

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



Dissertação de Mestrado

**A Ação Civil Pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais e a legitimidade ativa do cidadão: uma proposta de alteração legislativa**

**Leonardo Bas Galupe Lagos**

**Pelotas, 2019.**

**Leonardo Bas Galupe Lagos**

**A Ação Civil Pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais e a legitimidade ativa do cidadão: uma proposta de alteração legislativa**

Dissertação apresentada como requisito parcial, para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL).

Orientador: Alexandre Fernandes Gastal

Pelotas, 2019.

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas  
Catalogação na Publicação

L177a Lagos, Leonardo Bas Galupe

A ação civil pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais e a legitimidade ativa do cidadão: uma proposta de alteração legislativa / Leonardo Bas Galupe Lagos ; Alexandre Fernandes Gastal, orientador. — Pelotas, 2019.

151 f. : il.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2019.

1. Cidadão. 2. Direitos sociais. 3. Ação civil pública. 4. Representação adequada. 5. Legitimidade ativa. I. Gastal, Alexandre Fernandes, orient. II. Título.

CDDir : 341.4622

**Leonardo Bas Galupe Lagos**

**A Ação Civil Pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais e a legitimidade ativa do cidadão: uma proposta de alteração legislativa**

Dissertação, aprovada, como requisito parcial, para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, faculdade de Direito, da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL).

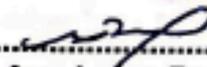
**Data da Defesa:** 28.03.2019

**Banca examinadora:**

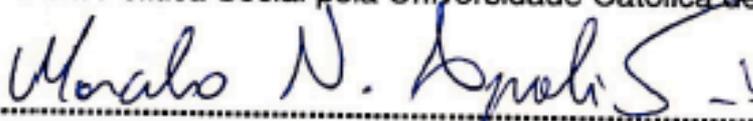


.....  
**Prof. Dr. Alexandre Fernandes Gastal (Orientador)**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

  
.....  
**Profa. Dra. Ana Luiza Berg Barcellos**

Doutora em Política Social pela Universidade Católica de Pelotas (UCPEL).



.....  
**Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário**

Doutor em Direitos Fundamentais pela Universidad Autónoma de Madrid/ESP.

## AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Ana Paula, por ser minha companheira inseparável de todas as horas e desafios, que não me deixa desistir de meus nos momentos difíceis.

Aos meus queridos pais, José Antônio e Denise, por acreditarem em mim e serem minhas maiores inspirações.

À minha vó Nilza, minha tia Heloísa e minha madrinha Marisa, pelo carinho e incentivo que me fazem continuar sempre.

À minha sogra, Carmen Lúcia, que acompanhou de perto toda essa empreitada.

Aos colegas do Mestrado da UFPEL e da Procuradoria Federal da AGU por contribuírem com meu crescimento acadêmico e profissional.

Aos colegas de docência da UCPEL pelas trocas de experiências que muito enriquecem meu dia a dia.

Ao meu orientador, Alexandre Gastal, que desde os tempos de graduação é para mim um grande inspirador no campo jurídico.

E a Deus, pelo privilégio de ter saúde e oportunidade de me qualificar profissionalmente.

## RESUMO

O trabalho possui como premissa a discussão acerca do papel central a ser desempenhado pelo cidadão, através do poder Judiciário, para efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente, principalmente a contar do paradigma do Estado Social e do movimento neoconstitucional. A presente proposta é demonstrar que o processo coletivo, por meio da ação civil pública, é o instrumento jurídico adequado para que o poder Judiciário efetue o controle das políticas públicas relacionadas a tais direitos. Por meio do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica, sobretudo a partir do estudo do direito comparado com a *class action* norte-americana, verificar-se-á se o sistema *ope legis* de controle da representação adequada adotado pela Lei nº 7.347/85, no que tange aos legitimados ativos para proporem ação civil pública, foi o mais apropriado para a tutela dos direitos fundamentais sociais. Acredita-se que uma alteração legislativa para incluir o cidadão como legitimado ativo para o ajuizamento da ação civil pública, com a adoção do sistema *ope judicis* de controle da representação adequada, seria de grande valia para nosso microsistema processual coletivo e especialmente para concretização dos direitos sociais pela via judicial.

**Palavras-Chave:** Cidadão. Direitos sociais. Ação civil pública. Representação adequada. Legitimidade ativa.

## ABSTRACT

The work has as premise the discussion about the central role to be played by the citizen, through the Judiciary, for the realization of social rights constitutionally foreseen, mainly from the paradigm of the Social State and the neoconstitutional movement. The present proposal is to demonstrate that the collective process, through public civil action, is the appropriate legal instrument for the judiciary to control public policies related to such rights. By means of the deductive method and bibliographical research, especially from the study of law compared to the American class action, it will be verified if the system of control of the adequate representation adopted by Law nº 7.347 / 85, in which refers to the legitimate assets to propose public civil action, was the most appropriate for the protection of fundamental social rights. It is believed that a legislative amendment to include the citizen as legitimized active for the filing of the public civil action, with the adoption of the judicial system of control of adequate representation, would be of great value for our collective micro-system of process and especially for realization of rights through judicial channels.

**Key-Words:** Citizen. Social rights. Public civil action. Proper representation. Active legitimacy.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2. CONSTITUIÇÃO, CIDADÃO E DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>9</b>
2.1 CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A FIGURA DO CIDADÃO.....	9
2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO: ORIGENS, CARACTERÍSTICAS E CRÍTICAS.....	16
2.3 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
2.4 A (IN)EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	28
<b>3. ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>40</b>
3.1 ACESSO MATERIAL À JUSTIÇA.....	40
3.2 O PAPEL DO PROCESSO CIVIL.....	49
3.3 PROCESSO CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: UMA SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO PROCESSUAL.....	55
3.4 PROCESSO COLETIVO E DIREITOS SOCIAIS.....	66
3.4.1 Teoria geral do processo coletivo.....	66
3.4.2 A tutela coletiva como instrumento para efetivar direitos sociais.....	70
<b>4. ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....</b>	<b>81</b>
4.1 O SURGIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	81
4.2 ALCANCE DA DECISÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: BREVE ANÁLISE DA COISA JULGADA COLETIVA.....	85
4.3 A EXECUÇÃO DAS DECISÕES COLETIVAS.....	92
4.3.1 Liquidação e cumprimento da sentença na ação civil pública.....	92
4.3.2 Decisão que determina implantação de política pública: as sentenças estruturantes e a execução negociada.....	96
<b>5. A LEGITIMIDADE ATIVA E A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM ESPAÇO PARA EVOLUÇÃO.....</b>	<b>101</b>
5.1 SIGNIFICADO DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E SUA RELEVÂNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	101
5.2 OS LEGITIMADOS ATIVOS E O SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	105
5.3 O SISTEMA NORTE-AMERICANO DAS <i>CLASS ACTIONS</i> .....	113
5.4 A LEGITIMIDADE ATIVA DO CIDADÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.....	119
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>133</b>
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>136</b>

## 1. INTRODUÇÃO

É comum a cada período de tempo a humanidade passar por algumas mudanças, contornando paradigmas que antes eram considerados o ápice da evolução da sociedade. As normas jurídicas possuem função essencial para alteração dessa realidade, principalmente a partir dos preceitos constitucionais que servem de baliza para o desempenho das funções estatais.

Nesse passo, especialmente a partir do início do século XX, e de forma ainda mais acentuada após o final da segunda grande guerra mundial, a concretização dos chamados direitos sociais e o respeito à dignidade da pessoa humana tornaram-se o cerne de atuação do Estado, sobretudo nos países subdesenvolvidos. O cidadão passa a ter papel central na condução da vida pública, sendo, ao mesmo tempo, destinatário e definidor das políticas públicas a serem implementadas pelos governantes. Os gestores públicos não podem mais ignorar as pretensões da sociedade positivadas na carta constitucional, que desde o movimento intitulado neoconstitucionalismo, possui força normativa. Da mesma forma, o poder Judiciário tem sua atuação fortalecida, deixando de ser mero aplicador literal da lei, exercendo importante cátedra de controle das omissões dos demais poderes.

Ante esse novo cenário, o ordenamento jurídico deve colocar à disposição desse novo cidadão os instrumentos necessários para combater ilegalidades praticadas pelos representantes eleitos pelo povo. Essas ferramentas processuais de controle social da política devem se manter em constante evolução para fazer frente aos novos direitos que surgem com o passar do tempo. É comum que promessas constitucionais permaneçam esvaziadas, não raras vezes em razão da confusão proposital perpetrada por gestores públicos entre o que é patrimônio público e o que é privado. Não se desconhece a existência de uma jurisdição administrativa, mas, em nossa realidade jurídica, na maioria das vezes, apenas a provocação do poder Judiciário possui o condão de promover efetiva alteração na realidade social, a ponto de determinar, inclusive, a concretização de políticas públicas por parte do poder Executivo e do Legislativo.

Na sociedade atual, de massa, o processo coletivo torna-se importante alternativa para um Judiciário afogado e para uma sociedade desacreditada em seus direitos. Mesmo que nosso microssistema processual coletivo seja inspiração para alguns países europeus, ele ainda não é uma estrutura acabada, de modo que não podemos fechar os olhos para um estudo do direito comparado, sobretudo em relação a países que possuam expertise na resolução de conflitos coletivos.

Na medida em que transferimos a um terceiro a possibilidade de tutelar de forma coletiva direitos relevantes para a sociedade, impera investigar quais sistemas permitem verificar se a condução do processo é efetivada por alguém que de fato representa adequadamente os titulares do direito em litígio. Assim, ao analisarmos o nosso principal instrumento de tutela coletiva dos direitos sociais, a ação civil pública, pretendemos explorar se há espaço para evolução desse mecanismo processual, especialmente no que tange a seus legitimados ativos e ao controle da representatividade adequada dos autores dessa ação. Pretende-se averiguar a forma pela qual as *class actions* norte-americanas, consideradas como referência mundial de tutela coletiva, podem contribuir para nosso sistema processual coletivo e para a efetivação dos direitos sociais, mesmo que originadas de um contexto jurídico da *common law*, com características diferentes do sistema brasileiro.

Do ponto de vista da natureza, trata-se de uma pesquisa aplicada, com objetivo de gerar conhecimentos para aplicação prática. Quanto ao tipo de pesquisa é qualitativa, na qual se demonstrará a importância de a ação civil pública avançar em respeito ao princípio do devido processo legal coletivo. O método de abordagem será dedutivo na medida em que permite concluir que o sistema adotado pelo Brasil é equivocado ou incompleto em comparação ao sistema norte-americano, havendo espaço para evolução.

Concernentemente ao objetivo, será utilizada a pesquisa exploratória, com o fim de trazer à tona, através de levantamento bibliográfico, a problemática do acesso à justiça em busca de direitos fundamentais sociais, analisando acerca da viabilidade de se incluir o cidadão como legitimado ativo na Lei da ação civil pública. No que tange aos procedimentos a serem utilizados, trata-se, essencialmente, de pesquisa bibliográfica, analisando, sobretudo, doutrina, legislação, artigos e jurisprudências correlatas ao tema em debate.

## 2. CONSTITUIÇÃO, CIDADÃO E DIREITOS SOCIAIS

### 2.1 CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A FIGURA DO CIDADÃO

A palavra paradigma pode ser comumente conceituada como um modelo ou padrão a ser seguido. Por sua vez, é possível afirmar que um paradigma jurídico significa as visões de uma comunidade jurídica acerca dos princípios constitucionais e dos sistemas de direito em uma determinada sociedade.

Para Habermas, um paradigma delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicitar como direitos constitucionais e princípios devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele determinado contexto as funções a eles atribuídas (HABERMAS, 1998, p. 5). Nesse passo, ao interpretar as conclusões de Habermas, Cattoni de Oliveira afirma que as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas por ordens jurídicas concretas, se referem às imagens implícitas que se tem da própria sociedade (1998 p. 37).

No constitucionalismo moderno, afirma-se a existência de dois grandes paradigmas de Estado, quais sejam, o Estado Liberal e o Estado Social (*welfare state*). A partir da Revolução Francesa marca-se o fim do antigo regime absolutista e adentra-se no regime liberal. Embora corriqueiramente fustigado, não se pode deixar de referir que o Absolutismo possui sua contribuição histórica na formação do Estado moderno e do capitalismo econômico. Isso porque a superação do pluralismo jurídico até então existente, no qual cada feudo e corporação de ofício possuía seu próprio ordenamento jurídico, só foi possível através da ideia de contrato social defendido por Thomas Hobbes. Esse pluralismo dificultava o comércio e limitava o mercado, de modo que os indivíduos abriram mão de toda sua liberdade, por meio do contrato social, centralizando a produção normativa na mão do Estado. Superava-se, dessa forma, o “Estado de Natureza”, definido por Hobbes como um estado de guerra de todos contra todos.

Entretanto, a proposta inicial de contrato social perdeu força, sobretudo porque os governantes tinham poder ilimitado, sustentando, muitas vezes, suas decisões em fundamentos religiosos. Esse poder infindável, que se tornou um entrave para o capitalismo, instigou a burguesia emergente a pretender proteger

a liberdade, a propriedade e os contratos do eventual arbítrio dos governantes (SARMENTO; DE SOUZA NETO, 2017, p. 73). Nesse momento exsurge a versão liberal do contrato social, encampada principalmente por John Locke, com a ideia de que as pessoas alienassem apenas uma parcela de sua liberdade ao Estado, retendo direitos naturais que todos os governantes deveriam respeitar.

Assim nascia a pretensão de que os governantes deveriam submeter-se a ordenamentos jurídicos estáveis e racionais, que respeitassem a liberdade individual. O Estado era visto como o principal adversário dos direitos, o que justificava a sua estrita limitação, em prol da liberdade individual (SARMENTO; DE SOUZA NETO, 2017, p. 80). Naquele momento, “a pesar de todas las insuficiencias del liberalismo, puede decirse que, en cuanto símbolo del espíritu moderno frente a los absolutismos de todo tipo, constituye una conquista histórica irreversible” (DIAZ, 2010, p. 43).

A Constituição passou a ser um “instrumento de governo”, organizando e limitando o poder estatal. No regime liberal, o Estado era essencialmente abstencionista, não interferindo nas relações privadas, pois considerava os indivíduos como formalmente iguais e que deveriam perseguir seus interesses privados. Na verdade, ao poder público competia apenas intervir para garantir os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, havendo uma nítida separação entre sociedade e Estado. Essa limitação aos poderes do Estado bastaria para a proteção dos direitos fundamentais.

Ocorre que o constitucionalismo liberal não incorporava, dentre as suas funções, a promoção da igualdade material entre as pessoas (SARMENTO; DE SOUZA NETO, 2017, p. 80), não havendo uma preocupação com a liberdade real, a qual se exerce a partir de condições materiais básicas para que o sujeito possa conscientemente fazer suas escolhas particulares. Diversas situações de afronta à dignidade da pessoa humana surgiram no período do constitucionalismo liberal, as quais são bem exemplificadas por Bernardo Gonçalves Fernandes:

Devemos observar que o período de Estado Liberal gerou “a maior exploração do homem pelo homem do que se tem notícia na história da humanidade”. Nesses termos, temos jornadas de trabalho de 15 a 17 horas por dia, idosos, crianças e mulheres em rodízio nos postos de trabalho, remunerações aviltantes levando ou conduzindo milhões de desvalidos a

completa miséria, além de uma fortíssima repressão a qualquer tipo de protestos (FERNANDES, 2017, p. 67).

