feita, fica patente a utilização pelos magistrados de uma prerrogativa de análise que, mais uma vez, extrapola o tanto quanto determinado na lei e que, em prol de uma unicidade e integralidade do sistema, impõe o dever dos representantes do Estado adotarem uma postura ativa na aferição das condições anteriormente elencadas com o objetivo de adequar a relação jurídica coletiva ao que determina a Constituição Federal.

6. OS PODERES DO JUIZ NA CONSTRUÇÃO DO *THEMA DECIDENDUM*

Conforme já explanado, os limites objetivos da demanda coletiva tem um aspecto bastante particular, os quais derivam basicamente da natureza complexa do conflito coletivo e das repercussões processuais a ele afetos, cabendo ao juiz, em afinidade com os princípios do processo coletivo, auxiliar na construção dos contornos mais próximos da realidade deste conflito a ser levado ao Poder Judiciário.

Tal conflito entre a realidade que se impõe e a adoção de um modelo rígido processual acaba impactando o resultado prático das próprias demandas coletiva e devem ser mitigadas por uma atuação conjunta entre cada um dos sujeitos processuais que constituem a relação jurídica processual.

Interessante proposta para esse obstáculo partiu de parte da doutrina, ao analisar parte da experiência estrangeira e a possível transposição mitigada de suas soluções para as aberturas legais existentes no modelo brasileiro.

Foram analisadas as potencialidades alcançadas no sistema italiano e português ligadas ao tanto quanto decidido nas audiências preliminares em seus respectivos sistemas.

Referência neste tema, Gabriela Monteiro Gabbay, associa a experiência italiana às mudanças legislativas que permitiram, após constatação de uma excessiva flexibilidade procedimental, se atingir um ponto de equilíbrio entre a liberdade das partes e o gerenciamento do processo pelo magistrado. Para tanto, a solução encontrada foi a adoção de um modelo que impõe aos sujeitos parciais da demanda o ônus de apresentação de suas

¹³² TJDF, Apelação 0035946-54.2006.8.07.0001, rel. Des. Flávio Rostirola, j. 15/08/2007.

alegações nas peças iniciais, mas com a possibilidade de modificação ou complementação do objeto em uma fase preparatória marcada pela elasticidade e oralidade, diante do juiz instrutor, em audiência denominada de *trattazione della causa*.¹³³

Nesta audiência, as partes, de maneira dialogal e cooperativamente, constroem os contornos exatos da causa a ser julgadas pelo Poder Judiciário, com a possibilidade de mudanças e alterações que passarão sempre pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, cabendo ao juiz um papel efetivo no gerenciamento dessa relação e na adoção de prazos que possam ser coerentes com a celeridade que a demanda judicial exige.

Em uma análise superficial poder-se-ia inferir que as mudanças são irrestritas, mas as regras procedimentais são determinantes na construção dos contornos mais exatos da relação jurídica processual alegada, sem que as modificações emergentes sejam tamanhas que descaracterizem completamente o pleito inicial.¹³⁴ Após essa fase de definição é que se opera a estabilização da demanda.

A experiência portuguesa, ao seu turno, permite, por força de dispositivo processual, ao juiz a faculdade de adequação formal do procedimento, em seu art. 265-A, ante informações de fato ou direito que se mostrem determinantes, ou que abra margem para a alteração da causa de pedir e pedido, desde que sejam feitas tais modificações de maneira consensual e em observância do contraditório e que, também, não haja verdadeira desnaturação da demanda processual importando em um inconveniente para o julgamento da ação judicial. Tal procedimento se configuraria, ainda, mais adequado na ocasião da audiência preliminar, segundo o próprio ordenamento português.

Os dispositivos legais portugueses, portanto, em afinidade com os italianos anteriormente enumerados, colaboram para um procedimento menos marcado pela preclusão e possibilitam aos sujeitos processuais a melhor definição do conflito social em si e, conseqüentemente, para o melhor julgamento da causa. Observa-se ainda que ambos

¹³³ GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. 2007. p. 96

¹³⁴ Daniela Monteiro Gabbay colaciona excerto da obra de Ovídio Batista que é preciso sobre o tema: “Enquanto precisamos nossa demanda, adicionando-lhe novos fatos, porventura não descritos na inicial, mas que, ainda assim, a não modifiquem para transforma-la em outra, nossa operação visa a revelar tão somente, o que já estava implícito na inicial desde o começo, pois que a demanda permanece a mesma e, pois, as tais novas questões, ou novas exceções, ou as chamadas novas demandas que se dizem incluídas ou ajuntadas à demanda original, em verdade, são simplesmente explicitações de conteúdo imanente à causa, como diz Frederico Marques”. SILVA, Ovídio A. Batista da. *Sentença e Coisa Julgada: ensaios*. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. In GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. 2007. p. 96

os sistemas se utilizam de audiências em momentos preliminares para que seja fomentado esse diálogo que possibilita a melhor configuração, em cooperação, pelas partes e o juiz.

No Código Processual brasileiro anterior, o modelo brasileiro adotou, após mudanças intentada através da Lei nº 10.444/02, a facultatividade da audiência preliminar, o que segundo parte da doutrina seria pernicioso para a própria construção dialogal do objeto do processo e, bem como, se constituindo em um óbice para aproveitamento da experiência estrangeira no modelo nacional.

Ocorre, no entanto, que dentro das alterações abarcadas pelo advento do ordenamento processual vigente está a o §3º do art. 357, o qual determina que “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”.

As possibilidades de aplicação na seara coletiva mostram-se precisa para, dentro do autorizado pelo ordenamento, haver uma construção conjunta do objeto da ação judicial, com a delimitação mais precisa possível, se adequando perfeitamente aos ditames constitucionais e sem os óbices impostos pela lei anterior.

Importante ainda que se ressalve que, tendo aberto uma oportunidade de construção cooperativa do saneamento processual, o aproveitamento deste momento pode se dar de maneira escalonada, inclusive.¹³⁵

Se observa, portanto, que ainda que mais tímida que as propostas presentes em no Código Brasileiro de Processos Coletivos¹³⁶ e no Código Modelo, a alteração constante do diploma vigente representa um avanço na adoção de parte do conteúdo defendido pela doutrina mais abalizada e confere, em interpretação conjunta com o previsto no inciso II do

¹³⁵ Sobre as possibilidades emergentes da audiência: “A audiência preliminar, na esfera coletiva, pode ser aproveitada em muitas potencialidades, como, por exemplo, na definição dialogal do objeto litigioso, certificação da demanda como coletiva, sugestão de formas alternativas e adequadas de resolução de conflitos (como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro – “sistema multiporta”), separação de pedidos formulados em ações distintas, voltadas à tutela, respectivamente dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado os homogêneos, do outro, quando esta separação representa economia processual ou facilite a condução do processo, fixação dos pontos controvertidos e decisão de questões processuais pendentes, analisando se há relação com outras demandas, averiguação da representatividade adequada dos indivíduos legitimados e da presença de interesse social, além de esclarecimento das partes sobre a distribuição do ônus da prova, designando audiências, se for necessário, dentre outras atividades saneadoras ou gerenciais relevantes ao deslinde da causa.” GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. 2007. p. 96

¹³⁶ O art. 25 da proposta do anteprojeto traz um rol de situações afetas à audiência preliminar.

art. 329, a possibilidade de construção de um objeto de ação coletiva que seja coerente com a complexidade dos litígios transindividuais.

Deste modo, seria, mais que defeso, um dever de o magistrado utilizar, havendo a possibilidade concreta, a oportunidade para essa construção dialogal em audiência, sendo facultado, pelas próprias dificuldades que se mostrem supervenientes, a adoção alternativa de procedimento escrito para este fim.

7. OS PODERES DO JUIZ NA NOTIFICAÇÃO DE AÇÕES COLETIVAS

Outro dos deveres típicos das ações coletivas está previsto no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, o qual aduz a necessidade de publicação em edital em órgão oficial para possibilitar o ingresso de interessados a integrarem a demanda, bem como a relação processual, como litisconsortes na demanda coletiva.

Conforme descrito, as ações coletivas se inserem no contexto do processo civil de interesse público, de contencioso social e tem fundamental ligação com acesso à justiça. No contexto de uma justiça não comutativa se mostra necessária o empenho de cada um dos sujeitos processuais na melhor definição possível dos conflitos transindividuais.

Os efeitos de uma comunicação no tocante às ações coletivas alcançam, dessa forma a própria questão da efetividade do bem coletivo e o equilíbrio da distribuição de justiça.

Por termos uma legitimação que permite a presença de diversos autores na construção cooperativa de um provimento adequado é de se supor que a norma vigente no microsistema, apesar de ordinariamente associada às ações individuais homogêneas, pode ser bastante aproveitada nas ações de direitos coletivos em sentido estrito e nas ações de direitos difusos.

De fato, o que se observa no contexto atual é que, superado o não reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública como legitimado para a defesa em ações de natureza coletiva, os membros do *Parquet* e defensores públicos tem buscado conjugar esforços em algumas ações conjuntas¹³⁷, o que se mostra bastante adequado na perspectiva tratada e no

¹³⁷ TJSP, Apelação 0021267-64.2013.8.26.0554, rel. Des. Amorim Cantuária, j. 01.08.2017.

seguimento da possibilidade de obtenção de decisões estruturantes junto ao Poder Judiciário.

Para além da necessidade e da potencialidade inerentes à adoção de um sistema de notificação efetivo é preciso que se reconheça a alteração de dinâmica de comunicação moderna com o surgimento de diversos canais que possibilitam a efetividade e alcance da notificação de ações de tutela coletiva.

O propósito do ato processual de comunicação é dar publicidade a um fato processual acontecido ou que está por acontecer, a uma determinada pessoa, que faça parte do processo ou que possa vir a integra-lo, isto é, a finalidade direta, do ato de comunicação, é a publicidade interna ao processo. Outra função exercida pela comunicação é a de registro processual do exercício de uma determinada situação processual, seja ela um dever, um poder ou faculdade.

Dentre as diversas formas de comunicação processual (v.g. cartas, citações, intimações) também temos a notificação, a qual é utilizada para cientificação da possibilidade de exercício de um ato futuro, tendo caráter preventivo e eliminando a possível alegação de ignorância por parte de algum sujeito interessado.