O que a sociedade percebeu é que havia uma pretensão de manutenção do *status quo*, sobretudo no que diz respeito à proteção ao direito de propriedade, aumentando a desigualdade econômica. Ademais, havia uma flagrante contradição entre o discurso e a prática liberal, pois ao lado de pregar a igualdade entre os cidadãos, impunha critérios censitários para o exercício dos direitos políticos, conferindo direito de voto apenas a quem pertencia a elite econômica. Esse contexto deu margem à crítica ao formalismo da igualdade liberal, plantando sementes para a emergência de um novo constitucionalismo, mais comprometido com a dignidade humana e a igualdade material (SARMENTO; DE SOUZA NETO, 2017, p. 81).

Com a crise do constitucionalismo liberal, tem-se o surgimento do constitucionalismo social, fundamentando a criação de um Estado de bem-estar social. A partir da Primeira Guerra Mundial, um novo paradigma de Estado passa a ser implementado. As primeiras constituições sociais, que acolheram os valores de um Estado Social, foram a Mexicana (1917), e a alemã, de Weimar (1919). No Brasil, essa fórmula passou a ser perseguida na Constituição de 1934. Esses documentos contêm não apenas elementos de estruturação do Estado, mas também da sociedade.

El calificativo *social* quiere hacer ahí referencia, se dice, a la corrección del individualismo clásico liberal a través de una aformación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social (DIAZ, 2010, p. 104). O constitucionalismo social, em verdade, não despreza as qualidades do liberalismo, quais sejam, garantia dos direitos individuais e limitação do poder, mas busca conciliá-las com a ideia de justiça social e o bem-estar dos cidadãos.

A simples abstenção estatal, que se mantinha “neutro” aos conflitos sociais, já não era mais suficiente. O nascimento de sociedade de massas, conflituosa, e dividida em grupos, classes, interesses etc., demandava uma atuação ativa do Estado, inclusive na economia. A sua atuação passa a ser justificada pela necessidade de promoção da igualdade material, por meio de políticas públicas redistributivas e do fornecimento de prestações materiais para as camadas mais pobres (SARMENTO; DE SOUZA NETO, 2017, p. 83).

O constitucionalismo social pretende um Estado que garanta a subsistência de seus cidadãos, alcançando-lhes as prestações necessárias para o desfrute de uma vida digna. É possível afirmar que

O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se afirma após a Segunda, intervém na economia, por meio de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo por meio de uma proposta de bem-estar que implica a manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais por meio da prestação estatal de serviços públicos e da concessão de direitos sociais (FERNANDES, 2017, p. 68).

O Estado de bem-estar social (*welfare state*) não possui uma conceituação estanque, podendo ser traduzido de diversas formas. Ele pode ser visto, sob um prisma, como aquele que se preocupa com as necessidades dos cidadãos pobres e vulneráveis, promovendo caridades e alcançando serviços públicos a quem dele precise. Essa visão, embora tenha origem remota na Inglaterra das leis dos pobres, ainda encontra adeptos nos estados do bem-estar contemporâneos, que direcionam suas políticas públicas aos pobres.

Todavia, não é raro que uma política de bem-estar em favor dos vulneráveis crie categorias entre as pessoas, inclusive entre os próprios pobres, que passam a ser “catalogados” entre os que merecem ou não o auxílio do poder público. Por esse fato é que o *welfare state* deve suprir as necessidades sociais, mas não exclusivamente através do alcance de bens materiais, mas sim por meio de serviços universais que evitem o estigma e contribuam para a construção da identidade das pessoas tendo por referência a comunidade política da qual são membros (KERSTENETZKY, 2012, p. 24).

Para que se alcance um real Estado de bem-estar, se faz necessária a entrega dos chamados direitos sociais aos cidadãos, sobre os quais será aberto, mais adiante, tópico específico para aprofundamento do debate. Por ser necessário à compreensão do que se está ponderando, é imperativo antecipar a principal característica dos direitos sociais: são prestações materiais que devem ser alcançadas pelo Estado às pessoas necessitadas, que demandam uma atuação positiva dos governantes e, muitas vezes, o dispêndio de recursos financeiros.

A partir de uma influência neoliberal, que sustenta a redução do tamanho do Estado, a não intervenção na economia e o corte nos gastos sociais, o constitucionalismo social passou a enfrentar uma crise nas últimas décadas do

século XX. Os países que não encamparam a lógica neoliberal passaram a sofrer retaliações por entidades internacionais como o Banco Mundial, que incentivava empresas a também os boicotarem. Porém, a recente crise mundial, especialmente a partir dos Estados Unidos, mostrou que o problema não era o paradigma do Estado social, mas talvez a falta de uma intervenção estatal para controlar os atores econômicos. O fato é que no que toca aos direitos sociais, o fim do constitucionalismo social seria moralmente inaceitável em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, caracterizados por grande injustiça social e desigualdade material (SARMENTO; DE SOUZA NETO, 2017, p. 86).

No Brasil, é no período democrático recente que a universalização dos direitos sociais tem o seu melhor momento, com a constitucionalização de direitos sociais à assistência social, dos serviços de saúde, à educação e a definição de um mínimo social (KERSTENETZKY, 2012, p. 181). Para Célia Lessa Kerstenetzky, é possível identificar três ondas de inovação institucional e difusão dos direitos sociais no Brasil. Os anos de *bem-estar corporativo* (1930-1964), nos quais se implementaram as legislações trabalhistas e previdenciárias; o período de *universalismo básico* (1964-1984), quando se estendeu a cobertura previdenciária para um segmento excluído e se permitiu a participação privada na prestação de saúde; e o *universalismo estendido* (pós 1988), com a institucionalização de uma assistência social, aumento da cobertura previdenciária não-contributiva, políticas de valorização do salário mínimo etc. (2012, p. 181).

O constitucionalismo social trouxe um avanço imensurável na caracterização do cidadão. Antes da chegada desse novo *status*, porém, o conceito de cidadania evoluiu conforme a época em que se encontrava. Definir cidadania não é tarefa simples, havendo divergências históricas desde os tempos da Grécia antiga. Pelas palavras de Derek Heater

(...) la ciudadanía, se define como la relación de un individuo no con otro individuo (como era el caso en los sistemas feudal, monárquico y tiránico) o con un grupo (como sucede con el concepto de nación), sino basicamente con la idea de estado. La identidad cívica se consagra en los derechos otorgados por el estado a los ciudadanos individuales y en las obligaciones que éstos, personas autónomas en situación de igualdad, deben cumplir. Los buenos ciudadanos muestran un sentimiento de lealtad al estado y un sentido de la responsabilidad a la hora de atender sus obligaciones; por tanto, es necesario que cuenten con la preparación necesaria para este tipo de participación cívica (HEATER, 2007, p. 13).

Heater refere que Thomas Marshall identificou três formas de cidadania: a civil (igualdade perante a lei), a política (pelo voto) e a social (pelo estado de bem-estar), que se desenvolveram historicamente nessa ordem (2007, p. 15). Na época dos Estados absolutistas, a função dos cidadãos era de obedecer ao governo, não podendo sequer empregar força contra ele, visto que abriram mão de sua vontade para quem tinha o mando. O que se esperava dos cidadãos eram atitudes mínimas, considerando que basicamente eles se prestavam a uma obediência passiva.

Quando do advento do constitucionalismo liberal, o cidadão passou a ter direitos, principalmente de liberdade e igualdade (ainda que meramente formal como já referido). Nesse momento, “el estado existe para beneficio de sus ciudadanos, y tiene la obligación de garantizar la existencia y disfrute de ciertos derechos” (HEATER, 2007, p. 18). Embora tenha havido um progresso no conceito de cidadania, a teoria liberal era mais atraente que o cotidiano que se desenhou. A cidadania exercida pelo voto, por exemplo, era disponível apenas para uma classe privilegiada da sociedade. Indivíduos abastados praticamente não conseguiam exprimir suas vontades, nem suas insurgências, sobretudo por lhes faltarem “voz” e condições materiais mínimas.

Por sua vez, o Estado de bem-estar equivaleria à garantia de direitos sociais de cidadania (KERSTENETZKY, 2012, p. 27). O constitucionalismo social alçou os direitos sociais, que até então estavam despercebidos, como componentes da cidadania. Isso porque são direitos básicos e imprescindíveis para que se possa, inclusive, desfrutar dos direitos civis e políticos. A pobreza e a ignorância são barreiras ao efetivo exercício da cidadania. Os compromissos do *welfare state* são entendidos como compromissos com o cidadão, através da garantia dos direitos sociais politicamente reivindicados (KERSTENETZKY, 2012, p. 27).

Novamente, Derek Heater, com maestria aponta que devemos observar a forma pela qual os direitos sociais são alcançados para definir sua função na sociedade. Caso sejam concedidos, voluntariamente, pelo Estado a todos os cidadãos, os direitos sociais podem ser reconhecidos como elemento de cidadania. Por outro lado, se forem outorgados apenas para melhorar a situação dos mais pobres, serão apenas um benefício social. Por fim, se entregues como medida de prevenção de uma possível agitação social, servirão para a

estabilidade social (2007, p. 257). O que o estado social deve buscar é a promoção dos direitos sociais como elemento de cidadania, colocando à disposição dos cidadãos instrumentos jurídicos aptos a serem utilizados em caso de omissão estatal, tema este que será objeto de debate futuro no presente trabalho.

Note-se que a Constituição Federal de 1988 deu máxima importância à cidadania, tanto que no art. 1º, inciso II<sup>1</sup>, a classificou como um dos fundamentos da República. Fábio Konder Comparato sustenta que a nossa constituição trouxe a ideia-mestra da nova cidadania, consistente em fazer com que o povo se torne ator principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social, sobretudo através da participação, que se instaura em cinco níveis: (a) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna; (b) na proteção dos interesses difusos ou transindividuais; (c) no controle do poder político; (d) na administração da coisa pública; (e) na proteção dos interesses transnacionais (1993). Não é à toa que a Constituição de 1988 é chamada de Constituição-Cidadã.

A participação popular deve ganhar corpo principalmente na administração da coisa pública, não devendo o indivíduo se limitar a votar em candidatos periodicamente sem depois se imiscuir na condução das diretrizes estatais. Eis um campo praticamente inexplorado, onde urge fazer penetrar a nova cidadania (COMPARATO, 1993). No âmbito dos modelos de administração pública, muito tem se falado sobre a “teoria do estado em rede”, que seria uma evolução do sistema de administração pública gerencial, na qual se busca uma gestão para a cidadania. Por essa tese, o indivíduo deixa de ser meramente um destinatário das políticas públicas para se tornar protagonista nas decisões governamentais, através, por exemplo, de audiências públicas, consultas populares e conselhos de gestão, algo que seria inimaginável tempos atrás.

Hoje, compreende-se que a cidadania se expressa por outras vias, além da política, se desenvolvendo também por meio dos direitos e garantias fundamentais, ou da tutela dos direitos e interesses difusos (FERNANDES,

---

<sup>1</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania.

2017, 307). Ou seja, o cidadão de hoje, além de ser o destinatário de direitos e ter a possibilidade de participar da criação de novos direitos, possui a oportunidade de exigir-los dos responsáveis através do apoio, se for o caso, do poder Judiciário, como será visto a seguir. A cidadania, portanto, não é algo acabado, mas sim um conceito em constante evolução que sofre influência direta do paradigma jurídico adotado em cada época.

## 2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO: ORIGENS, CARACTERÍSTICAS E CRÍTICAS

Ao lado do constitucionalismo social, outros fatores também contribuíram, de certa forma, para o fortalecimento da figura do cidadão, de seus direitos (principalmente os sociais) e o modo pelo qual eles podem ser efetivados. Após os horrores da segunda guerra mundial tivemos uma releitura acerca da dogmática constitucional pautada na dignidade da pessoa humana e na concretização dos direitos fundamentais, com aquilo que se convencionou apelidar de constitucionalismo do pós-guerra. Isso porque antes da segunda guerra mundial prevalecia a cultura legicêntrica, na qual a lei estava no centro do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais que não fossem protegidos pelas leis não poderiam ser tutelados pelo Judiciário. Naquela época, as constituições prestavam-se apenas como programas políticos, visto que não ostentavam força normativa.

A partir dos anos 1970 as constituições deixaram de ser meras letras procedimentais, passando a tratar de diversos temas e possuindo força normativa. Passava-se do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Essas novas constituições “contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer um marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos” (CARBONELL, 2010, p. 156).

Alguns autores nomearam essa etapa evolutiva do pensamento constitucional de neoconstitucionalismo, mas não sem objeção de outra parcela dos juristas que aduziam que a simples utilização do prefixo “neo”, por si só, não significava a abertura de uma nova fase na cultura constitucional. Há tanta divergência do que realmente seria esse movimento que se fala em neoconstitucionalismo(s) e não apenas “um” neoconstitucionalismo. Na verdade,

a referida expressão fora cunhada por Susanna Pozzolo numa conferência produzida por ela no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social realizado na Argentina em 1997. Não obstante a dificuldade de se fixar um conceito estrito para o neoconstitucionalismo, é possível qualifica-lo como um movimento jurídico que abarca grande parte das práticas judiciais do constitucionalismo contemporâneo e que aproximam ordenamentos jurídicos do *civil law* de algumas características do direito constitucional próprio do *common law* (MOLLER, 2011, p. 43). Essa conceituação, justifica, em certa medida, a pretensão de se estabelecer, no último capítulo, um estudo do direito comparado com a legislação norte-americana, advinda do sistema da *common law*.

Trata-se de conceito gestado especialmente na Itália e na Espanha e que posteriormente tomou corpo no Brasil. Chama atenção o fato de que diversos adeptos dessa teoria fundamentam suas teses em alguns autores que nunca se definiram como neoconstitucionalistas.

Miguel Carbonell (2010), um dos maiores escritores sobre o tema, afirma que deve haver pelo menos três níveis de análise para compreender os avanços trazidos pelo neoconstitucionalismo. O primeiro nível é a constatação que as constituições posteriores à segunda guerra mundial deixaram de ser meras limitadoras de competências e separadoras dos poderes, estabelecendo amplo rol de direitos fundamentais com alto grau de detalhamento de tais direitos como, por exemplo, as constituições portuguesa (1976), espanhola (1978), brasileira (1988) e colombiana (1991).

Como consequência da entrada em vigor desses textos constitucionais, o segundo nível de análise deve perceber uma alteração nas práticas jurisprudenciais. A partir de então os juízes tiveram que aprender novos métodos interpretativos, deixando de ser meros “boca da lei”, principalmente pelo surgimento da força normativa dos princípios, dos postulados da ponderação, proporcionalidade e razoabilidade. Além disso, o judiciário passou a conviver com a dificuldade de trabalhar com valores constitucionalizados, frente à reaproximação entre direito e moral. Por fim, nessa etapa de verificação, é latente que a atividade jurisdicional se tornou mais acentuada, especialmente pela necessidade de preservação dos novos direitos previstos constitucionalmente. Segundo o autor, essa modificação de postura do poder judiciário foi de suma importância, na medida em que passou a evitar a

negociação de direitos dos cidadãos por parte do governo, exemplificando a partir do caso em que o Tribunal Constitucional da Guatemala evitou um golpe de Estado em 1993<sup>2</sup>. Para Carbonell, a América Latina demorou a entender seu papel dentro do paradigma neoconstitucional, visto que apenas na década de 1990 percebeu a importância de contar com um sistema judicial com condições de resolver os conflitos sociais.

Por derradeiro, no terceiro nível de análise, é visível que doravante o nascimento das novas constituições, repletas de direitos fundamentais, e com a nova prática jurisprudencial, nasceu um novo desenvolvimento teórico da ciência jurídica. Para Carbonell, diversos autores contribuíram para esse fato, tais como, Luis Roberto Barroso, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, Ronald Dworkin etc., citando o exemplo da Corte Constitucional Colombiana que muito se utiliza da teoria dos princípios e da técnica da ponderação de Alexy. Vale aqui frisar que embora Miguel Carbonell se refira a esses autores, alguns deles nunca se definiram como neoconstitucionalistas, conforme acima destacado.

Entendemos que Luis Roberto Barroso sintetiza de modo categórico que o neoconstitucionalismo se identifica com uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional nas últimas décadas. A saber:

(...) como marco **filosófico** o pós-positivismo; como marco **histórico**, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; como marco **teórico**, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da

---

<sup>2</sup> A crise constitucional na Guatemala ocorreu em 1993 quando o então presidente Jorge Serrano Elías tentou um autogolpe (também conhecido por "Serranazo"). Em 25 de maio de 1993, Serrano suspendeu ilegalmente a Constituição, dissolveu o Congresso e o Supremo Tribunal, impôs a censura e tentou restringir a liberdade civil. A tentativa de autogolpe foi semelhante a realizada por Alberto Fujimori, mas ao contrário de Fujimori, não teve apoio popular: a ação de Serrano somou-se com fortes protestos pela maioria dos elementos da sociedade guatemalteca, na vanguarda estava o jornal Siglo Veintiuno sob a liderança de José Rubén Zamora. Isso foi combinado com a pressão internacional (a Organização dos Estados Americanos condenou o autogolpe), e o cumprimento do exército das decisões do Tribunal Constitucional, que decidiu contra a tentativa de tomada de poder. Em face dessa pressão, Serrano renunciou ao cargo de presidente e fugiu do país. Ele foi substituído de forma interina por seu vice-presidente, Gustavo Espina. No entanto, Espina foi julgado pelo Tribunal Constitucional por estar envolvido no golpe, bem como, foi substituído pelo Congresso pelo ouvidor dos direitos humanos Ramiro de León (LEVITT, 2006, p. 104/105).

interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação (BARROSO, 2015, p. 07).

Sobre o marco filosófico, Barroso (2007, p. 210) sustenta que pela superação histórica do jusnaturalismo e pelo fracasso do positivismo, abriu-se espaço para um conjunto de novas reflexões. A partir de então nasce o pós-positivismo, que pretende ir além da legalidade estrita, perfazendo uma leitura moral do direito, mas sem desprezar o direito posto. Junto cria-se uma nova hermenêutica constitucional, com o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais. Já o marco histórico justificou o surgimento do movimento neoconstitucional em razão da antiga supremacia do poder legislativo ter sucumbido frente a uma necessária estabilização dos direitos, o que se deu a partir da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos. O Estado Constitucional de Direito serviu como refúgio aos direitos violados pela segunda grande guerra. As mudanças perpetradas pelo marco teórico foram, talvez, as mais significativas, especialmente por reconhecer a força normativa da constituição e por realocar o papel do judiciário, pois o mundo se deu conta que a existência desse poder independente e forte era um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais (BARROSO, 2015, p. 08).

De forma ainda mais direta, Daniel Sarmento elenca os principais predicados do neoconstitucionalismo, que para fins de melhor compreensão do tema, optamos por transcrever:

(a) Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre Direito e Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 113-114).

Dentre os pontos acima elencados, um dos que mais atrai o debate atualmente é a reaproximação entre direito e moral, sobretudo por

eventualmente poder conduzir a um subjetivismo exacerbado do poder judiciário. Aliado ao fato da normatividade dos princípios, que possuem certa vagueza por natureza, essa característica do neoconstitucionalismo, se não utilizada com parcimônia, pode conduzir decisões judiciais contra *legem* afetando a segurança jurídica.

De acordo com Luis Roberto Barroso (2015, p. 15), o direito é informado por uma pretensão de correção moral, pela busca da justiça e pela solução constitucional adequada. Essa ideia de justiça, para ele, deve ser buscada pelas coordenadas específicas da justiça no caso concreto, segurança jurídica e dignidade humana. Para alcançar esse desiderato, os juízes não fazem suas escolhas livremente, pois pautam-se por esses valores que têm amparo constitucional.

Por outro lado, Daniel Sarmento (2009, p. 139 - 142) intitula essa prática de “oba-oba constitucional”. Refere o autor que a ideia inicial do neoconstitucionalismo, de reabilitar complexas teorias da argumentação, era intencionalmente boa, mas que o Brasil não soube assimilar. Nosso país, segundo o autor, possui um sistema jurídico alopoiético, que não consegue se fechar às influências do meio em que inserido, sofrendo diversas pressões dos setores político e econômico. Ademais, muitas decisões invocam critérios morais vagos, ou princípios gerais (especialmente dignidade da pessoa humana e a razoabilidade), quando absolutamente desnecessário em razão da existência de regras claras para o caso concreto. Decisões dessa natureza deveriam ser fundamentadas com um grau maior de argumentos, sob pena de violar o Estado Democrático de Direito, visto que ampliam as chances de arbítrio judicial e insegurança jurídica. Considerando a prática reiterada do poder judiciário em decidir com base em valores vagos, recentemente houve a inclusão de alguns artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, dentre os quais destacamos o art. 20<sup>3</sup>, que obriga a todos aqueles que decidirem com base em valores jurídicos abstratos a ponderar as consequências práticas da decisão,

---

<sup>3</sup>Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

seja na esfera administrativa, controladora ou judicial. Essa alteração legislativa vai ao encontro do que defende Daniel Sarmiento, ou seja, da maior necessidade de fundamentação aprofundada nas decisões que se pautam em princípios ou valores vagos.

Outra característica relevante do neoconstitucionalismo é a constitucionalização do ordenamento jurídico. A constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo seu sistema jurídico (BARROSO, 2015, p. 08). A constituição passa a condicionar a validade e o sentido das normas infraconstitucionais, em todos os ramos do direito. O lado positivo é que em todas as searas os institutos jurídicos devem estar de acordo com os preceitos constitucionais, prevalecendo, sobretudo, os ditames dos direitos fundamentais. Todavia, para Daniel Sarmiento (2009, p. 143 - 145) essa “panconstitucionalização” possui alguns defeitos, principalmente porque trouxemos para dentro da Constituição de 1988 várias opções conjunturais do constituinte originário sem importância ou de interesses meramente corporativos. Essa posição sustentada pelo neoconstitucionalismo limita o legislador, que fica relegado a mero executor daquilo que prevê a constituição, negando a autonomia do povo para definir, em cada momento histórico, quais as suas escolhas. Ademais disso, reflete o autor que esse excesso de constitucionalização pode revestir-se de um caráter antidemocrático, principalmente por ser ampla e genérica, deixando nas mãos do judiciário sua última (e talvez única) interpretação. Ainda como consequência dessa característica, as normas constitucionais aplicam-se nas relações entre particulares, o que pode gerar a obrigação de comportamento ou estilos de vida com base em valores constitucionais com os quais não concordam.

De igual modo, a realocação do poder judiciário é outro ponto marcante do neoconstitucionalismo. O juiz é concebido como guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 122). Tendo em vista que o administrador público deve pautar sua atuação para a concretização dos direitos fundamentais sociais estabelecidos pelo constituinte, eventual omissão sua possibilita a fiscalização pelo judiciário. Ao assim agir, o poder judiciário pratica uma atuação contramajoritária, fazendo valer os direitos das

minorias, na medida em que aquele que fora eleito pela maioria permanece omissos no seu dever.

A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente, à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das majorias (BARROSO, 2015, p. 19/20). Democracia induz não apenas participação igualitária, mas que a minoria não fique à mercê da própria sorte e tenha seus interesses e opiniões levados em consideração, sobretudo quando se trata de direitos sociais.

Nesse sentido, segue Luís Roberto Barroso:

A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. (...) Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema (BARROSO, 2008, p. 19).

Novamente, Daniel Sarmiento (2009, p. 133 – 139), critica essa característica do neoconstitucionalismo, a qual nomeia de “judiciocracia”. Afirma o autor que tal prática é antidemocrática, pois os juízes, ao contrário dos parlamentares e chefes do executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. Na verdade, as decisões políticas relevantes deveriam ser tomadas pelos representantes do povo (legislativo e executivo), e não por um “superpoder” quase incontrolável. Além do mais, a abertura e a vagueza de diversas normas constitucionais deixam a cargo de seu intérprete principal a possibilidade de dizer seu alcance, que muitas vezes acaba por criar nova norma sob o pretexto da interpretação. Isso atribui aos juízes, segundo Sarmiento, uma espécie de poder constituinte permanente, pois permite-lhes moldar a constituição de acordo com suas convicções políticas em detrimento daquelas do legislador eleito. É certo que o descrédito do processo político majoritário faz com que a sociedade deposite esperança no judiciário, mas não podemos olvidar que não raras vezes ele decide com base em visões românticas

e idealizadas, desconsiderando os debates travados noutras arenas, como executivo e legislativo.

Concordamos com o venerado jurista quando refere que o ativismo judicial é importante no nosso país, mas que deve haver uma autocontenção judicial, na qual o judiciário respeite, ou ao menos pondere, as deliberações políticas e perceba a sua falta de expertise em determinadas áreas (economia, políticas públicas etc). Entendemos que ao assim agir, não há que se falar em violação à separação dos poderes. Nesses casos, o judiciário estará praticando uma ínfima ingerência na atuação do executivo ou legislativo para que se mantenha a harmonia entre eles, exercendo, assim, os freios e contrapesos em estrita determinação daquilo que previu o legislador constituinte, especialmente para garantir o mínimo existencial (conceituado mais adiante). Os pontos mais complexos a se averiguar no caso concreto são a aplicabilidade da norma que prevê aquele direito invocado (razoabilidade de sua exigência) e a possibilidade fática (financeira, se for o caso) de o poder executivo cumprir com o determinado judicialmente.

No Brasil, sob influência das mudanças promovidas pelo neoconstitucionalismo, pode-se mencionar a título ilustrativo, que o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132, entendeu pela possibilidade de se obter o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O fato é que o movimento neoconstitucional alterou sensivelmente o cenário jurídico de muitas nações ao prezar pela garantia efetiva dos direitos fundamentais, transformando os papéis dos poderes de Estado e fortalecendo as normas constitucionais. Entretanto, ainda que os direitos fundamentais tenham sido robustecidos pelas constituições que aderiram aos preceitos do neoconstitucionalismo, alguns problemas de ordem prática surgiram, como o debate acerca da categorização ou não dos direitos sociais nessa classe.

### 2.3 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora existam vozes advogando que direitos fundamentais e direitos humanos seriam expressões sinônimas em seu significado, a maioria da doutrina

prefere conceituá-los como institutos diferentes. O que resta indene de dúvidas é que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado) (SARLET, 2011, p. 29). Ou seja, em que pese a diferenciação conceitual apontada por diversos autores, isso não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais não se comuniquem entre si.

O principal ponto de distinção é que os direitos humanos se relacionam com um discurso com pretensão normativa de universalidade, abrangendo, desse modo, qualquer pessoa numa perspectiva extraestatal (internacional) (NEVES, 2003, p.146). A partir do momento que aqueles direitos inerentes à dignidade humana são constitucionalmente positivados por um Estado, eles se tornam direitos fundamentais. O critério diferenciador, portanto, seria o da concreção positiva onde

(...) os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana), acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional (SARLET, 2011, p. 32).

Em certa medida, pode-se atrelar os direitos humanos aos direitos naturais, ao passo que o termo “direitos fundamentais” surgiu na França no século XVIII com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. A doutrina refere que os direitos fundamentais foram surgindo de acordo com a necessidade de cada época, fenômeno que, inicialmente, foi denominado de “gerações” de direitos fundamentais. A primeira geração trouxe os direitos civis e políticos. A partir da segunda passou-se a falar em direitos sociais, econômicos e culturais (objeto central deste estudo). Na sequência, surgem os direitos ligados ao progresso, como meio ambiente, autodeterminação dos povos, patrimônio comum da humanidade, direito à paz e direito de comunicação. Como quarta geração dos direitos fundamentais, decorrentes da globalização, exsurtem os direitos à democracia, informação e pluralismo. Já se fala, inclusive, em quinta e sexta geração dos direitos fundamentais. Vale frisar que o

surgimento de uma geração se agrega àquelas já existentes, havendo uma soma de direitos.

Ocorre, todavia, que não faltaram críticas à nomenclatura designada para demonstrar a evolução dos direitos fundamentais, visto que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior (...), razão pela qual uma parte da doutrina refere-se às categorias dos direitos fundamentais com o termo “dimensões” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 32).

Conforme destacado acima, convencionou-se chamar de direitos fundamentais de segunda dimensão os direitos sociais, econômicos e culturais, aos quais nos referiremos apenas como direitos sociais nesta dissertação. De acordo com Ingo Sarlet, a expressão “social” foi utilizada porque esses direitos significam uma densificação do princípio da justiça social. Nas palavras do autor:

A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (2011, p. 48).

Tais direitos, também nomeados de direitos prestacionais, não só alargam a tábua de direitos fundamentais, mas também redefinem os próprios direitos individuais (FERNANDES, 2017, p. 705). Não se pode deixar de aludir que alguns doutrinadores relutam em considerar os direitos sociais como integrantes do rol de direitos fundamentais<sup>4</sup>, mas suas posições não prevalecem atualmente.

Implica-se ao fracasso do Estado Liberal a razão do surgimento dos direitos sociais, na medida em que o ideário de igualdade formal e de liberdade não corresponderam aos anseios da sociedade. A necessidade de um comportamento passivo, abstencionista, do Estado, cede lugar para uma postura ativa do poder público, que alcance um mínimo àqueles que necessitam para

---

<sup>4</sup> Nesse sentido: LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

que possam ter uma vida digna. Apenas a igualdade formal não bastava mais. Era necessária a concretização da igualdade material. Transmuda-se, assim, para um Estado Social, que opera uma verdadeira engenharia social na vida das pessoas. Mas sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência (MIRANDA, 2010, p. 26).

Na verdade, os direitos de liberdades positivas, como também são conhecidos os direitos sociais, servem para dar suporte ao sujeito para que ele possa desfrutar das suas liberdades negativas. Enquanto os direitos de abstenção visam a assegurar o *status quo* do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, estabelecendo moldes para o futuro da sociedade (MENDES; BRANCO, 2011, p. 180). Os direitos sociais encontram-se vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição de recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem (SARLET, 2011, p. 284).

A categoria de direitos de *status positivus*, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 60). O catálogo de direitos sociais diferencia-se de acordo com a realidade de cada país, e pode variar desde o direito à educação ao direito à moradia, não se tratando de uma lista inalterável.

A prestação que o poder público deve alcançar pode ser jurídica ou material. Neste caso é onde reside a maior problemática, considerando que a prestação corresponde a bens materiais de valor econômico a serem efetivados através de políticas públicas e que os gestores públicos muitas vezes entendem que seu alcance aos necessitados se encontra dentro da esfera de sua discricionariedade, celeuma que será melhor desenvolvida mais adiante.

Os direitos sociais pertencem ao que se poderia designar um patrimônio jurídico comum da humanidade (SARLET, 2015, p. 460), especialmente porque possui proteção em diversos diplomas normativos internacionais, tais como, o Pacto de Direitos Sociais da Organização das Nações Unidas, as convenções da Organização Internacional do Trabalho, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia etc. Embora possua esse arcabouço legislativo internacional em seu favor, o que importa é observar de que forma os direitos prestacionais

são agasalhados pelos ordenamentos jurídicos internos dos países, sobretudo em âmbito constitucional. Na verdade, existem diversos modelos de tratamento desses direitos, que vão desde uma total ausência de sua previsão até um completo rol constitucionalmente disposto.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, por exemplo, não existe previsão constitucional dos direitos sociais, que ficam a cargo da legislação ordinária e das políticas públicas. Tal fato não significa a ausência de justiça social ou de uma atuação como estado social. Na Alemanha existe apenas uma cláusula geral de justiça social, qualificando o país como um estado social e democrático de direito, que demanda a atuação legislativa ordinária para previsão dos direitos sociais. Por sua vez, a Espanha possui um sistema híbrido, no qual consagra constitucionalmente alguns direitos sociais, como o direito à educação, e ao mesmo tempo prevê uma cláusula geral de estado social.