É também defeso que se observe a existência de instituto equivalente na doutrina estrangeira, sendo o *fair notice* norte-americano uma medida empregada pelo modelo processual que possibilita a fiscalização da condução processual pelo legitimado e o exercício do direito de escolha na participação da relação processual.¹³⁸

Tais efeitos também são plenamente aplicáveis ao direito coletivo pátrio, sendo inclusive inspiração para propostas constantes do Código Modelo e do Código Brasileiro de Processos Coletivos, os quais se detém sobre o tema de maneiras um pouco divergentes. O primeiro concedendo ao magistrado a possibilidade de, em análise do caso concreto lançar mão da medida que, em consenso com as partes, se mostrar mais efetiva para a

¹³⁸ Sobre o tema, explanam Didier e Zaneti Jr: “Nas *Federal Rules* o Civil Procedure (EUA), Rule 23, 2 (B), há expressa menção à necessidade de ciência inequívoca ao indivíduo ‘*the court must direct to class members the best notice practible under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort*’. Na mesma regra, afirma-se que a comunicação (notice), para ser fair (justa), deve ser concisa e compreensível, contendo informações relacionadas à natureza da ação coletiva ajuizada, especificação do grupo a que se relaciona, aos direitos de inclusão e exclusão da eficácia da ação coletiva, entre outras coisas”. DIDIER Jr. Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil* Processo Coletivo. vol IV. 9ª ed. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 165.

notificação dos interessados. O segundo, por sua vez, traz uma disciplina mais rígida aludindo à medidas que avançam, mas prendendo-se ao modelo editalício vigente.

Se pondera, no entanto, que entre a notificação pessoal de todos os membros do grupo, e a mera publicação de um edital ritualístico, seria de se supor a existência de um sem número de alternativas, para o juiz da causa. Deste modo, nos parece mais adequada a opção pela possibilidade de aferimento da medida mais apropriada às circunstâncias do caso concreto, e às peculiaridades do réu e do grupo.

Sobre as possíveis alternativas é preciosa a contribuição de Fredie Didier:

“Quando o grupo é de tamanho reduzido, por exemplo, ou as despesas com a notificação individual não são muito elevadas, a notificação pessoal de todos os membros mostra-se uma solução adequada. É o que se pode chamar "notificação individualizada". Essa notificação, porém, não precisa ser realizada necessariamente por correio. Se o grupo é geograficamente concentrado, como os estudantes de uma escola, os trabalhadores de uma empresa ou os moradores de um bairro, nada impede que a notificação seja realizada através da entrega informal de um envelope, com ou sem a comprovação do recebimento, a critério do juiz. Quando o grupo é muito numeroso ou as despesas com a notificação pessoal são desproporcionalmente altas, porém, a melhor opção é o *sampling notice*, com a notificação pessoal, por amostragem, de alguns membros do grupo, se possível entre os que possuem as pretensões individuais de maior valor, e a notificação por edital dos demais. Isso seria suficiente para trazer publicidade à demanda e garantir que os membros que tomaram conhecimento efetivo da ação atuem em juízo como agentes dos interesses dos demais na tarefa de fiscalização da atividade do representante. É o que se pode chamar "notificação coletiva". A mera publicação de editais ou o envio de correspondência, porém, pode se mostrar insuficiente para atingir todos os membros do grupo.”¹³⁹

São claras, no entanto, as limitações impostas no modelo corrente brasileiro, o qual poderia, com a adoção de qualquer das propostas anteriormente aventadas por projetos de lei que tratem do tema, avançar de sobremaneira nos impactos que uma notificação apropriada poderia causar nos processos de natureza coletiva já em tramitação.

Contudo, a possibilidade de comunicação “pelos meios de comunicação social dos órgãos de defesa do consumidor” prevista no microssistema processual coletivo confere uma certa margem para que, observado o caso concreto, o julgador determine que a notificação se opere por outros canais que se mostrem mais acessíveis ao grupo e entidades interessadas. Tal interpretação extensiva à previsão do diploma consumerista pode vir a

¹³⁹ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 226

constituir uma inovação a ser consolidada através da jurisprudência e ser ela própria fonte de direito na emergência de precedente judicial aplicável ao caso.¹⁴⁰

Por conseguinte, emerge o poder-dever de o juiz, sob a ótica que se desvende no curso do processo, determinar a notificação que alcance o patamar de difusão e justiça compatíveis com a demanda, bem como se mostra incabível em uma sociedade altamente influenciada por uma miríade de canais de comunicação, inclusive digitais, que se mantenha o juízo adstrito à hipótese de notificação somente por meio de edital, em cumprimento à mera formalidade, afrontando princípios e a própria natureza instrumental do processo.

8. OS PODERES DO JUIZ, A INSTRUÇÃO PROCESSUAL E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NOS PROCESSOS COLETIVOS

O processo coletivo, conforme amplamente explanado, é um instrumento por excelência do acesso à Justiça, estando intimamente relacionado com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, garantidor, portanto, da participação do cidadão no exercício da função jurisdicional lastreada no princípio do contraditório. Nesse contexto, o tema da prova se sobressai já que é justamente durante a fase probatória que a participação das figuras parciais do processo tem mais evidência, assegurando a participação no convencimento e influenciando no desfecho da demanda apresentada.

O processo coletivo, no tocante à prova, não se distingue, em linhas gerais, do processo individual, já que se funda na necessidade de perseguir a verdade nas alegações e dessa derivar uma decisão que legitime uma decisão considerada justa¹⁴¹.

¹⁴⁰ "Existindo precedente constitucional ou precedente federal sobre o caso debatido em juízo, a fidelidade ao direito constitui fidelidade ao precedente. Daí que a ausência de efetivo enfrentamento – mediante a demonstração da distinção – pelo juízo de precedente invocado pela parte constitui omissão relevante na redação da fundamentação. Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. Se disser efetivamente respeito à controvérsia examinada em juízo, deve ser adotado como razão de decidir. Se não, a distinção entre o caso precedente e o caso concreto deve ser declinada na fundamentação. A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação do dever de fundamentação (art. 489, § 1º VI, CPC). MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo CPC comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 494.

¹⁴¹ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini (org) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 246.

Há, desta forma, uma ligação entre a prova, o contraditório, a equidade estabelecida na relação jurídica processual e os poderes instrutórios do juiz, os quais são resultado de um modelo processual cooperativo e argumentativo capaz de dar vazão ao à atividade probatória e promover o constante diálogo entre os sujeitos processuais.

Observando que a questão da integralidade do sistema processual preconizada no ordenamento jurídico, o tema das provas novo Código de Processo Civil tem, como em outros institutos, aplicação supletiva e subsidiária no processo coletivo. A primeira nas ocasiões em que não há no microsistema de processo coletivo disciplina para a matéria; a segunda quando há previsão normativa sobre a matéria no microsistema do processo coletivo, mas essa se mostrar menos abrangente ou incompleta.

No entanto, é fundamental que se rememore a necessidade de interpretar as normas do *novel* diploma processual sob a luz dos princípios, finalidade e características próprias e do processo coletivo. Se sobressai, desta maneira, a necessidade de plena aderência do processo às características e às necessidades do direito material a ser protegido.¹⁴²

Ingressando diretamente no tema do ônus da prova, é imperioso que de antemão se traga à baila a informação de que o ordenamento processual vigente manteve a regra conforme seu antecessor traçara, no sentido de que ao autor da demanda incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito e, ao réu, a da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme determinado no artigo 373.

Essa previsão é denominada distribuição estática, ou fixa, do ônus da prova, ou seja, distribuição do ônus pelo juízo será reflexo imediato daquela definida pelo legislador, independentemente das peculiaridades do caso concreto.¹⁴³

Entretanto, na ocasião da edição do novo diploma processual houve a integração à letra da lei de uma construção há muito utilizada pela doutrina e pela jurisprudência, qual seja a admissão expressa da possibilidade de fixação dinâmica pelo juiz do ônus probatório diante da análise casuística.

Na mesma ocasião, e ainda por força do previsto no art. 373 do Código de Processo Civil, também se elencou as hipóteses legais de inversão do ônus da prova¹⁴⁴.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145-149.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 395, comentário nº 5 ao artigo 373 .

A atribuição diversa do ônus da prova, guarda uma relação ainda mais intrínseca com os direitos transindividuais, já que a relação jurídica processual construída nas lides coletivas é natural e reconhecidamente desequilibrada¹⁴⁵, e, desta forma, não se alinham a uma aplicação de regras que ignorem a análise do caso concreto¹⁴⁶, se submetendo ao que seria próprio do processo individual.

Sobre as hipóteses de readequação do ônus probatório, estas se dão quando (i) for impossível ou excessivamente difícil à parte sobre a qual recairia normalmente o ônus da prova cumprir o encargo, ou (ii) for mais fácil à outra parte a produção da prova do fato contrário.

Para que, no entanto, a distribuição dinâmica do ônus probatório se opere de forma a não causar vícios é necessário que se atendam a três condições legais: (i) decisão fundamentada do juiz; (ii) concessão de oportunidade à parte a quem incumbir o encargo de dele se desincumbir; (iii) impossibilidade de a atribuição diversa do ônus da prova gerar um encargo impossível ou excessivamente difícil.

Portanto, em resumo, hoje é defeso ao juízo, na seara processual coletiva a aplicação de diversas previsões normativas que permitem a distribuição dinâmica do ônus seja por força da aplicação da norma do artigo 6º, VIII, do ordenamento consumerista e dos princípios da precaução e da natureza do direito transindividual suscitado ou, ainda, com fundamento no artigo 373, §1, do novo CPC, em função das peculiaridades da causa.

¹⁴⁴ Não custa rememorar que tal previsão na seara coletiva já estava abrangida por força da inovação instaurada pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 6º, inciso VIII, previa a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

¹⁴⁵ Justamente da premissa do desequilíbrio da relação que se adota a regra da inversão na seara consumerista, a qual não se confunde com a distribuição dinâmica do ônus da prova. Nos valendo das lições de Antônio Gidi: “inversão do ônus da prova é técnica processual e parte de pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão”. In: GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor, n.13, p. 33-41, São Paulo: RT, jan-mar/1995, p. 40

¹⁴⁶ Em matéria ambiental, por exemplo, diversos são os julgados que consideram a natureza do direito transindividual protegido determinante para aplicação de uma hipótese não abarcada pela regra geral. Neste sentido, STJ – 1ª T. – REsp 1.049.822/RS – j. 23/4/2009 – rel. min. Francisco Falcão (inversão do ônus da prova com base no artigo 6º, VIII, do CDC); STJ – 2ª T. – REsp 883.656/RS – j. 9/3/2010 – rel. min. Herman Benjamin (inversão do ônus da prova com base no artigo 6º, VIII, do CDC e nos princípios da precaução e do *in dubio pro natura* e atribuição diversa do ônus da prova fundada na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova); STJ – 2ª T. AgRg no REsp 1.192.569/RJ – j. 19/10/2010, rel. mn. Humberto Martins (inversão do ônus da prova com base no princípio da precaução); STJ – 2ª T. – REsp 972.902/RS – j. 25/8/2009 – rel. min. Eliana Calmon (inversão do ônus da prova com base no artigo 6º, VIII, do CDC e no princípio da precaução); STJ – 2ª T. – REsp 1.060.753/SP – j. 1º/12/2009 – rel. min. Eliana Calmon (inversão do ônus da prova com base no princípio da precaução).

Ainda sobre o tema, as normas relativas à distribuição dos ônus probatórios cumprem dupla finalidade no processo civil servindo como guia às partes na necessidade de apresentação de elementos fáticos de suas alegações, mas também se prestam de guia ao juiz, frente a situação de dúvida invencível no tocante às alegações de fato, após a instrução do feito, a fim de permitir a solução da controvérsia, ante a inafastabilidade da jurisdição

Aspecto interessante a se ressaltar é que essa segunda finalidade se trata de autêntica regra de julgamento e, no caso da aplicação da regra geral, não necessita de prévia advertência às partes para a sua aplicação pelo magistrado.

As provas, assim, se desdobram em situações jurídicas processuais a cada um dos sujeitos jurídicos processuais. Para as partes, surge o dever de atender aos comandos determinados pelo Estado-juiz, bem como suportar os ônus que uma possível desobediência, seja ela voluntária ou não, possa impor. Ao mesmo tempo, cabe ao juiz, pelos princípios que regem a disciplina processual se empenhar para dirigir a instrução processual de forma a manter a relação jurídica processual equilibrada e voltada para a busca da verdade real, autorizando inclusive o exercício de seus poderes instrutórios autônomos.

Desta feita, por conta da complexidade inerente às demandas que versem sobre a tutela de direitos transindividuais, devem ter como regra a definição não atrelada à regra geral, a estática, mas sim à dinâmica. Ocorre ainda que para que se faça necessário se valer da estruturação das cargas probatória de forma dinâmica, deve o juízo estabelecer quais os pontos controversos e que demandem das partes a prova à luz do caso concreto¹⁴⁷, ocasião na da qual pode-se ter inicialmente um conjunto probatório suficiente para sanar dúvidas do juízo e que mostrará desnecessária o recurso às regras de distribuição das cargas probatórias.

O tema das provas, como pode-se ver, tem interferência dramática nas ações coletivas, uma vez que se supõe que as mesmas gozem de uma complexidade maior em comparação com as ações individuais. Exatamente por essa característica, e tendo em vista o tanto quanto explanado sobre a possibilidade de realização de audiência preliminar para estabelecer o objeto da demanda, é que novamente nos filiamos ao entendimento deste

¹⁴⁷ Sobre o tema, discorrem MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. "Prova". *Revista dos Tribunais*, 2009, p. 159-162; 204-215

marco no procedimento como o ideal para a fixação das questões atinentes ao caso concreto também no que concerne a matéria probatória.

Ora, se não se exige que na aplicação da regra fixa de distribuição da prova a comunicação por parte do juiz às partes, também não há impedimento para tanto. Assim, até pelo zelo ao princípio da cooperação e do fomento do diálogo entre o juiz e as partes, ou mesmo da assumpção da função gerencial na condução do processo, demanda do juiz o estabelecimento mais explícito possível das regras que entende aplicáveis ao caso concreto ainda mais para os casos em que suas decisões demandarem um juízo de verossimilhança, no caso de concessão de tutelas preventiva e reparatória, ou de credibilidade, para os casos de tutela de precaução¹⁴⁸.

Diante de tal cenário, e sustentados na visão de que o as ações de tutela coletiva não detêm a possibilidade de transferir a integralidade do conflito associado ao bem da vida que a circunscreve para o mundo processual, se mostra necessária se situar quais os pontos a serem debatidos e que demandariam a produção probatória, uma etapa, portanto, no mínimo, concomitante a definição dos limites objetivos da relação processual coletiva.

Apenas após individualização do *thema probandum* seria adequada a apresentação de provas para que se valore a necessidade de produção destas, delimitando a atividade instrutória.¹⁴⁹

O passo necessário a essa delimitação seria, baseada na forma tópica-retórica da instrução probatória permite essa delimitação, a abertura de um canal de comunicação entre as partes para apresentação do conflito e a consequente definição daqueles pontos que se mostrem controvertidos, em conformidade com as alegações das partes. Para tanto o espaço da audiência preliminar se mostra bastante adequado e de acordo com o determinado pela legislação vigente e pelas regras procedimentais tendo como resultado das ações dela decorrentes um despacho saneador que capaz de identificar a situação jurídica processual específica das partes, sejam elas de deveres, faculdade ou ônus.

Ter uma decisão saneadora com esse conteúdo é determinante para que o processo coletivo encontre a sua máxima eficácia, bem como se refletirá de forma certa na

¹⁴⁸ Para maiores informações, ver MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Tutelas jurisdicionais de prevenção e de precaução no processo coletivo ambiental. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, março/2017, n. 133, p. 09-17

¹⁴⁹ ROSITO, Francisco, *Direito probatório – as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33

celeridade para a resposta definitiva do estado quanto ao conflito social sobre o qual tenha sido provocado, nesse sentido, a adoção de providências dialogais para essa construção coletiva acabam por, na análise tópica da situação processual específica do caso concreto, se constituir em um poder-dever ao juízo.

9. OS PODERES DO JUIZ, A INSTRUÇÃO PROCESSUAL E OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL.

Ainda sobre o tópico das provas, sob o aspecto da coletividade, o processo coletivo deve buscar ser o mais próximo possível do fenômeno de qual trata o bem da vida ao qual se busca uma determinada solução de crise de direito associada.

Muito já se tratou da complexidade dos conflitos de natureza transindividuais, bem como no tópico anterior, da necessidade de se estabelecer os pontos controvertidos do conflito e definição sobre quais deles incidirá a instrução probatória.

No entanto, em temas sensíveis que são tutelados pelos direitos transindividuais, muitas vezes, não existe uma homogeneidade nos entendimentos expostos em juízo e para equacionar essa divergência sobre o tema, principalmente nos casos que tratam de reformas estruturantes e de políticas públicas, a comunidade pode ser ouvida diretamente em seus diversos espectros.

A edição da Lei 9.868/1999, trouxe ao ordenamos institutos antes estranhos à jurisdição constitucional brasileira¹⁵⁰. Entre esses institutos, têm inegável destaque a audiência pública para a manifestação de experts sobre temas técnicos que envolvem distintas áreas do conhecimento, substanciando de legitimidade as decisões proferidas pela Suprema Corte no controle abstrato de constitucionalidade.

Ocorre, no entanto, nos distanciando da celeuma das ações de constitucionalidade como espécies de ações de tutela coletiva, que a incorporação de tais institutos tem extrapolado a jurisdição das cortes superiores com aplicação em outros graus.

¹⁵⁰ A primeira utilização desses institutos se deu por ocasião do julgamento da ADI 3.510.

É fundada nesta premissa que Alexandra Fuchs de Araújo, magistrada do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão que trata de uma ação civil pública, que tramita na primeira instância da capital paulista, que versa sobre políticas públicas preleciona que:

‘No mais, tendo em vista a quantidade de atores interessados no desfecho do processo e o pedido de extinção formulado pelo Ministério Público, pondero a necessidade de realização de audiência pública, para a coleta de informações relevantes. A decisão se baseia na experiência colhida no decorrer dos anos, no sentido de que, por se tratar de decisão envolvendo a implementação de política pública, há vários atores atuando nos autos e o objeto é multifacetado, e admite as mais diversas interpretações e soluções. Certamente, a decisão a ser tomada nestes autos – seja de extinção do processo ou não – afetará os mais diversos atores sociais, desde entes públicos que não participaram formalmente do contraditório.¹⁵¹

Dessa decisão, pode-se colher informações preciosas e que se alinham ao tanto quanto debatido, qual seja a complexidade inerente à tutela de direitos transindividuais e a necessidade de uma postura diferenciada por parte do julgador, uma vez que se mostra que parte fenomenológica do conflito não pode ser trazida em absoluto ao processo, podendo inclusive se abrir a oportunidade de terceiros alheios ao processo, mas que guardem com o conflito alguma proximidade, possam trazer contribuições e informações que possam levar a uma decisão pertinente para o ponto a que deve se pronunciar.

Uma oportunidade como essa, traduzida em uma consulta pública, materializada em forma de audiência pública, pode se alinhar a muitos dos princípios democráticos que regem as leis e conferir ainda mais parâmetros de ajuste à realidade para a decisão superveniente.

A forma escolhida para essa aproximação pode variar bastante, até pela característica fluida do conflito coletivo, já que presumidamente complexo, podendo ir de local para até mesmo irradiado (o qual pode até extrapolar fronteiras), podendo ter diversos formatos e permitir diversas soluções para que se colha informações de atores relevantes, mas que não estejam formalmente representados nos autos processuais.

Os Tribunais Superiores, por exemplo, para além da realização de audiências públicas, fazem uso das contribuições trazidas por diversos *amici curiae*, os quais podem contribuir com ainda mais informações para uma conclusão que alcance o patamar de pacificação social que a própria ciência processual persegue.

¹⁵¹ TJSP, Ação Civil Pública 0027139-65.2000.8.26.0053, MM juíza. Alexandra Fuchs de Araújo, disponível no DJE de 13.10.2014.

Portanto, se observa que diante uma situação que imponha a necessidade de adoção de um conjunto probatório mais robusto, deve o juiz fazer uso de meios que possibilitem ter um contato mais amplo com a diversidade de olhares e entendimentos sobre o conflito considerando a sua característica de relevante interesse público e social.

10. OS PODERES DO JUIZ NA HOMOLOGAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Ainda diante do paradigma iniciado com o advento do diploma processual em vigência, é certo que é um dos deveres impostos ao juízo fomentar todos os mecanismos de autocomposição nas demandas judiciais e, nesse tocante, as demandas que versam sobre interesses transindividuais não se mostram excepcionadas.