O Brasil, ao lado de outros países como Portugal e Colômbia, previu um amplo rol de direitos sociais no próprio texto constitucional, que podem ser considerados como direitos fundamentais formal e materialmente. A fundamentalidade formal existe em razão de o constituinte originário ter inserido no Título II da Carta Magna o art. 6<sup>o</sup> que elenca o rol dos principais direitos sociais, ainda que existam outros ao longo do texto constitucional. Portanto, a acolhida dos direitos sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais (SARLET, 2011, p. 66). Por outro lado, a carga valorativa atribuída às normas – princípios e regras – referentes aos direitos sociais significam sua fundamentalidade material, reforçada pelos objetivos da república estampados no art. 3<sup>o</sup> da Constituição Federal, que em suma determinam a adoção de políticas públicas de materialização dos direitos prestacionais.

---

<sup>5</sup> Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

<sup>6</sup> Art. 3<sup>o</sup> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nota-se, portanto, que atualmente já não mais se questiona o caráter fundamental dos direitos sociais, que, como outrora referido, são elementos imprescindíveis ao desenvolvimento da nova cidadania decorrente do constitucionalismo moderno.

#### 2.4 A (IN)EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerando que o movimento neoconstitucional pretende o fortalecimento das normas constitucionais através da efetivação dos direitos fundamentais nelas previstos, torna-se relevante abrir a discussão acerca da (in)aplicabilidade imediata das normas referentes aos direitos sociais e sua (in)exigibilidade pela via judicial.

Não é raro defrontar-se com opiniões que, negando todo o valor jurídico aos direitos sociais, os caracterizam como meras declarações de boas intenções, de burla ou fraude tranquilizadora (ABRAMOVICH, 2011, p. 24). A doutrina mais conservadora sustentava que os direitos sociais eram previstos em normas programáticas, que são normas de baixa efetividade, previstas de modo genérico e como simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente (SILVA, 1999, p. 137) pela atividade dos legisladores e gestores públicos. Competiria, portanto, ao poder público decidir se e quando implementaria políticas públicas para materializar os direitos sociais, de modo que o poder Judiciário não poderia se imiscuir nesse particular sob pena de violação da separação dos poderes.

A doutrina moderna, porém, sustenta que os direitos sociais são direitos subjetivos, cujas normas não se limitam a meras recomendações ou conselhos ao Estado, pois trazem obrigações jurídicas concretas. Não se pode olvidar, nesse ponto, que o neoconstitucionalismo trouxe entre outros efeitos, a aplicação direta das normas constitucionais aos casos concretos. Para Miguel Carbonell:

(...) todos los juices pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio. Estos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudência constitucionales (CARBONELL, 2010, p. 161-162).

A própria Constituição Federal no art. 5º, §1<sup>7</sup> previu a aplicabilidade imediata às normas referentes a direitos fundamentais. Esse dispositivo constitucional, em verdade, buscou conferir a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais de um modo geral, reflexo, certamente, do movimento neoconstitucional.

Para Ingo Sarlet, em razão de os direitos a prestações serem direitos fundamentais da mesma forma que os direitos de liberdade, suas normas possuem aplicabilidade imediata, gerando um mínimo de efeitos jurídicos desde sua promulgação. Vejamos:

(...) os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disso), direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, §1º da Constituição. (...) Os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2011, p. 280-281).

Afirmar que essas normas constitucionais têm sua eficácia dependente de edição de normas pelo legislador ordinário equivaleria a uma “revogação de fato” sempre que ele se omitisse no seu dever de concretizar a norma constitucional (GRAU, 1985, p. 40-43). Ao se deixar a aplicabilidade de uma norma de direito social dependente do legislador, haveria uma inversão na hierarquia das normas jurídicas, na qual uma lei ordinária se sobreporia ao texto constitucional. Por serem considerados direitos fundamentais, a concessão dos direitos sociais ganha importância, de modo que não pode ser deixada a cargo da maioria parlamentar ordinária. As normas de direitos sociais não dependem da lei para sua interpretação e aplicação, gerando verdadeiros direitos subjetivos aos seus titulares (GRAU, 1985, p.40-43).

Contudo, é comum ouvir dizer que não existem direitos absolutos, pois sempre podem ser relativizados a depender do caso concreto. O que não se põe em pauta é que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada de modo estanque, não cabendo falar-se em sua relativização. O princípio ético-jurídico

---

<sup>7</sup> Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e a tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo (SOARES, 2013, p. 248). Importa realçar ainda que a dignidade da pessoa humana, para além de reforçar os direitos fundamentais, implica, igualmente, a imposição ao Estado de obrigações positivas (MARQUES, 2007, p. 558).

Vale dizer, que a concretização da dignidade da pessoa humana perpassa pela devida efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles decorrentes de condutas negativas ou positivas do poder público, mas principalmente destas. Os direitos fundamentais representam proteções que vinculam os poderes públicos como destinatários que não podem suprimi-los, devendo regular suas ações em conformidade e consonância a eles (FERNANDES, 2017, p. 348).

A partir da ideia de manutenção de condições dignas de vida, surgiu na doutrina a concepção do “mínimo existencial”, segundo a qual, para que se possa usufruir dos direitos de liberdade, antes se faz necessária a implementação e garantia de um piso de direitos (FERNANDES, 2017, p. 710). O direito ao mínimo para uma existência digna não deve significar visão minimalista dos direitos sociais, mas refletir uma reserva de eficácia do postulado da dignidade da pessoa humana (NETO, 2012, p. 155).

Foi na Alemanha, muito embora não possua um rol de direitos sociais, mas apenas uma cláusula geral de justiça social, onde surgiu a ideia de proteção mínima aos necessitados, impondo ao poder público o dever de agir para respeitar a dignidade da pessoa humana. Após o pioneirismo alemão, diversos outros países, através de suas cortes constitucionais, passaram a reconhecer a obrigação do estado em prover o mínimo existencial tendo como supedâneo o princípio da dignidade humana, como por exemplo, Portugal, Brasil e Colômbia.

O que se espera do poder público é que ele consiga alcançar aos cidadãos, titulares dos direitos, um “padrão médio” de existência, e em caso de sua inviabilidade, que não atue aquém do mínimo digno para se sobreviver. O mínimo existencial se manifesta tanto através dos direitos de liberdade, quanto dos direitos a prestações, que possuem maior relevância para a presente dissertação. Nestes casos, existe o dever estatal de proporcionar os meios indispensáveis à existência digna, que serão concretizados por via de dimensões

prestacionais dos direitos fundamentais previstos no sistema, notadamente os direitos sociais (NETO, 2012, p. 163).

A tarefa mais árdua neste particular seria definir quais direitos fundamentais sociais compreendem o mínimo existencial. Para alguns, o conceito engloba os direitos à saúde, educação, assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e acesso à justiça (BARCELLOS, 2002, p. 245). Note-se que por essa visão teríamos o artefato material do mínimo existencial conhecido previamente para qualquer caso. Por outro lado, há quem sustente que a determinação prévia seria inviável, pois a tese indica um conteúdo relativo que não poderia ser definida *a priori* sem que fosse levada em conta uma situação concreta e específica (contextualizada) (SARMENTO, 2010, p. 204). No mesmo sentido, Ingo Sarlet entende que a definição do que compõe o direito de cada pessoa somente será obtida em cada caso, em função da necessidade do indivíduo concretamente considerada (2011, p. 321).

O fato de não existir dispositivo expresso em nossa constituição consagrando o direito ao mínimo existencial não impossibilita seu reconhecimento. Referido direito, na verdade, pode ser extraído de três fundamentos constitucionais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e a solidariedade social, previstos nos primeiros artigos da carta magna<sup>8</sup>. Esses são os fins a serem alcançados pelo Estado à sociedade brasileira, pelo que todo e qualquer ato praticado pelo Poder (político, econômico, social...) que não leve em conta tais comandos, sobretudo pela proteção insuficiente, incorrerá em abuso ou desvio de poder (BASTOS, 2013, p. 144).

---

<sup>8</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a **dignidade da pessoa humana**; (grifo nosso)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais** e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifos nossos)

O Estado deve promover políticas públicas para alcançar os direitos sociais aos cidadãos, especialmente através dos poderes que representam o povo: legislativo e executivo. A função típica do Legislativo é criar leis, e embora entendamos que os direitos fundamentais sociais possuam aplicabilidade imediata, não raras vezes é imperativa a atuação do parlamento na produção legislativa para que se cumpram os mandados de otimização constitucionais que dizem respeito a tais direitos. Eurico Bitencourt Neto sustenta, por exemplo, que compete ao legislativo a incumbência de promover a organização, o procedimento e a alocação de recursos que possam assegurar as condições materiais necessárias à observância do dever geral de respeito à dignidade humana (2012, p. 166).

De outra banda, ao poder Executivo, cuja função típica é executar o ordenamento jurídico, compete a promoção de políticas públicas para efetivar os direitos sociais. A característica peculiar das políticas públicas, cuja finalidade é executar objetivos do Estado, e não os criar, é que sua implementação transcende o simples debate jurídico. A administração pública, aqui leia-se poder Executivo, deve ponderar uma série de circunstâncias fáticas antes de concretizar um direito, embora, muitas vezes, nem tenha opção de não atuar.

Para Vanice do Valle,

(...) a análise das políticas públicas trará à luz a relação entre atividades estatais e seus diferentes componentes não jurídicos (financeiros, materiais, etc.) e, ainda, sua interação com os atores formalmente postos fora da esfera estatal. A análise de políticas públicas não vê o Estado como uma abstração, mas examina suas condições efetivas de funcionamento. Afinal, a ação estatal – e com ela, as políticas públicas - não se desenvolve numa tábula rasa, livre de restrições, mas num espaço público que estabelece restrições e oportunidades para se pôr em prática ações concretas (2016, p. 33).

Fazer política pública significa perpetrar escolhas, ou seja, definir quais direitos, em que momento e em qual medida serão alocados à sociedade. Apura-se a real necessidade dos cidadãos, pondera-se sobre os recursos materiais disponíveis, estuda-se a melhor forma de provimento e executa-se aquilo que foi planejado. Imagine-se uma política pública de saúde em âmbito municipal: no mínimo haverá atuação da secretaria de saúde, da secretaria de fazenda, da secretaria de planejamento, da procuradoria jurídica do ente público e, obvio, do próprio chefe do poder executivo. Política pública é um agir da administração

pública a partir de um *planejamento* que contemple uma *visão relacional* das múltiplas manifestações que otimize o uso dos elementos de que se dispõe para o melhor atendimento ao interesse público (VALLE, 2016, p. 88). A concretização de uma política pública, portanto, impõe a atuação concatenada de diversos personagens do governo.

O poder público deve planejar, coordenar e executar uma política pública de modo eficiente, e para tanto deve permitir que o próprio cidadão que o elegeu participe dessas escolhas públicas como referido em item pretérito. A participação popular na administração da coisa pública introduz um viés mais democrático nas escolhas públicas. Fábio Comparato afirma que deve ser atribuída ao corpo dos cidadãos considerado colegialmente (povo) a participação nas decisões políticas fundamentais, que dizem respeito à estrutura da sociedade politicamente organizada, ou ao desenvolvimento de políticas públicas (1993).

Em princípio pode-se afirmar que a efetivação de políticas públicas mora no campo da discricionariedade do gestor público, que considerará as circunstâncias de tempo, lugar, materiais etc., antes de decidir. Ocorre que ao mesmo tempo em que o administrador público tem uma margem para sopesar a conveniência e a oportunidade de atuar, ele está vinculado ao direito ao mínimo existencial, o que gera uma compressão em sua liberdade de escolha administrativa. A partir daí conclui-se que nosso ordenamento jurídico recepcionou as políticas públicas como uma categoria normativa, apta a sofrer controle judicial em caso de descumprimento do dever de agir estatal. Aqui, mais uma vez nos valem das ponderações de Vanice do Valle:

A juridicização do conceito de políticas públicas se constitui, portanto, de um lado, tradução de vetores constitucionais do agir vinculado do poder (planejamento, eficiência, proteção a direitos fundamentais); de outro lado, em vetor a viabilizar, por via de consequência, o controle desse mesmo agir do poder – controle esse que há de se revelar possível e eficaz, seja nas instâncias internas à própria administração, seja na via jurisdicional, seja por intermédio das estruturas de controle social (2016, p. 89).

Como é possível perceber, a materialização dos direitos sociais está estritamente ligada ao contexto social, econômico e político do país. Frente a isso, considerando a crise econômica que vem sendo enfrentada principalmente pelas nações subdesenvolvidas, os direitos sociais acabam sofrendo junto as

consequências. A crise do estado social também pode ser considerada uma crise da democracia e da própria sociedade e da cidadania. Na América Latina como um todo, os direitos fundamentais são atingidos por esse fenômeno, mas é em relação aos direitos fundamentais sociais que o problema se acentua, gerando mais exclusão social e, por consequência, aumento da criminalidade. Ingo Sarlet aduz que já se pode falar numa crise de identidade dos direitos sociais e conclui que a falta de efetividade dos direitos conduz a uma crescente desvalorização de sua força normativa e na falta de confiança no discurso dos direitos fundamentais (2015, p. 466).

Nesse cenário de crise financeira é comum que os gestores públicos deixem de promover políticas públicas de efetivação dos direitos sociais, sob o pretexto de ausência de recursos financeiros para tanto, alegando a chamada “cláusula da reserva do possível”. A mencionada teoria, cuja origem remonta ao direito alemão, advoga que compete aos poderes legislativo e executivo, dentro de sua margem de discricionariedade, escolher quais direitos serão efetivados de acordo com o nível de reserva financeira do estado. Não seria razoável que lhe imputassem, com o fundamento na aplicabilidade imediata das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais sociais, outras atitudes fora de suas alçadas econômicas.

Ingo Sarlet sustenta que a reserva do possível possui uma tríplice dimensão: limites fáticos, limites jurídicos e proporcionalidade da prestação. A disponibilidade fática seria a real situação financeira do Estado. A jurídica, está relacionada à (in)existência de previsão orçamentária para cobrir as despesas determinadas judicialmente ao poder público. Por fim, a última dimensão, diz respeito à proporcionalidade daquilo que se pleiteia do Estado. Destaca o jurista:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras (...); c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2011, p. 287).

Nessa toada, percebe-se que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação direta das normas constitucionais. Depende também, e sobretudo, das condições econômico-financeiras (MIRANDA, 2010, p. 32), na medida em que não se pode exigir judicialmente do Estado uma prestação que não pudesse ser concedida a todos que se encontrem na mesma situação (SARMENTO, 2009, p. 11). A escolha – trágica - do administrador público em alocar recursos para concretizar um direito social, implica numa “não escolha” de outro direito. Mas dentro desse contexto, deve-se procurar a máxima efetividade possível dentro dos recursos financeiros disponíveis. Ao mesmo tempo em que a reserva do possível é um limite à realização de um direito fundamental, ela é garantia de efetividade de outros, pois na escassez de dinheiro deve-se optar por materializar aqueles direitos que compõem o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O gestor público, ciente da situação financeira do estado, deve optar por uma deliberação responsável a respeito da destinação dos recursos, promovendo o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público (SARLET, 2015, p. 472), por exemplo, conforme nos referimos acima, introduzindo a opinião dos cidadãos nas escolhas públicas. Nesse sentido, entende Ana Paula de Barcellos:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (2002, p. 245-246).

É exatamente em ambientes de crise financeira e econômica que avulta a relevância do direito ao mínimo existencial (NETO, 2012, p. 170), que representa não apenas uma obrigação de prestação positiva do Estado, mas

também uma obrigação negativa, consistente no dever do Estado de não retirar os direitos basilares já postos à disposição daqueles que necessitam (proibição do retrocesso), caracterizando-se como um núcleo intangível de direitos.

Considerando que existe uma finitude de recursos públicos que não pode ser desconsiderada e que a discricionariedade do legislador e do administrador públicos não é absoluta, caso não haja uma escolha pública razoável, é possível a provocação do poder Judiciário para que, de modo excepcional, decida a questão, sindicando aqueles atos que afrontem direitos subjetivos. Tendo em vista sua natureza, a garantia do mínimo existencial é prioridade constitucionalmente determinada, não ficando ao alvitre do legislador ordinário a opção por concretizá-la (NETO, 2012, p. 169). Ou seja, há direitos que não comportam a alegação da reserva do possível, em relação aos quais a discricionariedade do poder público é reduzida a zero. Dito de outro modo, acima das discricionariedades política e administrativa estão as prioridades preestabelecidas pela Constituição (SARLET, 2011, p. 359).

No Brasil, a confrontação entre o direito ao mínimo existencial e o princípio da reserva do possível já foi objeto de julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 45 pelo Supremo Tribunal Federal - STF, onde fora consignada a possibilidade de intervenção excepcional do Poder Judiciário nas políticas públicas, em que pese as limitações orçamentárias do Poder Executivo, para garantir direitos constantes do bloco mínimo para manutenção da dignidade humana. Vejamos trecho da ementa do julgado:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

É sabido que nosso ordenamento jurídico adotou o sistema inglês ou da jurisdição única de controle dos atos administrativos, onde qualquer ação ou omissão do poder público (seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário) é passível de análise pelo poder judiciário, que decidirá a questão em caráter definitivo<sup>9</sup>. José dos Santos Carvalho Filho afirma que a importância do controle judicial é mais destacada se levarmos em conta os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. E continua o autor, ensinando que é no âmbito do poder Judiciário que tais debates são mais bem decididos, porque os julgadores são agentes públicos equidistantes dos interesses públicos ou privados, proferindo decisão em que o único fator de motivação é a lei ou a Constituição (2018, p. 1082).

Ante a cultura constitucional trazida pelo neoconstitucionalismo, especialmente as ideias de força normativa da constituição e a máxima efetividade das normas constitucionais, bem como à crise de identidade dos direitos sociais em razão da escassez de recursos, o que fundamenta o controle judicial das políticas públicas? É possível que o poder judiciário substitua-se ao gestor público e determine a implementação de políticas públicas de materialização desses direitos?

O que se tem visto na prática forense atual é a consagração da possibilidade de o judiciário controlar as políticas públicas, talvez por ser a única alternativa apta a proteger imediatamente os direitos fundamentais em caso de omissão estatal. Todavia, não é sem crítica de parte da doutrina que tal fenômeno se consolidou. Um dos principais entraves à judicialização das políticas públicas é identificar quais seriam as obrigações mínimas do Estado em relação aos direitos econômicos, sociais ou culturais (...) (ABRAMOVICH, 2011, p. 49). Não é tarefa simples identificar quando uma política pública foi promovida de modo satisfatório ou incompleto, a ponto de justificar a interferência judicial.

---

<sup>9</sup> Art. 5º, XXXV – CF 88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Tendo em vista que a promoção de políticas públicas é, na sua origem, incumbência dos poderes Legislativo e Executivo, nos quais atuam os agentes democraticamente eleitos pela sociedade, há quem sustente que a atuação do poder Judiciário nesse particular careceria de legitimidade democrática e violaria a separação dos poderes. Isso porque as políticas públicas são objeto de atividades típicas dos poderes eleitos, que serão substituídos por um poder que, ao menos no Brasil, não é escolhido pelo povo (BARIFOUSE, 2014, p. 22). Além disso, considerando que a implementação de políticas públicas demanda o envolvimento de diversos setores técnicos da administração pública, e não só o jurídico, o poder Judiciário não teria a expertise necessária para tanto. Não se pode desconsiderar que a administração pública, ao contrário do judiciário, tem uma visão ampla de todas as políticas públicas (e respectivos custos) e dos recursos (técnicos, humanos e financeiros) disponíveis (BARIFOUSE, 2014, p. 25).

Concordamos com a corrente contrária, que entende possível o controle judicial nas políticas públicas, especialmente porque isso só deverá ocorrer após as instâncias ordinárias democraticamente eleitas permanecerem inertes no seu dever de efetivar os direitos sociais. O Judiciário promoverá uma atuação contramajoritária, notadamente na proteção das minorias que não tiveram seu pleito alcançado no processo político e que não podem ter seus direitos violados. A tutela jurídico-constitucional do mínimo existencial impõe o afastamento da legitimidade democrática das escolhas, em regra competência do legislador, substituindo-o pelo primado da dignidade humana (NETO, 2012, p. 168). Não há que se falar, ademais, em violação à separação dos poderes, visto que o judiciário nada mais fará do que dar cumprimento aos comandos constitucionais, a partir de uma decisão devidamente fundamentada. Nesse caminho se direciona a proposta de Vanice do Valle:

A consolidação da jurisdição constitucional trouxe para a ordem do dia – e superou – os vetustos argumentos de que só o voto pudesse ser visto como signo legitimador do agir do poder, admitindo que o labor técnico e independente, associado à motivação das decisões e o caráter democrático de sua construção, possam se revelar igualmente aptos a conferir legitimidade a uma atuação jurisdicional que se exerce a título de *controle* desse mesmo atuar do poder público (2016, p. 105).

De outra banda, a alegada falta de expertise do judiciário não pode servir de subterfúgio para lhe negar competência, sobretudo porque o magistrado possui a seu dispor a faculdade de coordenar a produção probatória, podendo contar com auxílio de peritos técnicos em qualquer área do saber. Conforme será demonstrado mais adiante, é no processo coletivo que mora a possibilidade de controle das políticas públicas pelo Judiciário de modo mais eficiente, no qual o juiz terá ampla visão da situação, estando habilitado para promover a *macrojustiça*.

Permitir tal controle não implica ofertar ao Judiciário a eleição dos meios de ação política e seus objetivos, mas permitir que nas disputas a respeito, a base para análise de um conflito desloque-se do campo puramente político (...) e passe para o campo jurídico, tendo em vista a observância dos direitos e deveres consagrados no âmbito legal e constitucional (DIAS, 2016, p. 159). Para manutenção do regime democrático, entretanto, é salutar que o Judiciário atue com autocontenção a fim de evitar interferências indevidas nas atividades dos outros poderes, sempre observando a razoabilidade e a proporcionalidade na prestação jurisdicional, razão pela qual entendemos pertinente um constante diálogo interinstitucional.

Considerando as principais características dos direitos sociais outrora delineadas, e tendo em vista o papel do Poder Judiciário de garantidor do cumprimento das normas constitucionais, caso haja uma violação aos direitos prestacionais por parte do Estado, seja por uma omissão legislativa ou administrativa, é possível a judicialização do embate para que se decida sobre o acerto ou não do poder público naquela circunstância. Não existe direito econômico, social ou cultural que não apresente *ao menos alguma* característica ou faceta que permita sua exigibilidade judicial em caso de violação (ABRAMOVICH, 2011, p. 65). Se existe um direito, ele é justiciável (ALEXY, 2012, p. 512).

### 3. ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

#### 3.1 ACESSO MATERIAL À JUSTIÇA

No capítulo anterior concluiu-se que os direitos sociais, que ostentam natureza de direito fundamental, não devem ser prestados pelo Estado aquém de um limite mínimo razoável. O cidadão, elevado de patamar pelo constitucionalismo social, possui ferramentas para obrigar os governantes a cumprirem as promessas constitucionais, dentre as quais destacamos os instrumentos jurídicos de provocação do poder Judiciário. Nesse cenário, convém perquirir de que maneira o direito ao acesso à justiça pode contribuir para a materialização de tais direitos.

Na época do Estado Liberal o acesso à justiça era eminentemente formal, na medida em que, enquanto direito natural e, portanto, anterior ao próprio Estado, não necessitava de proteção estatal (MUA, 2010, p. 28). Na verdade, vigorava nesse período a ideia de Estado abstencionista, de modo que o poder público era passivo também nessa seara, cabendo a ele agir apenas para que tal direito não fosse infringido. Pouco se evoluiu em relação ao direito de acesso à justiça, e os eventuais projetos nesse sentido eram estritamente formalistas, ignorando a realidade e os problemas forenses cotidianos. Em regra, tão somente aqueles que detinham poder aquisitivo é que podiam exercer o direito (formal) de acesso à justiça. Nesse sentido lecionam Cappeletti e Garth:

Afastar a “pobreza no sentido legal” — a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições — não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do *laissez faire* só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram condenados responsáveis por sua sorte o acesso formal, mas não efetivo justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, não material (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 7).

A partir do rompimento do Estado Liberal com o surgimento do Estado Social, passou-se a dar mais atenção a questões sociais que outrora foram relegadas pelo modelo predecessor. Nesse momento, algumas cartas constitucionais passaram a prever expressamente direitos prestacionais em favor dos cidadãos. O indivíduo tornou-se sujeito de direitos, devendo o poder

público implementar políticas públicas para materializar as prestações prometidas pelos legisladores constituintes. Na sua omissão, há de existir alguma ferramenta à disposição dos cidadãos prejudicados para fazer valer seus direitos. Para Cappeletti e Garth, o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (1988, p. 5).

O direito de acesso à justiça, então, passou a ser visto como ponto central da processualística, que definitivamente assumiu sua função social (MUA, 2010, p. 31). O movimento fez-se no sentido de reconhecer a obrigação positiva do Estado a fim de garantir a acessibilidade de tais direitos a todos os indivíduos (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 10). O acesso à justiça torna-se um direito do mesmo patamar dos demais, mas com uma característica distintiva: ele garante a materialização dos outros direitos caso sejam violados. Nesse ponto, é possível concluir que o acesso à justiça num Estado Democrático de Direito deve ser entendido como a possibilidade posta ao cidadão de obter uma prestação jurisdicional do Estado, sempre que houver essa necessidade para a preservação do seu direito (SILVA, 2006, p. 126).

No Brasil, o direito ao acesso à justiça é previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV<sup>10</sup> (já referido no primeiro capítulo), ou seja, faz parte do rol dos direitos fundamentais. Vale notar que o acesso à justiça em nosso país garante, inclusive, uma proteção preventiva contra eventual ameaça a direito, não sendo necessária a efetiva violação para que o indivíduo se valha do poder Judiciário.

Tendo em vista que esse trabalho diz respeito à omissão estatal em efetivar os direitos sociais, importante referir que a partir do supramencionado dispositivo constitucional temos em nosso ordenamento jurídico a figura da inexistência da jurisdição condicionada, ou seja, não há necessidade de esgotamento da via administrativa para só depois adentrar a via judicial (FERNANDES, 2017, p. 521). Entretanto, não se pode deixar de destacar a

---

<sup>10</sup> Art. 5º, XXXV – CF 88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

particularidade relativa à Justiça Desportiva prevista no art. 217, §1<sup>o</sup><sup>11</sup> da Constituição Federal. Desrespeito a direitos relacionados ao esporte só pode ser levados ao conhecimento do poder Judiciário depois de esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, de natureza eminentemente administrativa. Frisa-se que nesses casos o sujeito lesado não está impedido de provocar o poder Judiciário, havendo apenas uma condicionante prévia prevista constitucionalmente, uma espécie rara de exceção relativa ao acesso à justiça.

O que não se pode conceber é a total inviabilização do acesso à justiça. Qualquer medida nesse sentido, impossibilitando o cidadão de levar sua pretensão ao Judiciário, será considerada inconstitucional. Por isso é que não há como implementar no Brasil o sistema francês, ou do contencioso administrativo, de controle dos atos da administração pública, visto que nesse modelo as demandas que envolvem o poder público são julgadas por um tribunal administrativo, sem possibilidade de revisão pelo poder Judiciário comum.

Contudo, a simples abertura das possibilidades para se ingressar com uma ação judicial não significa cumprir o direito fundamental do acesso à justiça, considerado por alguns – vide Ana Paula de Barcellos referida em capítulo anterior – como mínimo existencial. Por diversas vezes o que os legisladores fizeram foi apenas escancarar as portas do combalido sistema judiciário brasileiro para uma perigosa e induzida judicialização de conflitos até então não manifestos (MARQUES, 2007, p. 17). Entendemos que a facilitação ao acesso ao Judiciário é salutar, mas desde que instituída em situações específicas, devidamente justificadas, e que conte com a previsão de mecanismos que inibam demandas temerárias.

Como corolário do acesso à justiça, e igualmente qualificado como direito fundamental, existe o direito à duração razoável do processo<sup>12</sup>, no qual aqueles que provocam uma manifestação judicial têm direito de receber uma resposta em tempo adequado, sem que haja dilações indevidas que atrasem o andamento processual. Por certo que o tempo razoável de um processo depende de vários

---

<sup>11</sup> Art. 217, § 1º - CF 88: O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

<sup>12</sup> Art. 5º, LXXVIII – CF88: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

fatores, tais como complexidade da causa, comportamento das partes etc., mas principalmente de um aparato legislativo que crie um sistema judicial ágil, o que não se coaduna com a abertura inconsequente das portas do poder judiciário. Essa conduta apenas abarrotava os escaninhos dos magistrados, que não conseguem prestar uma jurisdição adequada para cada caso concreto.

Em pesquisa realizada em 2015 pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB<sup>13</sup>, intitulada “O uso da Justiça e o litígio no Brasil”, constatou-se que embora os juízes brasileiros sejam os terceiros mais produtivos do mundo, eles não são capazes de dar vazão à quantidade de processos que aporta nas suas varas diariamente. A taxa de congestionamento de processos no Brasil, segundo a pesquisa, é de 70%. Isso significa que a cada 100 processos novos no Judiciário, apenas 30 são resolvidos, o que causa um aumento expressivo e contínuo do estoque de demandas pendentes. Quem contribui significativamente para esses números é o próprio poder público, que aparece na liderança dos maiores litigantes do país como será demonstrado no tópico sobre a tutela coletiva.

É evidente que o acesso à justiça não se limita em garantir o acesso aos tribunais. Essa lógica acaba por saturar os juízes e prejudicar os jurisdicionados que não conseguem uma resposta para seu problema em tempo razoável. O que de fato deve ser consagrado é o direito ao acesso à ordem jurídica justa. Nesse sentido, sustenta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que não basta abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos (2010, p. 12). Pode-se afirmar que acesso à ordem jurídica justa pressupõe uma prestação jurisdicional efetiva.

O acesso à justiça, no sentido ora referido, é previsto no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>14</sup>. Na mesma trilha anda o artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, dispondo que:

---

<sup>13</sup> AMB. **O uso da Justiça e o litígio no Brasil**. Disponível em: <https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

<sup>14</sup> Art. 8º - DUDH: Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Boaventura de Souza Santos, corroborando os dizeres da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aponta a necessidade de que seja observada a acepção técnica do direito ao acesso à justiça, intrinsecamente relacionada aos parâmetros do fenômeno social a qual este direito encontra-se vinculado:

A consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismo que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e funções mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e, em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos (1997, p.146).

Contudo, o Estado, e aqui nos referimos aos três poderes, não se preparou adequadamente para o avanço da globalização que culminou no surgimento de novos direitos, inclusive de índole coletiva e difusa. Não se desconhece a ineficiência dos poderes Executivo e Legislativo em efetivar direitos constitucionalmente previstos, mas não se pode olvidar que o poder Judiciário já não vem prestando seu *munus* do modo como pretendido pelo constituinte. Nessa linha, lecionam José Luis Bolzan de Moraes e Marcelo Oliveira de Moura:

Um grande percentual de demandas sociais desatendidas são judicializadas, o que somado a consagração de novos direitos tem como resultado uma explosão de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos), realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitada de forma ampla. [...] O processo de globalização tem como um dos resultados a falência do sistema de prestação jurisdicional estatal, comprometendo sua capacidade de apresentar respostas eficazes no tratamento da conflitualidade social, o que se tem traduzido numa crise envolvendo a própria democratização do acesso à justiça. (2017, p. 6 e 16).