Neste panorama, é certo que a inauguração da admissão dos negócios jurídicos processuais no modelo processual brasileiro pode vir a encontrar certa inquietude quando inserida na seara coletiva, vez que se entende que os direitos transindividuais não poderiam ser objeto de transações.

Aos defensores da possibilidade de utilização desse instituto, é defeso ao sistema a utilização de contrato além do ramo civilista, podendo servir para adaptar e melhorar pontos sensíveis aos demais ramos do direito, inclusive ao processo.

De outro lado, na perspectiva do processo civil de interesse público, se observa uma postura mais intransigente às soluções negociadas, ainda que a mediação e conciliação estejam cada vez mais presentes nas demandas que versem sobre o tema.

Desta maneira, embasado ainda nas experiências inseridas no ordenamento pátrio¹⁵², é possível afirmar que o modelo processual brasileiro busca se estruturar como

¹⁵² Antonio do Passo Cabral, ao discorrer sobre o tema enumera que: “os procedimentos de falência, insolvência e recuperação judicial, nos quais há múltiplos interesses, públicos e privados, e existem muitos acordos processuais (...) a arbitralidade dos conflitos da Fazenda Pública, a conciliação em causas do Estado (art. 10 parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001), a possibilidade de que não haja reexame necessário em condenações da Fazenda Pública abaixo de mil salários mínimos para União (art. 494 § 2º do NCPC), a ausência de ajuizamento de execução fiscal em alguns casos de pequeno valor”. CABRAL, Antonio do Passo. *As convenções processuais e o termo do ajustamento de conduta*. In ZANETI Jr. Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodvm. 2016. p. 321.

um sistema multiportas, possibilitando e fomentando os meios consensuais de resolução de conflitos, sejam eles de quais ordens forem.

Não se pode escusar que a possibilidade de disposição na seara coletiva é restrita, pela própria natureza dos direitos tutelados, mas já se tem instrumentos utilizados para definir o modo e tempo de cumprimento de obrigações determinadas. É nesse conjunto que se insere o termo de ajustamento de conduta (TAC), o qual é previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985.

A natureza do termo de ajustamento de conduta é tema controverso, sob o aspecto de sua inserção no campo material ou processual, bem como os limites de seu manejo nas questões de interesses coletivos. A doutrina, em sua maioria, não significa o TAC como uma forma de transação, mas como ato administrativo negocial, pela indisponibilidade do direito material afetado.

Ocorre, no entanto, que sob o prisma da máxima efetivação dos direitos e interesses difusos, um instrumento que se insira na lógica da cooperação e diálogo entre os sujeitos jurídicos processuais parece se inserir perfeitamente no sistema como delineado e bastante adequado para o prelecionado pelo microssistema de direito coletivo.

Portanto, quanto ao termo de ajustamento de conduta, mostra-se uma importante ferramenta que permite uma atuação dos legitimados públicos para a defesa dos direitos transindividuais para além da arena processual, estando vinculado a todas as exigências legais sem que se atinja ou inviabilize o próprio direito tutelado.

Importante, no entanto, trazer à baila a existência de duas espécies de TAC, sendo uma judicial e a outra extrajudicial. A primeira possibilidade diz respeito à formulação e redução à termo do ajustamento de conduta no bojo da própria ação coletiva que esteja em tramitação. A segunda possibilidade é a condução destes verdadeiros negócios jurídicos bilaterais ao juízo, uma vez que se constituem em títulos executivos extrajudiciais, sendo nesse momento que se impõe a figura judicial como confirmador do tanto quanto negociado entre um legitimado público e o respectivo compromissário.

Na dinâmica da primeira possibilidade, o julgador, dentro de sua competência e inserido ainda dentro da relação jurídica processual estabelecida, desempenhará suas funções de maneira ordinária. Na segunda possibilidade, ao seu turno, poder-se-ia imaginar

se tratar de um juízo de deliberação na homologação da autocomposição, mas as atividades desenvolvidas vão além.

De fato, impõe-se ao magistrado uma análise aprofundada do tanto quanto acordado para, em compatibilidade com os princípios inerentes aos direitos transindividuais, considerar a justeza das medidas acordadas, podendo inclusive julga-las como inadequadas e considerar as mesmas incompatíveis com o sistema coletivo negando a sua homologação.

Ocorre, desta maneira, verdadeiro controle por parte do representante do Estado-juíz, consistindo um dever que extrapola um juízo simplista de deliberação.

5. CAPÍTULO VI – OS PROVIMENTOS JUDICIAIS BRASILEIROS E EFETIVIDADE NA TUTELA COLETIVA

1. NATUREZA E ALCANCE

Na sua redação primitiva o Código de Processo Civil não utilizava o vocábulo provimento para designar uma medida ou providência ordenada pelo juiz. A palavra era reservada aos recursos, significando que o órgão *ad quem*, ao verificar a presença dos pressupostos de admissibilidade, apreciava o mérito do recurso, dando-lhe ou não provimento.

Com a reforma da Lei nº 10.350/2001, estabeleceu o legislador o dever das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo em cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Em consequência, incorporou-se ao direito positivo o provimento como sinônimo de pronunciamento do juiz, de decisão que resolve alguma questão surgida no processo ou que emite um comando. Por outro lado, não são provimentos judiciais os atos materiais subsequentes ou complementares ao pronunciamento do juiz e, a cargo deste ou dos auxiliares do juízo (p.ex. a expedição de assinatura de um mandado, a intimação da parte), razão pela qual o artigo 203 do Código de Processo Civil se mostraria equivocado ao restringir os atos judiciais aos provimentos (sentenças, decisões interlocutórias e despachos), pois na prática o juiz realiza, além dos já citados, outros atos no curso do processo (p. ex., designa e preside as audiências, colhe prova), que não são pronunciamentos e nem resolvem questões.

Alvo de inúmeras críticas da doutrina, as modalidades de provimentos judiciais definidas pelo art. 203 do CPC mostram-se como um reflexo da tentativa de simplificar o complexo sistema de recursos do Código de 1939, sujeitando a sentença à apelação e as decisões interlocutórias ao agravo, à medida que tornara irrecorríveis os despachos, também rotulados de despacho de mero expediente.

Na redação primitiva de parágrafo primeiro do citado artigo, a sentença era “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”, enquanto que

a decisão interlocutória era “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” Adotava-se, por conseguinte, o critério topográfico e não se considerava o conteúdo desses atos judiciais.

A Lei nº 11.232/2005 alterou o parágrafo primeiro do art. 162, do diploma processual revogado, e redefiniu o conceito de sentença para o ato do juiz que implica em alguma das situações previstas nos art. 267 e 269 do então diploma processual, sendo esta mesma lógica transposta para o Código Processual Civil vigente. Não é o propósito mostrar acertos ou desacertos do legislador com a sua opção de conceituar sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Importa é que, independente do momento processual ou da forma, os três poderão em tese consubstanciar provimentos judiciais. Para tanto, basta que contenham uma decisão precedida de um juízo de valor e que sejam capazes de afetar a esfera jurídica do destinatário.

2. A CLASSIFICAÇÃO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS

Tema extremamente espinhoso e que divide a doutrina contemporânea diz respeito à classificação das sentenças, espécies de provimento judicial que segundo a atual dicção do diploma processual resolve ou não o mérito da demanda.

Ressalvados poucos autores, a classificação ternária das sentenças de conhecimento (declaratória, condenatória e constitutiva) foi larga e incondicionalmente adotada pelos estudiosos durante anos. A sentença declaratória (ou meramente declaratória) se destina a solucionar uma crise de incerteza jurídica, declarando a existência (ou inexistência) de um fato ou ato relevante. Pela sentença constitutiva, o juiz cria, extingue ou modifica uma relação processual ou situação jurídica. Já as sentenças condenatórias contêm dois elementos característicos: a declaração da existência de um direito e a aplicação de uma sanção que sujeitava posteriormente o devedor a medidas executivas, para solucionar eventual inadimplemento.

Considera-se satisfatória e capaz de agrupar todas as modalidades de sentenças e, conseqüentemente, de provimentos judiciais, a classificação ternária passou a ser questionada com mais intensidade no Brasil, a partir da vigência do art. 84 do CDC e da lei nº 8.952/1994, que alterou o regime da execução das obrigações de fazer e de não fazer.

O surgimento de direitos cuja a tutela reclamava medidas mais efetivas de preservação e restauração do que as tradicionais, importou no resgate de uma classificação proposta por Pontes de Miranda, o qual, inspirado em estudos alemães, propunha acrescentar ainda as espécies de sentença mandamental e executiva.

Em princípio, para o doutrinador, a sentença mandamental tem conteúdo diverso das demais, pois não constitui ou condena. Mas, sim, manda, isto é, emite uma ordem direta de cumprimento imediato ao destinatário. Já a sentença executiva é caracterizada pela retirada de algo do devedor e sua transferência para o patrimônio do credor, sem a necessidade de um processo de execução como a condenatória, pois já teria esse condão específico.

É importante ainda lembrar que, em seus ensinamentos, Pontes de Miranda deixava claro que as sentenças, do modo como observava, não tinham elementos estanques para sua definição e que somente lhe conferindo cargas e pesos numa série decrescente de um a cinco seria possível uma classificação ou identificação adequada, inexistindo, portanto, uma sentença de conteúdo puro, mas sim aquela de conteúdo predominante.

Os que se filiam a essa teoria quíntaria da natureza dos provimentos jurisdicionais criticam a ternária por desconsiderar as diferenças dos fenômenos da pretensão, da ação de direito material e da ação de direito processual. De outro lado, os adeptos da teoria ternária, por sua vez, questionam as características que dividiriam uma ação entre executiva *lato sensu* das ações mandamentais.

Especificamente no tocante à tutela coletiva, é importante notar que um provimento que garanta tão somente a constituição de um título executivo acaba por não resolver de forma adequada as demandas coletivas, ainda mais pelo espectro social ou mesmo político que as impregnam o dito contencioso social. Com o condão de condicionar um cuidado superveniente é garantido no art. 83 a admissibilidade de todas as espécies de ações para a tutela dos direitos e interesses previstos na Lei 8.073/90, considerando ainda a possibilidade de imposição de medidas que, para além de uma tutela específica, assegurem o resultado prático equivalente.