O poder Judiciário de um modo geral tem se preocupado em ser mais eficiente do que efetivo, quando, na verdade, é a efetividade da prestação jurisdicional o ponto central para materialização do direito ao acesso à justiça. No afã de dar vazão à enxurrada de demandas que batem à sua porta, o Judiciário, e especialmente o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, tem prestigiado mais o volume de decisões proferidas que a sua qualidade. Esse padrão de atuação tem gerado uma crise de desconfiança por parte da sociedade, que de um lado percebe a inércia de seus representantes eleitos (Poderes Executivo e Legislativo) em materializar seus direitos e de outro a falta de efetividade da tutela jurisdicional. Mais uma vez nos valem os ensinamentos de Bolzan de Moraes e Marcelo Moura que legitimam esse pensamento:

No Brasil a influência desse movimento é verificada na Emenda Constitucional nº 45 e seu conjunto de reformas do Poder Judiciário e encontra albergue também na Constituição Federal, na positivação do princípio da eficiência administrativa em seu artigo 37, que consagra o paradigma da eficiência econômica e o modelo gerencial no âmbito da administração pública, o qual se transfere para o espaço jurídico e, especialmente, para as práticas processuais e decisórias que começam a delinear-se como serviços prestados ao consumidor-jurisdicionalizado, considerado como um cliente que deve ter a sua disposição uma prestação rápida e com baixo custo econômico (2017, p.17).

Percebe-se, portanto, que em geral andamos na contramão daquilo que o legislador constituinte originário desenhou para a prestação jurisdicional e para o acesso à justiça. Não se desconhece a previsão constitucional do princípio da eficiência administrativa, porém, quando se trata do direito fundamental ao acesso à justiça, há de prevalecer a busca da efetividade sobre a simples eficiência numérica.

Para a *efetividade do processo* é preciso superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade do produto final – prestação jurisdicional efetiva (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 42). Há alguns obstáculos a serem superados para que seja cumprido o direito ao acesso à justiça. Dentre eles, pode-se mencionar a necessidade de eliminação dos entraves econômicos aos mais pobres; que o processo respeite o contraditório e a ampla defesa em atenção ao procedimento legalmente previsto; as decisões devem ser justas, devendo o julgador valorar adequadamente as provas produzidas e interpretar com razoabilidade e

proporcionalidade as normas aplicáveis ao caso; e que os comandos sentenciais sejam efetivamente cumpridos, sob pena de enfraquecimento do próprio poder Judiciário.

Cappeletti e Garth mencionam três ondas renovatórias de acesso à justiça. A primeira buscava promover a assistência judiciária aos pobres. A segunda, consagrar a representação dos interesses difusos. E a terceira, articular uma concepção de uma forma mais ampla do acesso à justiça, cuja finalidade está pautada no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (1988, p. 67).

O principal objetivo da primeira onda renovatória era afastar os entraves econômicos para que os mais necessitados pudessem ter acesso à justiça. Por certo que a falta de recursos financeiros poderia levar essa camada da população a “renunciar” seus direitos pelos elevados custos do processo. No Brasil, por exemplo, foi editada a Lei n. 1.060/50 que trata da assistência judiciária gratuita. Por sua vez, a segunda onda renovatória pretendeu adequar o processo aos novos direitos, vez que os velhos instrumentos processuais já não bastavam para solucionar os conflitos emergentes decorrentes da massificação das relações. Nesse contexto, nasce o interesse do presente trabalho, que pretende propor uma alteração legislativa pontual na Lei da ação civil pública, a fim de promover uma evolução no acesso coletivo à justiça. A tutela coletiva, que será melhor analisada a seguir, surgiu para proporcionar ampliação ideal de acesso à justiça, tendo em vista que, com uma única ação é possível alcançar a todos que necessitam de proteção jurisdicional. Por fim, a terceira onda renovatória não se limitou a meras reformas procedimentais, pois pretendeu dar às pessoas uma ordem jurídica justa.

Um marco relevante na terceira onda renovatória no Brasil, que se incumbiu de materializar o acesso à justiça, foi a criação dos Juizados Especiais. Com a edição da Lei n. 9.099/95 ficaram estabelecidos os Juizados Especiais Estaduais e, mais tarde, com a Lei n. 10.259/01, os Juizados Especiais Federais. Sua origem, na verdade, remonta à década de 1980 no Rio Grande do Sul, primeiro com a experiência dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem e depois com o Juizado de Pequenas Causas.

O que se buscou com a criação dos Juizados Especiais foi aproximar o jurisdicionado ao poder Judiciário, pautando-se em princípios como os da oralidade e informalidade, permitindo ao particular entender o que acontece na sua demanda. O princípio da simplicidade, por sua vez, preconiza a ideia de que o desenvolvimento do processo deve se dar de maneira facilitada, liberto de formalismos (CUNHA, 2017, p. 13). Adotou-se, ainda, o princípio da instrumentalidade das formas, que preceitua que todos os atos processuais serão válidos ainda que praticados em desacordo com a lei, desde que preencham as finalidades para os quais foram realizados. Além disso, no primeiro grau o processo será totalmente gratuito, tanto de custas quanto de honorários advocatícios.

Todavia, não obstante os avanços acima destacados, entendemos que existem outros dois que mais se aproximam com a ideia de acesso à justiça até aqui trabalhado.

O primeiro diz respeito ao *jus postulandi*, permitindo que em determinadas situações o próprio cidadão busque a prestação jurisdicional pessoalmente, sem a necessidade de constituir advogado. Note-se a facilitação do acesso ao poder Judiciário promovido a partir da criação dos Juizados Especiais beneficiando consideravelmente aqueles menos favorecidos que poderão provocar uma resposta judicial sem que para tanto tenham que dispendir recursos financeiros com advogado.

O segundo é a possibilidade de o magistrado utilizar a equidade como método de solução do conflito, visando atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Isso significa a consagração de uma forte carga social na prestação jurisdicional. Trata-se de método interpretativo, mas que na essência atende ao acesso à justiça substancial por buscar a justiça social do caso concreto. Atender aos fins sociais significa aplicar a lei para resolver litígios das partes proporcionando a tranquilidade social e satisfazendo os interesses da sociedade (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2016, p. 36). A título exemplificativo, pode-se mencionar uma ação previdenciária em que o segurado postula aposentadoria por invalidez e o juiz concede o benefício em razão das condições sociais, culturais e econômicas do autor, mesmo que a perícia médica tenha constatado a incapacidade laborativa parcial. Ressalta-se que esse

entendimento fora inclusive pacificado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais através da Súmula 47<sup>15</sup>.

Observa-se, dessa forma, que os Juizados Especiais materializam dois sentidos do acesso à justiça (formal e substancial), seja por facilitar o ajuizamento de uma ação pelo próprio cidadão ou por permitir ao juiz decidir o caso com base na equidade alcançado a justiça no caso concreto.

Ainda como mecanismo de efetivação do acesso à justiça decorrente da terceira onda renovatória, assinalamos as formas alternativas de resolução de conflito, tais como mediação e arbitragem, que têm o condão, muitas vezes, de retirar do monopólio estatal a tarefa de sanar os conflitos. A mediação, por exemplo, é forma alternativa de resolução de conflitos pautada no exercício da vontade das partes. Ela ganha destaque no momento em que as próprias partes é que chegam a um consenso entre si, não competindo ao mediador propor soluções para o conflito, o que gera um sentimento de satisfação pessoal relevante aos envolvidos.

Daniel Neves desenvolve essa característica:

Por outro lado, diferente do conciliador, o mediador não propõe soluções do conflito às partes, mas as conduz a descobrirem as suas causas de forma a possibilitar sua remoção e assim chegarem à solução do conflito. Portanto, as partes envolvidas chegam por si sós à solução consensual, tendo o mediador apenas a tarefa de induzi-las a tal ponto de chegada. O sentimento de capacidade que certamente será sentido pelas partes também é aspecto que torna a mediação uma forma alternativa de solução de conflitos bastante atraente (2016, p. 6-7).

Trata-se de forma de resolução de conflito expressamente prevista no novo Código de Processo Civil, devendo os tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de mediação. Além do acima referido, existem ao menos mais duas características significativas da mediação que merecem destaque. A primeira é a retirada de cena do juiz, pelo menos *a priori*, pois ele nem sempre possui conhecimentos técnicos para praticar a mediação, além de possuir o poder de decidir que poderia gerar uma sensação de prejulgamento acaso praticasse uma conduta mais incisiva na busca pelo consenso. A segunda é que esses centros

---

<sup>15</sup> Súmula 47 – TNU: Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.

judiciários de mediação devem desenvolver políticas de informação e convencimento à população para adoção de modalidades alternativas de resolução de conflitos.

Nesse ponto, novamente nos valem das lições de Daniel Neves:

Vejo como medida positiva porque o juiz nem sempre é a pessoa mais indicada para exercer tal atividade, primeiro porque pode não ter a técnica necessária e, em segundo, porque pode ser acusado de prejulgamento na hipótese de uma participação mais ativa na tentativa de obter a mediação. [...] Além da atuação pontual nos processos, o centro judiciário de solução consensual de conflitos ficará responsável pelo desenvolvimento, publicação e adoção de políticas voltadas à mediação, em atividade essencial para a mudança da mentalidade litigiosa das partes e de seus patronos (NEVES, 2016, p. 8).

Apenas com breves apontamentos acerca da mediação judicial é possível perceber que ela busca atuar justamente em sentido contrário àquela ideia de poder Judiciário apenas eficiente, centrado apenas na produção de números. A mediação torna a resolução dos conflitos eficaz, pois as partes que entram em consenso ostentam um sentimento de satisfação pessoal, razão pela qual é necessário que o Estado implemente políticas públicas de fortalecimento dessa forma de resolução de conflitos.

Conclui-se, dessa forma, que o direito ao acesso à justiça atualmente significa, além de uma possibilidade de se socorrer ao Judiciário, uma prestação jurisdicional efetiva e no tempo adequado, principalmente se o litígio disser respeito aos direitos sociais, cujas prestações, muitas vezes, são imprescindíveis para que o cidadão goze de uma mínima condição de dignidade para sobreviver. A previsão de um direito sem a correspondente ferramenta jurídica para exigí-lo e efetivá-lo acaba por enfraquecê-lo ou aniquilá-lo. Como instrumento de acesso à justiça que é, o processo deve ser apto para servir aos ideais de justiça e, conseqüentemente, à efetiva realização material dos direitos democráticos assegurados na ordem constitucional (MARQUES, 2007, p. 16).

### 3.2 O PAPEL DO PROCESSO CIVIL

O processo é um conjunto (feixe) de relações jurídicas (DIDIER JR, 2015, p. 33), dentro do qual o Estado exerce sua jurisdição e cujas regras são delineadas a partir da Constituição Federal. Ou seja, o processo não se limita a

mero rito de aplicação judicial de um direito violado, mas sim uma ferramenta pela qual o Estado exerce seu poder. É através dele que os cidadãos, destinatários das promessas constitucionais, exercem seu direito ao acesso à justiça. O Direito Processual Civil é o conjunto de normas que disciplina o processo jurisdicional civil, determinando como o processo deve se estruturar.

Conforme leciona José Eduardo Carreira Alvim (2012, p. 15-17), há intensa divergência sobre qual seria o escopo do processo, havendo inclusive quem sustente, como Alfredo Rocco, que o processo sequer tem um escopo por si mesmo, pois quem tem um escopo é um sujeito, que no processo são o Estado-juiz e as partes, cada qual com seus intentos. Por outro lado, existe a teoria *subjetivista*, pregando que o processo tem como escopo a tutela dos direitos subjetivos, ou seja, de um interesse juridicamente protegido, e a teoria *objetivista*, defendendo que o escopo do processo é fazer atuar a lei, que é o direito objetivo criado pelo Estado. Alfredo Rocco aponta críticas a essas duas teorias, pois a teoria subjetivista leva em conta somente o escopo do autor, considerando-o como escopo do processo, e a teoria objetivista, considera somente o escopo do Estado, que pode não coincidir com escopo de nenhuma das partes. Existe, ainda, uma terceira corrente, encabeçada na América Latina especialmente por Couture, chamada de teoria *mista*, a qual entende que o escopo do processo seria conciliar as outras duas teorias já referidas, visto que não seria viável fazer uma separação estanque entre direito subjetivo e direito objetivo. Isso porque o direito subjetivo não se contrapõe ao direito objetivo, sendo, na verdade, valorações jurídicas expressas pelo próprio direito objetivo, identificando-se com ele. O escopo de cada uma das partes é ter razão; mas a finalidade do processo, ao invés, é dar razão a quem tem, e dar razão a quem tem não é um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade (CARREIRA ALVIM, 2012, p. 17).

A jurisdição tutela situações jurídicas concretamente afirmadas em um processo. Todo o processo traz a afirmação de ao menos uma relação jurídica carecedora de tutela jurisdicional, a qual pode ser chamada de *direito material* (DIDIER, 2015, p. 38). Uma vertente já ultrapassada sustentava que o direito processual não era determinado nem pelo direito material, nem pelas autoridades responsáveis pela sua aplicação, nem ordem constitucional. Determinava-se a si próprio por *auto-referência*, baseado em sua

autopositividade (SALLES, 2017, p. 197). Para essa corrente o processo não carregava qualquer pretensão finalística. Pouco importava, nessa perspectiva, o acesso à justiça ou a efetividade dos provimentos jurisdicionais (SALLES, 2017, p. 198).

Isso acarretava consequências como a previsão de determinados direitos materiais sem a respectiva tutela jurisdicional adequada. Tendo em vista a atribuição de uma superioridade da norma processual sobre a material, o resultado prático obtido não correspondia à efetiva realização do direito (SALLES, 2017, p.198). Contudo, a previsão de um direito sem o correspondente instrumento jurídico para concretizá-lo equivale a não ter esse direito. Nesse sentido, Liana Cirne Lins ensina que:

O acesso à justiça é a institucionalização do reconhecimento de que a consagração dos direitos no plano meramente formal sem se fazer acompanhar por mecanismos de sua efetivação implicava, na realidade, a que estes direitos não correspondessem a absolutamente nada. (2008, p. 2).

O neoconstitucionalismo, a partir de sua premissa básica de fortalecimento das normas constitucionais e a busca pela efetiva concretização dos direitos fundamentais, passou a determinar que os ordenamentos jurídicos colocassem à disposição dos indivíduos instrumentos jurídicos adequados para corrigir eventual violação a esses direitos. Ana Paula de Barcellos resume de modo categórico a nova fase constitucional:

A particularidade do neoconstitucionalismo consiste em que, consolidadas essas três premissas na esfera teórica, cabe agora concretizá-las, elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito. O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto de feérica, instável, e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica. Nesse contexto se inserem, por exemplo, as discussões sobre a eficácia jurídica dos princípios constitucionais, as possibilidades de controle das omissões inconstitucionais e os diversos estudos que procuram compreender e interpretar a legislação ordinária a partir do texto constitucional, como acontece de forma especialmente marcante com o direito civil, o direito penal e o direito processuais. Como se verá, o tema do controle das políticas públicas - objeto central deste pequeno estudo - está inserido nesse mesmo esforço de concretização técnica das noções de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição (BARCELLOS, 2005, p. 84/85).

Nessa perspectiva, considerando que o direito processual é ferramenta jurídica de auxílio ao neoconstitucionalismo na materialização dos direitos fundamentais sociais, tem-se falado que sua constitucionalização é uma das características do direito contemporâneo. Sendo o Estado Constitucional ancorado na pessoa humana (...) a finalidade óbvia colimada ao processo civil só pode estar na efetividade dos direitos proclamados pela ordem jurídica (MITIDIERO, 2016, p. 262). Vale dizer que

(...) a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de também compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 437).