Portanto, quando se analisa a classificação de provimentos sob o prisma determinado pelo microsistema de processo coletivo, se é capaz de concluir que, mais adequado que classificar os provimentos judiciais de acordo com uma corrente ou outra, é

ter o conhecimento quais são os possíveis provimentos diferenciados e quando estes poderão ser empregados em específico na tutela coletiva pelo juízo competente.

Ainda nesse mesmo condão, transcrevemos conclusão de Fausto José Martins Seabra:

É certo que o contemporâneo legislador processual não ressuscitou a vetusta teoria imanentista do direito de ação, em que esta e o próprio direito material eram apenas as duas faces da mesma moeda, mas é inegável que procurou dotar o sistema processual de remédios mais eficientes de acordo com o direito material invocado pelo autor da demanda, sem se preocupar com uma classificação dogmática e processual das técnicas para a tutela de novos direitos. Tanto é verdade, que não se fala em condenação ou execução, mas sim em cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, cuja gênese pertence ao direito material e não ao direito processual.¹⁵³

Para fins de esgotamento do presente subtema ainda é necessário que se atente à proposta do professor Guilherme Marinoni, o qual partindo da premissa de que a aspiração do processo contemporâneo é o de aproximar o que determina o ideal legislativo do que se apresenta como real cotidiano de forma pragmática, propõe a adoção de uma nova classificação de tutelas. O doutrinador adverte que não pretende retornar ao *status quo* da teoria civilista da ação, mantendo-se alinhado ao direito abstrato, arrolando as seguintes modalidades: ressarcitória, reintegratória, tutela da obtenção e restituição de coisa, tutela específica do adimplemento da obrigação contratual de fazer e de entregar coisa, tutela específica do dever legal de fazer e tutela inibitória.

Barbosa Moreira, por sua vez, partindo do pressuposto de uma maior coincidência possível entre o processo e seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito, resume a problemática da execução forçada reunindo as obrigações do vencido em dar algo, fazer algo e impedir que algo aconteça.

3. PROVIMENTOS DO DIREITO COMPARADO

A importância do juiz e seu provimento no direcionamento do processo não é um fenômeno exclusivo do direito pátrio, dessa forma, é importante trazer à baila experiências elencadas em outros países e que podem evidenciar a necessidade de um espectro mais

¹⁵³ MARTINS SEABRA, Fausto José. *A atuação do juiz na efetivação da tutela coletiva*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. 2008. p. 34

amplo, ou não, para os magistrados brasileiros quando ao lidar com as ações de natureza coletiva.

Sob essa mesma expectativa, em 1984, realizou-se, na Universidade de Milão, um encontro cujo tema eram as decisões de caráter provisório e urgente admissíveis nos ordenamentos jurídicos dos países participantes e as sanções para o descumprimento dessas medidas.

Sob a responsabilidade do jurista Vittorio Denti, elaborou-se um relatório do encontro, o qual apontou inflexões comuns e específicas dos sistemas jurídicos analisados. Neste relatório, concluiu-se que a falta de uma real efetividade dos comandos judiciais pode ser reflexo da ineficácia das vias executivas consideradas habituais, embora não tenha sido enfático ao propor uma exata simetria entre os procedimentos executivos e o problema de efetividade.

No tocante à dita execução por quantia certa, iluminou-se que a função da execução forçada se mostra anacrônica por conta da evolução social e econômica, uma vez que a penhora dos bens se torna mais um meio de constrangimento do credor visando o pagamento, que um meio de satisfação do credor.

Outro ponto que se sobressai no relatório é justamente a importância das obrigações destituídas de um caráter patrimonial direto, ou seja, diversa da conversão em perdas e danos por não satisfazer adequadamente o direito ameaçado ou violado. Nesse campo, em específico, há uma maior relevância para as ações de tutela coletiva, bem como as de natureza individual e que versem sobre direitos de personalidade. Justamente nessa seara, na qual a quantificação de um dano, ou mesmo a mensuração deste, em contrapartida a um direito não exatamente quantificável é que se destacam os provimentos judiciais diferenciados, os meios de coerção e de execução indireta.

Em suas conclusões preliminares, Vittorio Denti, identifica um fenômeno ao qual atribui a alcunha de declínio da força da coisa julgada. Uma vez que ao credor importaria mais a eficácia da decisão que a sua natureza permanente ou mutável, não prevalecendo o valor da *res judicata*. Portanto, em uma verdadeira ponderação, à parte importa mais se o fato se sobrepõe ao eventual direito defendido. E nesse mesmo contexto, os sistemas de *common law* e *civil law* se identificam no uso de medidas coercitivas de caráter provisório, haja vista que não há necessidade premente de um juízo que seja esgotado para o seu uso.

Para o relator, ainda, emergiram exemplos interessantes de sua pesquisa. Um deles é o Japão, no qual se observa a prevalência da resolutividade de conflitos de toda ordem por meio de mecanismos de composição extrajudicial. Dentti faz menção que, segundo o professor e pesquisador Ichiro Kitamura, aproximadamente mais de noventa e cinco por cento dos casos de conflito no Japão não iriam para jurisdição contenciosa. Tal fato caracterizaria uma fórmula predominante: jamais ao julgamento. Em sua análise, portanto, a decisão judicial seria imbuída de uma culpa social, havendo mais valor no gesto de pedir perdão e reconhecer eventual erro perante as pretensas vítimas que conseguir uma compensação judicial correlata a um fato. Esse valor é tão caro à sociedade japonesa que não é incomum que os tribunais japoneses determinem a publicação de uma nota de escusas em jornais de grande circulação. Importante notar que essa é uma realidade muito própria daquele país, construída e baseada fortemente em seus valores e história, sendo assim, muito característicos para um compartilhamento com outros sistemas judiciais.

Outro exemplo trazido foi o dos *referés*, utilizados nos sistemas de Luxemburgo e Bélgica, muito próximos do sistema francês, e no qual a jurisdição se ocupa de adoção de medidas de natureza urgente e provisória. Essa jurisdição é caracterizada por um julgamento de cautela, mas gozando de um largo poder de apreciação, no qual se verificará a existência de um fato urgente e se este fato não pode ser resolvido junto a própria jurisdição competente para o mérito e por meio de medidas cautelares, reservando a jurisdição dos *referés* para as situações caracterizadas por uma necessidade real de intervenções imediatas, não havendo assim um juízo de urgência com base no traslado da ação judicial, mas sim um juízo sobre a urgência do fato material anunciado. Exatamente por ser um juízo de provisoriedade, as decisões proferidas pelo juiz do *referé* não gozam dos efeitos da coisa julgada perante o juiz que analisará o mérito, havendo, assim verdadeira separação entre a emissão de um julgamento de urgência e do mérito. Observou-se que os *referés* tem efeito bastante prático junto aos eventuais abarcados pelas decisões proferidas em sua jurisdição, havendo alto grau de transação depois da emissão de um provimento desta natureza. Esses podem ter diversos condões como o de medidas de instrução ou *injunctions*, os quais são utilizados desde em procedimentos possessórios quanto em situações de comando à administração por uma irregularidade ou interrupção de uma determinada política pública. Ainda no *referé*, o juiz pode, ao reconhecer um direito certo, e preenchido o requisito de urgência, determinar uma prestação específica, tanto para

o réu quanto autorizando o autor ao exercício de uma determinada prática, sob pena do pagamento de multa periódicas – as chamadas astreintes.

4. MEDIDAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS PROVIMENTOS

4.1 Hipóteses de incidência.

A preferência da tutela específica sobre a possibilidade de indenização nas obrigações de fazer ou não fazer não decorre tão somente do disposto no Código de Defesa do Consumidor, em seu arts. 83 e 84, em conjunto com o tanto quanto determinado no microsistema de direito coletivo, mas também de uma ótica analítica da natureza do direito coletivo, uma vez que diversos direitos têm dimensões irreparáveis. Autorizar, mediante pagamento de uma indenização, a continuidade de poluição de um determinado rio, que vai afetar permanentemente uma nascente, é incorrer em um dano irreparável a um determinado bioma e cuja a repercussão não pode ser medida de imediato ou mesmo a determinação de indenização por um produto viciado que esteja à disposição de uma comunidade não se mostra mais adequada que sua imediata retirada de venda, evitando-se prejuízos futuros.

No entanto, a determinação de uma obrigação específica pode ser retardada tanto pela vontade deliberada em desobedecer quanto por conta existência de fatores impeditivos alheios à sua vontade. Nestes momentos impõe-se ao magistrado um dever de emitir decisões que tornem realidade o tanto quanto determinado, podendo agir com certa fluidez ou sem estar atado a um modelo previamente traçado pelo legislador, fazendo uso de certa grau de liberdade para alcanças os meios executivos adequados, sejam eles de coação ou de sub-rogação, utilizando o modelo de classificação referenciado por Giuseppe Chiovenda, podendo, no primeiro caso, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com a participação do obrigado, ou, no segundo caso, conseguir para o credor o bem a que tem direito independente da participação ou vontade do obrigado.

Patrícia Miranda Pizzol, ao analisar o tema, trata da função repristinatória, a qual trata do dever do magistrado, gozando de uma maior autonomia, de privilegiar a tutela específica em detrimento de uma possível condenação em perdas e danos, exercendo uma

função meramente reparatória, podendo, para tanto, utilizar de instrumentos de coerção e de execução indireta.¹⁵⁴

A mesma doutrinadora é assertiva ao determinar que “qualquer que seja a categoria da pretensão deduzida em juízo, o Estado-juiz tem por finalidade precípua prevenir a lesão a direitos e interesses, ou seja evitar que tais ofensas se concretizem”.¹⁵⁵

Há, desta maneira, o dever do magistrado de perseguir a tutela específica, havendo até mesmo a coincidência deste dever com a efetividade do processo e a utilidade do processo.¹⁵⁶

4.2 Criatividade judicial

A possibilidade de o juiz não se ater ao tanto quanto determinado em lei para alcançar determinado resultado almejado em um provimento judicial poderia, a princípio, ser entendido como abuso de seu poder ou mesmo arbítrio e desvio de conduta, uma vez que para muitos estudiosos do tema, ao juiz cabe a aplicação da regra jurídica abstrata prevista para a solução de um caso concreto, não tendo a possibilidade de alargar seu campo de julgamento para análise de conveniência e oportunidade, características do administrador público.

No entanto, o disposto no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor elucida que ao juiz é defesa a utilização das medidas necessárias para alcançar a efetividade da tutela específica ou que assegurem um resultado prático que seja equivalente. Havendo, no entanto, os comandos legais que balizam essa possível escolha: a necessidade e a adequação.

Não existe, dessa maneira, uma vedação ao uso pelo juiz de todos os comandos que lhe estejam ao alcance na adoção de medidas que assegurem os provimentos judiciais no plano das ações coletivas. Em verdade, o próprio legislador, ao considerar as

¹⁵⁴ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus. 1998. p. 161

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Tal entendimento é relativamente recente no Direito, uma vez que a influência do liberalismo era forte nos ordenamentos jurídicos e impunha o entendimento de que qualquer inadimplemento por parte de um determinado credor poder-se-ia resolver com a imposição de indenização. Patrícia Pizzol lembra que “Esse posicionamento, inclusive, consubstanciado, expressamente, no Código Civil Francês (art. 1.142): ‘toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor’”. PIZZOL, Patrícia Miranda *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus. 1998. p. 165

possibilidades de eleição de adoção de um rol taxativo, optou por deixar a cargo do julgamento dos juízes a aplicação dessas medidas com o fito de garantir a efetividade de suas decisões uma vez que não se pode prever a dinâmica de todas as relações processuais estabelecidas em cada um dos tipos de ação de tutela coletiva, ainda mais nos casos de inadimplemento.

Assim, guardadas as devidas proporções, no momento em que se mostre necessária a adoção de medidas não usuais para que se atinja um resultado determinado pelo juízo, o magistrado deixaria de exercer um papel criador e passa a ser um executor administrador, uma vez que já houve a decisão quanto ao detentor da razão na situação específica referenciada.

Valemos novamente das lições de Barbosa Moreira sobre o assunto:

Que o juiz não se limita a utilizar normas pre-fabricadas, mas desempenha também ai uma função criadora, é coisa que ninguém mais duvida. O juiz simples boca da lei, sonhado por antiga doutrina, se alguma vez existiu, é defunto de longa data sepultado. Há limites, contudo, para semelhante criação. O juiz cria nos interstícios da rede normativa; não se lhe permite sobrepor a ela sua fantasia, sorvida que seja nas fontes mais puras e alimentada pelas mais santas intenções. Falece o juiz legitimação política para irrogar-se com amplitude o papel de legislador.¹⁵⁷

Ademais, as próprias características dos direitos coletivos, o fato de serem direitos de uma conflituosidade e alcance de difícil mensuração, são causas que podem demandar uma condução atípica para que o resultado de tal processo coletivo seja efetivo e respeite as funções social e política desse tipo específico.

4.3 Limites

Na esteira do anteriormente mencionado, ao tratar sobre a evolução processual, existem críticas sobre a liberdade que gozariam os juízes na fase instrumental, sobretudo ante a existência de um processo dito democrático, o qual não comportaria uma relação diversa da horizontalidade entre as partes e o juiz na construção do contraditório. Assim, a próprio gerenciamento do processo pelo magistrado e o resultado sobre a esfera de

¹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a cultura da transgressão*, in *Temas de direito processual*, 7. série. São Paulo: Saraiva, 2001, 251-261;

liberdade da parte devem ser mitigados pela existência de limites ou critérios para a adoção de uma determinada medida ou comando. Assim, infere-se que para manutenção do respeito ao critério constitucional imposto pelo Estado Democrático de Direito é necessário que tal poder não ganhe contornos absolutos, pois até mesmo aos Administradores Públicos não é cediço um poder discricionário que ofenda o disposto no art. 93 da Carta Cidadã, portanto é necessária a adoção de prudência e responsabilidade por parte do julgador.

Da mesma forma, o art. 805 do novo Código de Processo Civil, ao tratar da execução, preceitua que ao promover a execução deve o juiz observar o meio menos gravoso para a sua concretização.¹⁵⁸

No âmbito das searas coletivas tais características devem guiar de forma ainda mais intensa a atuação judicial, uma vez que a mutação dos interesses estabelecidos pelas partes e pelos interessados no desfecho de eventual ação gozam de reflexos ainda mais sensíveis a uma comunidade e à sociedade, impondo, portanto, ainda mais reflexão e serenidade para adoção de uma determinada ordem concreta.

Como a norma do art. 84 do Código de Processo Civil é de natureza aberta, é necessário que se estabeleça parâmetros legais para nortear e impor margens à essa atuação e papel, especialmente em situações de inadimplemento de um dever atribuído a um obrigado.

O primeiro limite a ser considerado é justamente, portanto, aquele que reside em um direito ou garantia de ordem constitucional, não podendo, a princípio, uma ordem judicial que afronte a este. Há, contudo, na própria Constituição Federal, a previsão para que, sob o julgo do devido processo legal, o indivíduo possa ser privado de liberdade ou de seus bens. Logo, se observado o procedimento em contraditório, o respeito ao tratamento isonômico, a possibilidade do exercício da ampla defesa, a competência do juízo e a fundamentação da decisão, entre outros ditames do processo justo, a liberdade e o próprio patrimônio de uma determinada parte pode ser alcançada por uma decisão judicial.

¹⁵⁸ Interessante a posição de Patricia Pizzol, ao discorrer sobre o art. 620 do CPC/1973 ao tratar da opção de um legitimado por um pedido que se mostre menos gravoso, em unicidade com o que preceitua o art. 805 do atual CPC: “Parece-nos que, realmente não poderá o autor da ação optar, incondicionalmente, em qualquer hipótese, pela conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos. Isso só será possível se a conversão não for mais gravosa para o devedor e, ainda, se esta se mostra mais adequada à solução da lide. Não se pode admitir, na hipótese, que fique ao bel-prazer do Ministério Público ou dos demais legitimados optar por um dos meios de execução do título, quando o outro é, sem sombra de dúvida, mais satisfatório.”. PIZZOL. Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus. 1998. p. 168.

A doutrina, ante a constitucionalização de inúmeros direitos, o que impõe a ponderação ao julgador, trouxe contribuições valiosas no sentido da necessidade de adoção do princípio da proporcionalidade para solução de eventual conflito entre a defesa de direitos e interesses coletivos em contrapartida a interesses que antagonizem estes., sendo este o principal limitador da atividade judicial, devendo ser ponderado caso a caso.

Para a adoção da proporcionalidade como norteador, sem maiores aprofundamentos que o tema possibilita, o julgador deve observar as dimensões sucessivas de: i) necessidade, ii) adequação, iii) proporcionalidade em sentido estrito, e iv) não excessividade. No entanto, pode-se resumir esse juízo em adequação e necessidade.

É imperioso, assim, que a medida a se adotar não se constitua em uma lesão pessoal ou material marcada pela excessividade ao direito que violou. Há a necessidade de um determinado equilíbrio entre os meios empregados e o fim almejado.

Para parte da doutrina, a escolha da medida tem natureza casuística e não existiria uma tabela que balize os magistrados, devendo este se guiar pelo princípio da necessidade, desdobrado em meio idôneo e na menor restrição possível, sempre acompanhado de uma fundamentação adequada e suficiente. Essa mesma doutrina ainda defende que a sub-rogação gozaria de menor efetividade ante a determinação de multa ou coerção direta, sendo medida subsidiária às anteriores.

Há, no entanto, uma evidente contradição no pensamento ou hierarquização das medidas dispostas ao juízo para efetivação de suas decisões no âmbito das tutelas coletivas. Se o julgamento mais adequado tem sempre a natureza casuística, não se pode partir da premissa que determinado tipo de medida seria de antemão mais adequado que outra.

Desta forma, a atividade judicial se mostrará inadequada e desrespeitosa aos limites constitucionais e democráticos inerentes ao processo quando não houver obediência ao princípio da proporcionalidade ou não ficar demonstrada a motivação suficiente para a sua adoção.

Para fins de ilustrar o tanto quanto racionalizado, exsurge-se o exemplo do professor Cândido Rangel Dinamarco, o qual faz menção a uma decisão judicial que determina que uma casa noturna não produza ruídos acima de um referido patamar de decibéis. Intimada, não cumpre a determinação. O juiz determina que um oficial de justiça compareça o local e proceda a adequação do volume dos equipamentos. No entanto,

novamente o mesmo estabelecimento altera o determinado. Nova ordem judicial surge para a apreensão do equipamento de som. A casa noturna, então, compra novo equipamento de som e continua a desprezar os limites sonoros já identificados como adequados e, assim, o juiz determina o lacramento do estabelecimento.¹⁵⁹

Este exemplo, é cristalino na função de demonstrar eventual dano causado a uma comunidade, na adoção de medidas de gravidade progressiva e ainda o respeito ao devido processo legal e ampla defesa.

4.4 Medidas sub-rogatórias

Nas ocasiões nas quais a ordem do magistrado não encontre respaldo na realidade por ato de vontade do devedor, ou mesmo por fatores que lhe sejam alheios, pode-se, no espectro do entendimento das ações do juiz como um poder-dever, fazer uso de medidas de sub-rogação.

Medidas sub-rogatórias podem ser entendidas como atividades desenvolvidas pelo juiz ou, à sua ordem, efetivadas por seus auxiliares ou por terceiros, com o intuito de obter o resultado idêntico àquele que deveria ter sido concretizado pelo sujeito obrigado ou o resultado prático equivalente. Neste caso, dispensa-se a colaboração do obrigado, que deve somente se abster de criar barreiras para efetivação da decisão judicial, havendo previsão para imputação de conduta atentatória à dignidade da justiça (inc. IV do art. 77 do CPC/2015)

Em resumo, as medidas ditas sub-rogatórias serão aquelas materializadas pelo juiz, por auxiliares ou por terceiro, em substituição do obrigado, seja praticando o ato que voluntariamente o devedor deveria ter realizado, seja adotando uma atividade que visa obter o resultado prático equivalente voltada para a satisfação do titular do direito previamente reconhecido.

Essas medidas podem ser divididas em dois grupos distintos: a objetiva e a subjetiva. O grupo das medidas objetivas é justamente a mais utilizada, pois determina a conversão de uma obrigação específica no pagamento de uma determinada quantia de

¹⁵⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros.2003. p. 227/228

dinheiro em substituição a um fazer específico. É imperioso notar, no entanto, que tal medida, na seara coletiva, deve ser adotada com uma maior parcimônia tendo em vista o comando legal de primazia pela efetivação da tutela jurídica específica determinada em eventual ação coletiva.