A doutrina destaca que o processo civil passou por algumas fases antes de chegar ao estágio atual. A primeira foi a fase do *praxismo*, na qual o processo ainda não era um ramo autônomo do direito, não possuindo conceitos, nem princípios próprios. O processo era visto como um mero procedimento que servia para tutelar um direito substancial de caráter eminentemente individualista-privatista. A seguir, surge a fase do *processualismo*, a partir da qual o processo civil tornou-se um ramo autônomo, com suas particularidades específicas. Embora a conquista de uma autonomia seja salutar, a autonomia processual tomou tamanha proporção que ela acabou por dissociar o processo dos direitos materiais, deixando-o extremamente formalista e distante dos valores sociais. Para tornar o direito processual civil mais efetivo, adentra-se a fase do *instrumentalismo*, que tornou o processo um verdadeiro instrumento de concretização do direito material. O magistrado deixa de ser mero aplicador do ordenamento jurídico escrito pelo legislador, e passa a observar os valores sociais do contexto no qual está inserido para tomar suas decisões. Essa fase colocou nas mãos do juiz toda a carga valorativa do caso concreto com o propósito de tornar o processo mais efetivo, mas o tornou extremamente rígido do ponto de vista formal.

O direito processual atravessa nova fase, o *neoprocessualismo*, ou como denominou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *formalismo-valorativo*, estabelecendo uma relação circular de interdependência com o direito material, passando a ser objeto de estudo de outras ciências jurídicas como a sociologia

do processo. Essa fase pretende destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual (DIDIER JR, 2015, p. 45).

Ao mesmo tempo em que o processo serve ao direito material, ele é servido por este, não havendo superioridade de nenhum dos lados. Reforça-se que

ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre engenheiro e arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho (DIDIER, 2015, p. 39).

Pode-se afirmar que essa abordagem metodológica do processo não abandona as conquistas trazidas pela fase do *instrumentalismo*, mas agrega a ela novas premissas teóricas. Não se pode abandonar as formalidades processuais, mas estas não podem ser estanques, sob o pretexto de efetivação do processo. É importante que se tenha previsibilidade na aplicação da lei processual, o que não justifica uma atuação autoritária do magistrado. Impõe-se, nessa fase da metodologia processual, que haja uma delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, além de uma maior integração/interlocução entre esses atores. A partir de então, reforçam-se os aspectos éticos do processo, com a consagração expressa no novo Código de Processo Civil, por exemplo, dos princípios da cooperação e da boa-fé processual. O processo, além de outorgar à jurisdição a possibilidade de proteger direitos, deve ser legítimo, espelhando os valores que fazem do Estado uma democracia ou que conferem ao exercício do poder natureza democrática (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 439).

Assim, o que se pretende é que haja instrumentos jurídicos adequados para efetivar os direitos materiais. A questão ganha importância quando levamos em consideração a necessidade de concretização judicial dos direitos sociais violados pelo Estado, visto que demandam, numa análise universal do problema, a implantação de políticas públicas por parte das autoridades responsáveis.

Há, atualmente, grande preocupação com a efetividade do processo, tema que não existia até então, e a tutela de novos direitos, como os coletivos (DIDIER, 2015, p. 44). O direito fundamental à tutela efetiva incide sobre o

legislador, obrigando-o a considerar as necessidades do direito material e da ordem jurídica, e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender o procedimento conforme as particularidades do caso concreto (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 439). Ou seja, o processo atualmente deve ser estruturado não apenas para atender as necessidades do direito material, mas também para dar ao juiz e às partes oportunidade de se ajustarem às particularidades de cada caso.

Frente à impossibilidade de o legislador antever todas as necessidades do direito material, uma técnica para superar futuras lacunas processuais é a possibilidade de criação de normas abertas, que permitam a adequação do procedimento ao caso concreto. Esse artifício foi utilizado, por exemplo, pelo novo Código de Processo Civil no seu art. 139, inciso VI<sup>16</sup>, que consagra uma flexibilidade ao juiz no que tange aos prazos processuais e à instrução probatória com vistas a conseguir uma maior efetividade à tutela do direito.

Para que se alcance uma tutela jurisdicional adequada é preciso, sobretudo: que o processo permita uma maior admissão possível em juízo (característica a partir da qual entendemos, como será estudado adiante, ser possível avançar no que diz respeito à tutela coletiva, promovendo uma participação direta do cidadão na concretização judicial dos direitos sociais); que o processo consiga se adaptar às necessidades do caso concreto; que haja justiça nas decisões; e que as decisões possuam efetividade. Mas nessa evolução processual é imprescindível que ele se desvincule de suas ligações radicais com o direito civil, tendo em vista que o processo civil não se aplica apenas às relações privadas. Com o surgimento de novos direitos e novos titulares de direitos, não é mais admissível um processo civil individualista e meramente patrimonial, conclusão essa que será desenvolvida a seguir. Já não há mais dúvidas acerca de seu caráter público, especialmente porque através dele o Estado exercer um poder.

Para que o acesso à justiça cumpra seu desiderato e sirva para que os cidadãos efetivamente consigam materializar seus direitos violados através do

---

<sup>16</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

poder Judiciário, é imprescindível que as ferramentas processuais estejam adaptadas aos novos tempos e os novos direitos daí decorrentes. Nesse contexto, o neoprocessualismo serve de suporte crítico para a construção não somente de “novas” teorias e práticas, mas sobretudo para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas a prestação jurisdicional. (CAMBI, 2007, p. 43). Mas ao mesmo tempo em que o neoprocessualismo beneficia-se das normas constitucionais processuais, acaba sendo limitado por elas, pois deve respeito às garantias dos litigantes judiciais. Esse é um grande desafio a ser enfrentado pelos legisladores e magistrados.

### 3.3 PROCESSO CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: UMA SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO PROCESSUAL

Como visto no tópico anterior, o processo - instrumento de que dispõe a jurisdição para cumprir o seu dever e exercer o seu poder - deve ser estruturado de modo a permitir a outorga das tutelas prometidas pelo direito material (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 457). O direito ao acesso à justiça somente estará apto a contribuir com a materialização dos direitos sociais se seus instrumentos se mantiverem em constante desenvolvimento. Essa conclusão deve ser compreendida à luz da evolução histórica, pois, na medida em que o homem vive em sociedade, sempre haverá probabilidade de uma relação coletiva.

A sociedade moderna vivenciou a chamada revolução industrial que se transformou em tecnológica, gerando a massificação e a globalização das relações humanas. Houve aumento de consumo, do número de funcionários públicos, trabalhadores, aposentados, de empresas, de direitos ambientais etc., mas, em contrapartida, também aumentaram os danos a essas relações. Tudo isso acarretou uma profunda alteração no quadro dos direitos e na sua forma de atuação (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 293).

Esses novos direitos mereceram classificação pela doutrina e pela legislação. No Brasil, o diploma pioneiro nesse sentido foi o Código de Defesa do Consumidor, ao trazer os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Vejamos:

Art. 81 Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:  
I – **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;  
II – **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;  
III – **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (grifo nosso)

Importante analisar, ainda que de passagem, os elementos que compõem esses direitos.

Quando se refere a *direitos difusos*, o CDC afirma que se tratam de direitos transindividuais, ou seja, o titular é a coletividade, representada por sujeitos indeterminados e indetermináveis (NEVES, 2016, p. 154). Não existe um indivíduo titular do direito difuso, nem mesmo um grupo bem determinado de pessoas, mas sim toda a coletividade ou parcela significativa dela. O segundo elemento caracterizador dos direitos difusos é a indivisibilidade do objeto, ou seja, ele não pode ser fracionado entre os membros que compõem a coletividade. A ligação entre esses sujeitos por uma circunstância de fato comum significa que todos os titulares dos direitos difusos são titulares exatamente por estarem numa determinada situação fática homogênea (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 22).

Pode-se imaginar, como exemplo de direito difuso, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou direito do consumidor de não sofrer propaganda enganosa. Se uma empresa produz uma propaganda enganosa em rede de televisão ou emite poluentes na atmosfera, não há como ponderar qual indivíduo teria mais direito de não ser enganado ou de ver o meio ambiente saudável do que outro. Não há como se estimar quem foi efetivamente lesado e em que medida.

No que tange aos *direitos coletivos stricto sensu*, pode-se perceber, que do mesmo modo que nos direitos difusos, o CDC atribui a qualidade da transindividualidade, significando que não há um indivíduo titular do direito. Por terem natureza transindividual como característica comum, o direito difuso e o direito coletivo são considerados direitos essencialmente coletivos (BARBOSA MOREIRA, 1993, p. 24). Ademais, os direitos coletivos também são indivisíveis, de forma que os efeitos de tais direitos não podem ser usufruídos por um único

indivíduo do grupo. Deve existir uma relação jurídica base entre os titulares dos direitos coletivos, que preexiste ao dano que eventualmente eles venham a sofrer. Mesmo que solucionada a crise jurídica envolvendo o grupo de pessoas, essa unidade entre elas continuará a existir, porque a relação jurídica base existente entre elas não se confunde com aquela relação jurídica resolvida em juízo (NEVES, 2016, p. 156).

A título exemplificativo, pode-se referir que um grupo de segurados de um plano de saúde possuem uma relação jurídica base pelo simples fato de estarem envolvidos numa relação jurídica com a mesma entidade (situação preexistente a qualquer dano), de modo que eventual reconhecimento judicial de um aumento de mensalidade abuso, que favorecerá a todos os segurados, não desfaz esse liame que os une. Graças à relação jurídica existente entre os titulares dos direitos coletivos, ou deles com a parte contrária, é possível determina-los e identifica-los (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 28), traço esse que os diferenciam dos direitos difusos. Outro exemplo que se pode imaginar de direitos coletivos é aquele que diz respeito a um grupo de estudantes de uma mesma escola que sofre aumento na mensalidade escolar.

As identidades entre o direito difuso e o coletivo se limitam à transindividualidade e à indivisibilidade. Enquanto no direito difuso não há uma relação jurídica que vincule os indivíduos que compõem a coletividade, no direito coletivo há uma relação jurídica base. Ou seja, no direito difuso a condição de membro da coletividade decorre de uma situação de fato, enquanto no direito coletivo existe uma relação jurídica que vincula os indivíduos que compõem o grupo (NEVES, 2016, p. 163).

Por fim, o CDC ainda tratou, de modo econômico, dos chamados *direitos individuais homogêneos*, que nada mais são do que direitos subjetivos individuais com uma certa identidade, homogeneidade, de origem comum. Os direitos individuais homogêneos são divisíveis e as lesões sofridas por cada indivíduo titular do direito podem ser reparadas na medida da ofensa. Tais direitos devem derivar de uma origem comum, que pode ser fática ou jurídica. Havendo um dano a grupo de pessoas em razão do mesmo fato, ou ainda de fatos assemelhados, pode-se afirmar que os direitos individuais de cada um deles ao ressarcimento são de origem comum (NEVES, 2016, p. 157). Destaca-se, ainda, que por serem direitos individuais, seus titulares são perfeitamente

determinados. Ademais, essa origem comum não necessariamente significa uma unidade temporal. É possível, por exemplo, que um produto nocivo à saúde seja adquirido por diversos consumidores ao longo de vários dias, mas a causa dos danos é um fato homogêneo, ou seja, possui origem comum em todos os casos. Note-se que nos direitos individuais homogêneos o grupo é criado por uma ficção legal após o surgimento da lesão, ao contrário dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, nos quais o grupo possui uma relação, fática ou jurídica, prévia ao dano.

Um mesmo fato pode atingir, por exemplo, direitos difusos e individuais homogêneos. Imagine-se que determinado navio causa um grande derramamento de óleo numa região litorânea. Essa conduta gera um direito à coletividade de reparação ao meio ambiente – direito ao meio ambiente equilibrado, que não pode ser individualizado (direito difuso), e um direito aos moradores da região que foram diretamente afetados pela contaminação da água e tiveram problema de saúde – dano que pode ser aferido individualmente (direito individual homogêneo). Outro exemplo de direito individual homogêneo seria um grupo de pessoas seguradas da previdência social que sofrem uma violação em seus benefícios.

Ainda sobre os direitos individuais homogêneos, há controvérsia sobre sua natureza transindividual ou não. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sustentam a natureza subjetivamente coletiva de tais direitos. Afirmam os autores que a tutela dos direitos individuais homogêneos não se limita aos direitos individuais das vítimas, protegendo também a coletividade, na medida em que, se não houver a habilitação na ação coletiva de interessados em número compatível com a gravidade do dano, os entes legitimados promoverão a liquidação e execução dos valores devidos e os reverterão em prol do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Além disso, afirmam os juristas que a própria legislação brasileira já teria coletivizado tais direitos ao permitir sua tutela por ação coletiva (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 80/83). Nesse passo, Hugo Mazzilli aduz que a principal característica dos direitos transindividuais é a possibilidade que o acesso individual à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, razão pela qual os direitos individuais homogêneos não deixam de ser coletivos (2009, p. 56).

Entretanto, a maioria da doutrina defende que os direitos individuais homogêneos têm natureza individual com proteção coletiva. Barbosa Moreira cunhou o entendimento de que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são direitos essencialmente coletivos e que os direitos individuais são apenas acidentalmente coletivos. No mesmo sentido, Teori Albino Zavascki diferencia a tutela coletiva de direitos da tutela de direitos coletivos. Para o autor, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* compõem o gênero direitos coletivos *latu sensu*, especialmente em razão da sua transindividualidade, ou seja, por não possuírem titulares determinados (embora nos coletivos *stricto sensu* possam ser determinados) e por serem materialmente indivisíveis. Por sua vez, os individuais homogêneos pertenceriam a outra categoria jurídica, por terem titulares determinados e serem divisíveis (2008).

Tendo em vista a complexidade do tema, optamos por trazer à baila um quadro comparativo que adota o entendimento majoritário sobre a diferença entre os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, de autoria de Márcio André Lopes Cavalcanti<sup>17</sup>:

---

<sup>17</sup> **Dizer o Direito:** Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/02/sc3bamula-601-stj.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2018.

DIFUSOS	COLETIVOS (em sentido estrito)	INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS
Ex: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.	Ex: reajuste abusivo das mensalidades escolares.	Ex: determinado lote de um remédio causou lesão a alguns consumidores.
São classificados como direitos ESSENCIALMENTE COLETIVOS.	São classificados como direitos ESSENCIALMENTE COLETIVOS.	São classificados como direitos ACIDENTALMENTE COLETIVOS ( <i>isso porque são direitos individuais, mas tratados como se fossem coletivos</i> ).
São transindividuais (há uma transindividualidade real ou material).	São transindividuais (há uma transindividualidade real ou material).	Há uma transindividualidade <u>ARTIFICIAL, formal</u> ou <u>relativa</u> (são direitos individuais que, no entanto, recebem tratamento legal de direitos transindividuais).
Têm natureza INDIVISÍVEL. Tais direitos pertencem a todos de forma simultânea e indistinta. O resultado será o mesmo para todos os titulares.	Têm natureza INDIVISÍVEL. O resultado será o mesmo para aqueles que fizerem parte do grupo, categoria ou classe de pessoas.	Têm natureza DIVISÍVEL. O resultado da demanda pode ser diferente para os diversos titulares (ex: o valor da indenização pode variar).
Os titulares são pessoas: • indeterminadas e • indetermináveis.  Não se tem como determinar (dizer de maneira específica) quem são os titulares desses direitos. Isso porque são direitos que não pertencem a apenas uma pessoa, mas sim à coletividade.	Os titulares são pessoas: • indeterminadas, • mas determináveis.  Os titulares são, a princípio, indeterminados, mas é possível que eles sejam identificados. Os titulares fazem parte de um grupo, categoria ou classe de pessoas.	Os titulares são pessoas: • determinadas; ou • determináveis.
Caracterizam-se, portanto, pela indeterminabilidade ABSOLUTA.	Caracterizam-se, portanto, pela indeterminabilidade RELATIVA.	Caracterizam-se, portanto, pela DETERMINABILIDADE.
Os titulares desses direitos NÃO possuem relação jurídica entre si.  Os titulares são ligados por CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO. Os titulares se encontram em uma situação de fato comum.	EXISTE uma relação jurídica base entre os titulares.  Os titulares são ligados entre si ou com a parte contrária em virtude de uma RELAÇÃO JURÍDICA BASE.	Os titulares não são ligados entre si, mas seus interesses decorrem de uma ORIGEM COMUM.
Outros exemplos: patrimônio histórico; moralidade administrativa; publicidade enganosa divulgada pela TV.	Outros exemplos: interesses ligados aos membros de um mesmo sindicato ou partido; integrantes de um mesmo conselho profissional (ex: OAB).  O MP tem legitimidade para promover ACP cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares (Súmula 643-STF).	Outros exemplos: Ex: pílula de farinha como anticoncepcional: só tem direito a mulher que comprovar que tomou o remédio daquele lote.