Para Kazuo Watanabe um exemplo de medida sub-rogatória objetiva em ação coletiva seria um comando de “não poluir”, por exemplo. No caso de um eventual descumprimento de tal comando:

poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v.g. colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc), e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar atividade nociva. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coativamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de força policial (§ 5º do art. 461)¹⁶⁰

Importante pontuar que o exemplo trazido a comento referencia artigos do diploma processual anterior, sem que haja qualquer prejuízo em sua transposição para o diploma atual ou que se perca o seu valor didático, uma vez que há a previsão do inciso. IV do art. 139, que prevê a possibilidade do juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”

Há ainda doutrinadores, como Luiz Guilherme Marinoni, que entendem que a sub-rogação é uma medida de menor efetividade quando em comparação com a imposição de multa ou mesmo da coerção direta, devendo sua aplicação ser subsidiária a estas.¹⁶¹

Já as medidas sub-rogatórias ditas subjetivas são aquelas nas quais houver a substituição da conduta do obrigado pela atividade judicial, sendo seu grande exemplo ilustrativo o caso da determinação de administrador judicial da massa falida, bem como do encarregado de realizar a penhora do faturamento da pessoa jurídica devedora.

Há, no entanto, outras medidas previstas no ordenamento jurídico que autorizam essa postura pelo juízo tal qual a contida na Lei n 8.884/1994, a qual trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Na referida Lei, é autorizado ao juiz a nomeação de interventor judicial pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias para aplicação do

¹⁶⁰ WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer in Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996 p. 44

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5.ed. 2006. p. 232.

tanto quanto determinado nos autos da ação judicial. Nessa situação, o interventor judicial é obrigado a apresentar relatórios periódicos de suas atividades, informando ao juízo de eventuais informações de interesse superveniente, como ilícitos, por exemplo. Sua atividade também está assegurada no caso de identificar-se a imposição de óbices para o seu desenvolvimento, uma vez que se pode até mesmo determinar a alteração social da empresa para que a colaboração se dê de forma integral, evitando-se a medida última na qual o interventor assume integralmente a empresa.

Apesar da especificidade da medida de nomeação de um interventor judicial, a qual estaria restrita aos casos típicos determinados na Lei, é importante que se observe que o seu aproveitamento nas ações coletivas pode se mostrar adequado ao se analisar o caso concreto das situações levadas à juízo.

É oportuno, no entanto, ressaltar que é uma medida bastante drástica e que a sua aplicação demandaria urgência e uma postura intransigente da parte obrigada. Uma aplicação que não observasse tais requisitos cabalmente poderá estar imbuída de, para além da nulidade, autoritarismo que não se concilia com o Processo Civil Constitucional.

4.5 Medidas de coerção e sanção.

4.5.1 Multa periódica

Conforme se observa no cotidiano forense, a recusa em obedecer às determinações judiciais são, infelizmente, comuns na jurisdição nacional. E, mesmo dispondo de uma série de medidas para efetivar o cumprimento dessas decisões, ainda assim, seja pela natureza da obrigação analisada – caso das obrigações de fazer infungíveis, por exemplo - ou pela conduta deliberada da parte, muitas vezes a estratégia do juízo é a de adotar medidas que sejam capazes de constranger o devedor ao cumprimento.

Para obter tal comportamento, é que, via de regra, se prevê nas decisões a cominação de multa diária em função do descumprimento de ordem judicial. Esse instituto está previsto dentro do microssistema de direito coletivo nos artigos. 11 da Lei de Ação

Civil Pública, 213, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Essa previsão deriva de um instituto francês do século XIX, a *astreinte*, a qual seria definida como uma pena pecuniária razoável, imposta ao devedor em atraso, suscetível de indefinida elevação e destinada a obter o cumprimento de obrigação

Interessante anotar que a previsão de multa com esse fim e natureza já era prevista nas Ordenações Filipinas, para os casos de ações de interdito proibitório e ação cominatória. Tal previsão também estava inscrita no Código de Processo Civil de 1939 que, inicialmente, em seu art. 287 apontava a possibilidade de aplicação de multa coercitiva para cumprimento da sentença a condicionando, no entanto, ao expresse pedido do autor na petição inicial.

Essa condicionante foi, por algum tempo, óbice para o resultado a que a inclusão do instituto no ordenamento processual visava. Com posteriores alterações foi possível vislumbrar os efeitos não somente nas sentenças, como anteriormente previsto, mas também nas decisões liminares que permeavam os processos judiciais.

Nesse sentido, assim se manifesta Guilherme Rizzo Amaral:

Sem sombra de dúvida, a principal e mais importante previsão legal para a medida passou a ser o artigo 461, §4º, do Código de Processo Civil brasileiro, que incorporou ao processo civil comum a possibilidade de aplicação, independentemente de pedido do autor, das astreintes, seja em sentença (como ocorria com o art. 287 do CPC), seja em antecipação de tutela, como já se previa no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, artigo 84, §4º).¹⁶²

Com a consolidação da sua previsão no âmbito processual, não houve surpresa na sua manutenção no diploma processual vigente. Há, no entanto, algumas mudanças, uma vez que anteriormente o instituto era previsto como “multa-diária”, ao passo que o é atualmente denominado “multa”, não sendo possível estabelecer de antemão o período diário como pré-determinado.

Outras inovações ainda são alvo de vacilações doutrinárias no tocante às multas periódicas, mas não serão objeto de maiores aprofundamentos no presente trabalho.

¹⁶² AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: a multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004, p. 36

Importa, assim, observar que o objetivo principal da multa é exercer verdadeira pressão sobre o executado para que dê andamento ao cumprimento de uma obrigação imposta insurgindo uma verdadeira falha se a mesma não tiver condições de incutir no devedor efeitos psicológicos e/ou econômicos que o façam ponderar acerca do cumprimento da decisão judicial ser mais benéfico que o resultado de um eventual descumprimento.

Para atingir os fins a que se propõe, portanto, é necessário que o valor estipulado seja imediatamente atrelado à realidade da parte que descumprir o comando judicial. não podendo, nas palavras de Fredie Didier, “ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento”¹⁶³.

Há a necessidade de, novamente, se analisar os critérios de proporcionalidade na eleição do valor da multa para que não se configure verdadeiro enriquecimento sem causa do credor ou que acabe impondo um valor excessivo para a parte devedora. Ainda que não se imponha um limite legal para a eleição do *quantum*, há a necessidade de se respeitar o equilíbrio entre o binômio necessidade-possibilidade para que não seja necessária a readequação do valor imposto ante a não obediência dos referidos critérios.

Por fim, é importante notar que a não imposição de periodicidade acaba possibilitando a imposição de uma multa fixa pelo não descumprimento, conferindo ao magistrado um maior poder de coação nos casos de obrigações instantâneas, que se resolvem em um único ato, por exemplo, e que no modal de imposição de valores sucessivos e diários não continha o mesmo potencial.

4.5.2 Prisão por descumprimento de ordem judicial.

Inicialmente cumpre lembrar que as hipóteses de prisão civil estão rigidamente reguladas no art. art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que prevê: “Não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

¹⁶³ DIDIER JR, Fredie; CUNHA; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol 2. Salvador: Jus Podivm, 2014.

Ocorre, no entanto, que como a imposição da multa diária, outra situação que guarda certa familiaridade quando em análise o descumprimento de um comando judicial é o requerimento, na maior parte das vezes do credor, da satisfação de seu pedido sob o julgo de eventual caracterização de crime de desobediência.

Em análise, a princípio, poder-se-ia dizer que, como método último, para a efetivação da tutela judicial perseguida, a mera possibilidade de um “julgamento sumário” que importe na possibilidade de acionamento da força policial para condução do devedor para a prisão poderia se mostrar um forte incentivador para o cumprimento voluntário.

Mas deve-se sopesar a constitucionalidade de uma medida com esse poder e gravidade. Não parece embasado nos princípios do contraditório e ampla defesa uma decisão singular que tenha tais efeitos sobre nenhum cidadão, ainda mais se tivermos como norte que tais discussões ocorram no plano do direito civil, ainda que estes, quando se tratarem de direitos de dimensão transindividual, tenham um alcance social significativo e que importem em resultados diretos de uma sociedade ou comunidade.

Nesse sentido, é pacífico, atualmente, que, mesmo caracterizada pelo juízo a existência de descumprimento de sua decisão, não há autorização legal para a decretação de prisão. Pode a autoridade determinar, configurada a violação, a remessa de cópias dos autos para o *Parquet* ou ainda para a autoridade policial competente para que seja realizado por estas o necessário procedimento para apuração de prática criminal que possa vir a ser corretamente avaliada pelo juízo criminal.

Nos parece ser justamente esse o entendimento de Kazuo Watanabe, ao discorrer sobre a ampliação concedida aos poderes do juiz pelo Código de Defesa do Consumidor, no qual diz que com a possibilidade de expedir mandamentos ou ordens, ao se constatar o descumprimento destas, à semelhança das *injunctio*s americanas ou da ação “inibitória” do sistema italiano, poder-se-ia estar diante da configuração de crime de desobediência, como afronta à Justiça.¹⁶⁴

É esse entendimento emitido pelo STJ, em seu informativo 517 do ano de 2013, o qual transcrevemos integralmente:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO
OU AMEAÇA DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO NO EXERCÍCIO DE

¹⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998. p. 615.

JURISDIÇÃO CÍVEL, RESSALVADA A OBRIGAÇÃO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA. Não é possível que o magistrado, ao conceder tutela antecipada no âmbito de processo cível cujo objeto não consista em obrigação de natureza alimentícia, efetue ameaça de decretação de prisão para o caso de eventual descumprimento dessa ordem judicial, sob a justificativa de que, nesse caso, configurar-se-ia crime de desobediência (art. 330 do CP). Isso porque não se admite a decretação ou a ameaça de decretação de prisão nos autos de processo civil como forma de coagir a parte ao cumprimento de obrigação, ressalvada a obrigação de natureza alimentícia. Precedentes citados: HC 125.042-RS, Quarta Turma, DJe 23/3/2009; RHC 16.279-GO, Primeira Turma, DJ 30/9/2004; e HC 18.610-RJ, Quinta Turma, DJ 4/11/2002. RHC 35.253-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 5/3/2013.”

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

As alterações sociais decorrentes das mudanças as quais a sociedade moderna foi exposta acabaram por resultar na alteração da própria aceção de como o indivíduo passou a se enxergar quando em sociedade. Tais alterações implicaram, de igual forma, no estabelecimento de um feixe de relações entre esses indivíduos que são característicos e decorrentes da forma como a sua sociedade/comunidade foi formada e quais valores está submetida.

Sob essa premissa, a sociedade ocidental e mais precisamente a sociedade brasileira se inseriu, na contemporaneidade, no chamado Estado Democrático de Direito, o qual possibilitou o reconhecimento de uma miríade de direitos de diversas dimensões com o estabelecimento de condutas ativas e passivas a serem determinadas pelo Estado para que se possa atingir um padrão de respeito a um valor próprio que é devido a qualquer ser humano.

Para que se atinja tais parâmetros, variadas foram as iniciativas que se estabeleceram nos mais diversos ramos. Sob o aspecto da Justiça, o reconhecimento de direitos que extrapolam as esferas de interesses individuais com consequências sobre uma coletividade foi determinante para que se possa garantir a dignidade e a horizontalidade no tratamento de questões coletivas com a possibilidade de tutela destes direitos pelo Judiciário, sem que se inflija qualquer marca ao dever de dirimir conflitos que é próprio do Estado Moderno.

Para tanto, a recepção e desenvolvimento de um sistema que primasse pelo reconhecimento de coletividades passou por diversas etapas, que foram da estratificação de grupos e direitos até a estruturação de um modelo capaz de tutelar e proteger tais direitos. Para tanto, o processo amoldou-se para estabelecer escopos de desenvolvimento que atendessem ao seu primado maior, qual seja a pacificação social e o acesso à justiça.

Neste sentido, o desenvolvimento da disciplina processual coletiva se situa como um instrumento para o alargamento das possibilidades de acesso à justiça, principalmente com foco nos grupos considerados vulneráveis e nos direitos que são reconhecidamente pertencentes a uma coletividade não identificada.

Ante ao panorama introduzido pela emergência do processo coletivo, se verificou que as próprias dificuldades que se encontram na instrumentalização dessa modalidade de tutela são, em parte, decorrentes da não adequação do sistema brasileiro a um processo que não seja calcado nos dogmas inerente ao processo individual.

Buscou-se, desta forma, introduzir e debater sobre os diversos sujeitos jurídicos processuais que compõe o sistema como desenhado pelo ordenamento legal, com um maior escrutínio sobre a figura do juiz, tratando da sua imparcialidade e das previsões do sistema para a manutenção desta característica como fundamento para a integridade da decisão que coloque fim a um conflito social desenhado.

Também se mostrou bastante importante o estudo sobre as situações jurídicas processuais a que se submetem cada um dos sujeitos do processo. Com a definição de cada uma destas como poderes, deveres, faculdades e ônus. Sendo que quanto a figura do juiz se verificou que a mesma se constitui como um poder-dever ante as imposições legais impostas.

Após, tratou-se da relação processual como elemento fundante para a concepção moderna de processo, sendo junto ao procedimento os dois núcleos principais para sua correta conceituação e decorrente do princípio do contraditório.

Buscou-se demonstrar também que a relação entre os sujeitos processuais no contexto das ações coletivas da tutela de interesses transindividuais tem contornos muito particulares e que se diferenciam de sobremaneira da dinâmica clássica imposta as relações jurídicas processuais, marcadamente as afetas ao processo individual, o que autoriza a mudança de ótica e de sopesamento aos deveres do juiz e das partes, principalmente os legitimados legais que carregam a responsabilidade de representarem pessoas determinadas ou não no bojo do processo.

Essa alteração na dinâmica entre os diversos sujeitos processuais na relação jurídica processual coletiva é ainda fortemente influenciada pelas inovações trazidas pelo diploma processual vigente, como o princípio da cooperação e a constituição do processo coletivo como um processo civil de interesse público, marcado por uma situação na qual se tem um dito contencioso social.

De posse de todas as investigações anteriores, foi possível, apoiado nas provisões normativas atuais e projetos de lei sobre o tema, desenhar diversos poderes-deveres do juiz

que se diferenciam no processo coletivo, tratando das questões da admissão das ações de tutela coletiva, da aproximação e adoção de critérios da chamada decisão de certificação da ação (própria das *class actions* norte-americanas), da fixação dos limites objetivos da demanda coletiva, da adequada determinação do ônus da prova, da adoção de medidas que possam potencializar o contencioso social – notificação e participação social – no ínterim de produzir um corpo probatório robusto capaz de municiar a decisão para que possa atingir os efeitos perseguidos e alcançar o aspecto estruturante a que as decisões das ações coletivas possuem potencial.

Por fim, investigou-se a necessidade de adoção de provimentos diferenciados para a efetivação das decisões nas ações de tutela coletiva, tendo em vista toda a particularidade evidenciada nos tópicos antecedentes, com a enumeração de medidas que possam municiar o juiz a concretizar a decisão capaz de representar a vontade do Estado sobre um conflito de contornos e repercussões não tão visíveis, a um primeiro olhar.

Dessa maneira, o que se observou foi que apesar das possibilidades inovadoras trazidas pela doutrina para o tema, parte das acepções são hoje possíveis pelas normas processuais em vigência que podem, se corretamente manejadas, possibilitar um procedimento fluido para a construção de uma decisão dialogal sobre um determinado conflito marcado fortemente por fatores sociológicos e culturais nem sempre possíveis de transposição para a arena processual do Judiciário.

O sujeito representante do Estado-juiz, como responsável pela condução processual, ganha, desta maneira, uma responsabilidade ainda maior ao assumir a função gerencial em uma relação que extrapolaria aquela presente nos autos e assume a função de produzir decisões que podem se transmutar na mudança de realidade e na imposição de novos paradigmas dogmáticos e normativos em temas sensíveis para população reconhecidamente vulnerável, alcançando verdadeiros patamares de Justiça e conduzindo jurisdicionados para uma possível situação de menor vulnerabilidade em um país marcado pelas suas diferenças e distorções sociais, em perfeito alinhamento aos objetivos políticos, jurídicos e sociais do Direito.

7. BIBLIOGRAFIA

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org) *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1995.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: a multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz. Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a cultura da transgressão*, In *Temas de direito processual*, 7. série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional das políticas públicas*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/pedido.pdf>> Acesso em 02.11.2017

BATISTA, Lia Carolina. *Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 159.

BENCKE, Carlos Alberto. *Os três modelos de juiz de Fraçois Ost: Uma visão à brasileira*. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/248f8/24962/24adf?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> Acesso em 12.09.2017

CABRAL, Antonio do Passo. *As convenções processuais e o termo do ajustamento de conduta*. In ZANETI Jr. Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodvm. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea*. in Revista do Processo, v.60, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review. Vol. 89. Nº 7. 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COSTA, Susana Henriques, In CABRAL, Antônio do Passo (coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

DIDIER Jr, Fredie. *Tópicos sobre a última reforma processual*. Revista de Processo. 2006.

_____. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodvm. 2013.

_____. *Notas sobre as decisões estruturantes*. Texto disponível em https://www.academia.edu/34215122/Notas_sobre_as_decisões_estruturantes .Acesso em 11.12.2017.

_____. *Comentários ao art. 31* In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Edaurdo Ferrer (Coord). *Comentários ao código modelo de processos coletivos: um diálogo ibero-americano*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

_____. *Comentários ao art. 32* In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Edaurdo Ferrer (Coord). *Comentários ao código modelo de processos coletivos: um diálogo ibero-americano*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol 2. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral Do Novo Código De Processo Civil*. São Paulo. Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 10^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. 6^a. Ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros.2003.

DIDIER Jr. Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil Processo Coletivo*. vol IV. 9^a ed. Salvador: Juspodvm, 2014.

ELLIOTT, Anthony; TURNER, Byan . *On Society*. Cambridge: Polity Press, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 6^a ed. São Paulo: Atlas 2011.

FARIA, José Eduardo. *A definição de interesse público, em processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista do Tribunais. 2003.

FEINSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos necessitados*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FISS, Owen. *As formas de justiça*. SALLES, Carlos Alberto de (Coord. Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp.25-104.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. SALLES, Carlos Alberto de (Coord. Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Processo coletivo e elementos objetivos da demanda*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O processo coletivo refém do individualismo*. In ZANETI Jr, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodvm.2016.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor, n.13, p. 33-41, São Paulo: RT, jan-mar/1995.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GREGGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. KOCHEN, Ronaldo (trad.). Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org). *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*. Revista de Processo, vol. 43, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. *Poderes do juiz no processo coletivo: diálogos entre o CPC e o “Projeto Gidi”* in ZANETI Jr, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Editora Juspodvm. 2016.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____. *Processo Coletivo: Evoluções e perspectivas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo.

LIEBMANN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Repercussões do novo CPC*. In ZANETI JR, Hermes. *Processo coletivo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas ações coletivas*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas. 2006.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5.ed. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo CPC comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS SEABRA, Fausto José. *A atuação do juiz na efetivação da tutela coletiva*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. 2008. p. 34

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva. 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O Anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a Legislação Brasileira*. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 117, p. 109-128, set./out. 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O Código modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartir Latin, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Tutelas jurisdicionais de prevenção e de precaução no processo coletivo ambiental*. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, março/2017, n. 133.

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

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3 ed. São Paulo: Método. 2016.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do Juiz nas ações coletivas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2007.

OST, François. *Júpiter, Hercules, Hermes: três modelos de juiz*. Madrid, DOXA nº 14, 1993.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. *Democracia, participação e processo*. In: DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1988.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus. 1998

ROSITO, Francisco, *Direito probatório – as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROQUE, André Vasconcelos. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2016.

SALLES, Carlos Alberto. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 41.

SCARPINELLA BUENO , Cássio. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf> . Acesso em 11.12.2018

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2ª ed., Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e o mecanismo previsto no código processual civil*. In ZANETI Jr, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodvm.2016. p. 109-130

TARDE, Gabriel. *Monadologia e Sociologia*. Petrópolis: Vozes, 2003.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. In ZANETI Jr. Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodvm. 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de processo civil*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer in Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Da cognição no processo civil*. 3.ed. São Paulo: DPJ, 2005.

ZANETI JR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio do Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI Jr. Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do jurídico. In ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ALVIM, Theresa (Org.) *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.