Traçadas essas premissas básicas para compreensão dos chamados novos direitos, importante destacar que as três categorias admitem proteção jurisdicional coletiva. Embora o Código de Defesa do Consumidor não trate os

direitos individuais homogêneos como transindividuais, como faz com os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, nosso ordenamento jurídico colocou-os sob a proteção do microsistema processual coletivo, ainda que por mera opção legislativa como defende a doutrina majoritária. Principalmente (...) em função das sérias limitações à eficácia das ações individuais para defesa dos direitos individuais homogêneos, o CDC não apenas viabilizou como também estimulou sua tutela por meio de ações coletivas (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 28).

Essa permissão legislativa é de suma relevância, pois sem ela não existiria a possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão da sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas daí decorrentes (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 76). Não obstante essa viabilidade ocorra por uma “ficção jurídica” como assevera a maioria, o fato é que ela atende à finalidade do processo civil, que deve se manter dinâmico e flexível aos clamores da vida contemporânea trazendo efetividade à justiça.

A origem dessa proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos tem respaldo nas *class actions* do direito norte-americano, que serão objeto de estudo no último capítulo desse trabalho. Salienta-se que nos países europeus, embora tenham servido de influência para o direito processual civil brasileiro, não é permitida a defesa desses direitos por tutela coletiva. Nesse sentido, vale destacar a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, citado por Fredie Didier Jr. e por Hermes Zaneti Jr.:

Assim, por exemplo, não se admite nos países europeus a defesa dos interesses individuais com caráter coletivo, alternativa porém expressamente facultada no art. 81, parágrafo único, III, combinado com os arts. 91 a 100 da lei brasileira. Esta orientação, herdou-a nosso sistema principalmente dos Estados Unidos, onde se desenvolveu o instituto da chamada *class action* (*Rule 23, Federal Rules on Civil Procedure, 1966*), que encontra equivalente na *relator action* e nas *representatives proceedings*, do Reino Unido e da Austrália, e nos *recours collectif*, previsto nos arts. 999 e s. Do *Code de Procédure Civile* de Quebec, de 19 de janeiro de 1970 (2017, p. 76).

A respeito dos direitos difusos e dos coletivos *stricto sensu* não há debate sobre a viabilidade de sua tutela jurisdicional transindividual, simplesmente porque compõem, para todos, o grupo de direitos coletivos *latu sensu*, o que atrai naturalmente a proteção coletiva.

A introdução em nosso ordenamento jurídico da defesa judicial coletiva de direitos gerou uma profunda alteração na forma de prestação jurisdicional, e até mesmo no papel a ser desempenhado pelo poder Judiciário. As funções jurisdicionais mudaram sua atuação tradicional, voltada à solução de disputas individuais, para o equacionamento de lides transindividuais, envolvendo interesses coletivos, de larga abrangência social e de forte peso político (SALLES, 2017, p. 207). A resposta a tais litígios passa a demandar a utilização de instrumentos que permitam uma análise ampla da pretensão posta em juízo, principalmente através de recursos multidisciplinares que até então pouco eram percebidos pela doutrina processual.

Nesse contexto nasce um novo modelo de litigância civil, cujo objetivo é vindicar a efetivação de políticas públicas expressas em lei ou decorrentes de valores consagrados constitucionalmente (SALLES, 2017, p. 208). Especialmente após o surgimento do Estado Social é que o próprio direito passa a incorporar objetivos sociais, consagrados em valores obtidos através de processos decisórios da sociedade. A preocupação com direitos difusos e coletivos, por exemplo, advém desse momento, quando as normas jurídicas passaram a prever objetivos gerais ou coletivos. Nessa nova tarefa, a atividade judicial, forçosamente, estará deixando de realizar a justiça apenas corretiva (ou retributiva) para incidir sobre um campo de justiça distributiva, ligada à atribuição individual ou coletiva de recursos comuns (SALLES, 2017, p. 209).

Compete ao poder público, e aqui principalmente ao poder Executivo, buscar o interesse público, mormente pela disponibilização de bens materiais consagrados através de políticas públicas como referido em capítulo pretérito. Entretanto, essa atividade administrativa é carregada de dois aspectos relevantes: um é a discricionariedade administrativa, e outro é a escassez de recursos financeiros do Estado. Não é tarefa simples categorizar quais bens e em que quantidade devem ser ofertados pelo poder público à população, mas uma linha basal que serve como um ponto de referência é o mínimo existencial.

Frente a esse cenário é que o Judiciário viu uma expansão de suas atribuições, passando a decidir, na omissão dos outros poderes, sobre questões de âmbito público, muitas vezes com caráter político, em função antes desempenhada por outros núcleos decisórias da sociedade. Entre as principais características desse novo modelo está a de que o objeto da ação judicial não é

a disputa entre indivíduos privados sobre direitos privados, mas uma reclamação sobre a operação de uma política pública (SALLES, 2017, p. 223), por isso que sofreu a alcunha de processo civil de interesse público. Essa nomenclatura tem por finalidade chamar a atenção para uma característica que não é do processo em si, mas do tipo de interesse que passou a ser objeto de adjudicação a partir da introdução em nosso sistema processual das chamadas *ações coletivas* (SALLES, 2017, p. 224).

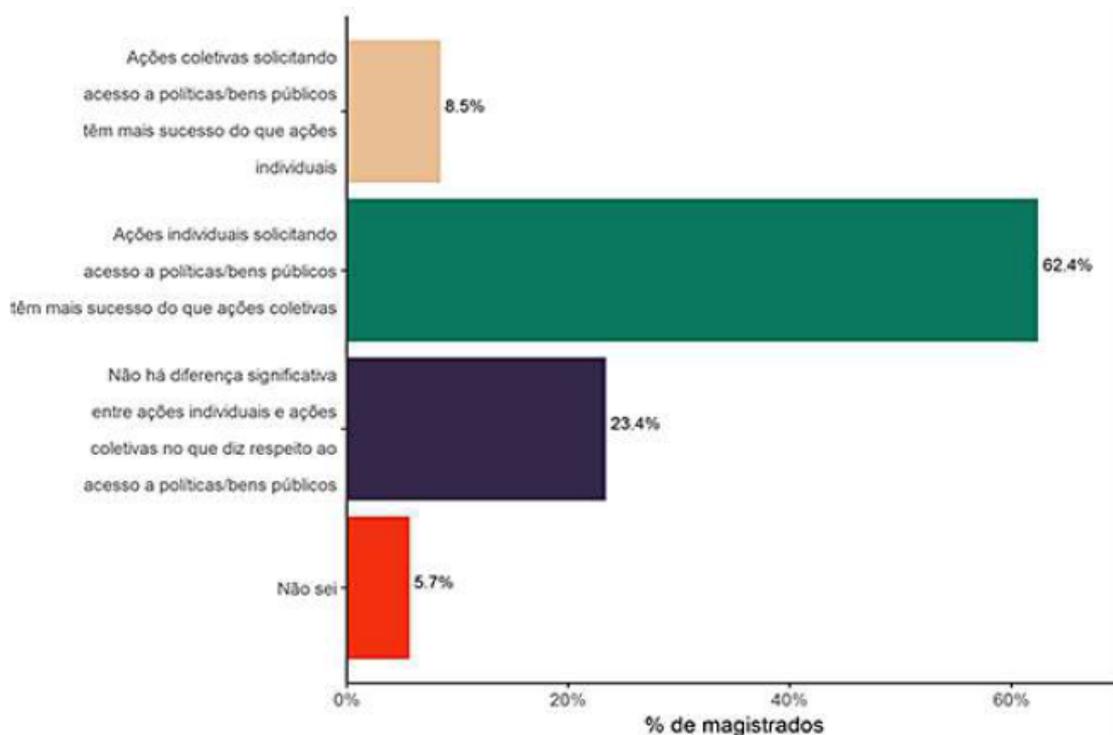
O processo civil precisa apresentar resposta aos novos tipos de lide colocadas nos braços do sistema jurisdicional para que seja possível o desempenho de suas funções precípua. Nesse contexto, a introdução das ações coletivas em nosso sistema jurisdicional trouxe profundas transformações para as normas e princípios de processo civil implicados nessa área, alterando-se substancialmente a natureza da matéria colocada sob deliberação judicial e acarretando transformação no próprio processo decisório (SALLES, 2017, p. 224). Cumpre destacar que esse novo modelo de litigância foi identificado pelo professor Abram Chayes, da Universidade de Harvard, em seu trabalho *The role of the judge in public law litigation*, trazido para o Brasil por Carlos Alberto Salles, professor da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Não obstante esteja cristalina a relevância da tutela coletiva nos tempos modernos, o estudo do processo coletivo no Brasil, cujas premissas iniciais foram trazidas principalmente da doutrina norte-americana como visto, é relativamente recente, e sua utilização ainda está aquém do esperado em comparação a outros países. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ<sup>18</sup> realizou importante estudo sobre as demandas coletivas no Brasil e concluiu que é fundamental a alteração da concepção dos próprios magistrados acerca da tutela coletiva, visto que 62,4% dos juízes que responderam aos questionamentos afirmaram que os processos individuais têm mais chance de sucesso do que as tutelas transindividuais. Senão, vejamos:

---

<sup>18</sup> Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Relatório final apresentado em 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd4cddac54ce99ced5beeeaa91.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018.

**Gráfico 2 – Sucesso de ações coletivas e individuais no acesso a políticas e bens públicos**



Fonte: survey "Ações Coletivas no Brasil", elaboração própria.

Alguns fatores contribuem para essa estatística. De início pode-se mencionar a formação individualista dos operadores do direito, visto que as grades curriculares dos mais de mil cursos de direito espalhados pelo Brasil não dão o devido tratamento ao processo coletivo. Para Gregório Assagra de Almeida, o profissional do Direito, durante sua vida acadêmica, é doutrinado durante todo o curso para enfrentar somente conflito interindividual (2003, p. 587).

No mesmo sentido, conclui Fernando da Fonseca Gajardoni:

(...) a formação eminentemente individualista dos operadores do direito influencia, negativamente, nesse quadro, fazendo com que a própria construção das normas atinentes ao processo coletivo, e mesmo a interpretação dessas normas, sofra o individualismo reinante em nosso país. Pode se dizer, sem medo da crítica, que o processo coletivo brasileiro, ainda hoje, é refém de uma ideologia individualista secular e contamina as estruturas do processo civil brasileiro, inclusive no âmbito do Novo CPC (2016, p. 134).

Além disso, existe uma resistência muito forte no Brasil à concepção coletiva, de raízes sociais, culturais, políticas, jurídicas e até mesmo econômicas. Os poderes político e econômico sentem-se intimidados com o processo coletivo, porque ele torna o judiciário mais forte, sendo instrumento de transformação da realidade social, no sentido de buscar a diminuição das desigualdades sociais (ALMEIDA, 2003, p. 586).

No âmbito do próprio Judiciário existem fatores contributivos para esses dados. Um dos grandes problemas referentes à efetividade do *direito processual coletivo* decorre do despreparo organizacional do Judiciário Brasileiro para o enfrentamento dos conflitos massificados (ALMEIDA, 2003, p. 601).

O desconhecimento da relevância da tutela coletiva, a dificuldade de sua compreensão vez que o microsistema processual coletivo está disposto em diversos diplomas legais, a inércia ou desídia dos legitimados ativos etc. são outras causas de sua baixa utilização no Brasil.

Na verdade, o processo coletivo, além de ser um instrumento de efetivação de direitos, também é considerado propriamente um direito fundamental. A Constituição Federal de 1988, ao lado de ter previsto amplo rol de direitos fundamentais sociais, potencializou a função do poder Judiciário ao estabelecer institutos coletivos de fiscalização das políticas públicas, impactando na vida daquelas pessoas que se encontram em situação análoga.

Ada Pellegrini Grinover é categórica ao afirmar que a solução coletiva dos novos conflitos tanto é adequada às sociedades mais avançadas, como necessária aos países em desenvolvimento, considerando-se também o seu papel promocional de conscientização política (2014, p. 45). Ou seja, em que pese o processo civil pátrio ainda tenha a ação individual como fundamento central de todo sistema, o processo coletivo encontra-se em franca evolução, assumindo cada vez mais relevância à consecução das finalidades do processo no sistema jurídico (ABREU, 2012, p. 17). Nesse passo, é imprescindível que haja a assunção de novos valores ou novos modos de tratamento processual pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual criou-se, inclusive, uma teoria geral do processo coletivo.

### 3.4 PROCESSO COLETIVO E DIREITOS SOCIAIS

#### 3.4.1 Teoria geral do processo coletivo

O processo coletivo, de maneira geral, possui dois grandes fundamentos de existência, um de natureza sociológica e outro de natureza política. O fundamento sociológico diz respeito à ampliação do acesso à justiça, na medida em que permite a resolução de diversas pretensões retidas, inclusive de indivíduos que sequer tinham conhecimento de seu direito. Por outro lado, o fundamento político se justifica em razão da possibilidade de se resolver diversos litígios num só processo, em atenção ao princípio da economia processual.

Através da tutela jurisdicional transindividual o cidadão, no sentido mais amplo da expressão, vê respeitada a democracia ativa, pois viabiliza-se sua participação – por meio do poder Judiciário -, na condução das políticas públicas através de seus representantes aptos a intentarem as demandas coletivas. Nesse sentido, entende Ricardo de Barros Leonel:

É inevitável a identificação de uma nova função de natureza política e democrática do processo, pela atuação do denominado processo coletivo. O fenômeno rende margem à participação de entidades distintas do próprio aparato estatal sistematizado pelos órgãos governamentais, na formulação dos novos caminhos a serem perseguidos pela sociedade. Resta manifesta a dimensão política do processo, nas opções relacionadas às decisões fundamentais a serem tomadas pelo Estado. (...) A solução dos conflitos não reflete mais simplesmente a aplicação ou não do direito positivo, mas também a realização de opções políticas, e ainda a interferência de amplo espectro na vida em sociedade. Assemelha-se de todo modo às opções que são levadas a termo pelo próprio legislador, ao editar o ordenamento positivo, e pelo Executivo, ao determinar a condução dos negócios do Estado. É a visão do processo coletivo como instrumento de integração democrática, participativa, de cunho técnico-jurídico e político, como vertente metodológica do denominado instrumentalismo substancial (2017, p. 31-33).

Importante compreender que o processo coletivo em nada se confunde com uma lide na qual estão presentes vários litisconsortes, ativos ou passivos. Ou seja, o simples fato de existirem vários autores ou réus num processo não o qualifica como coletivo, pois se trata de fenômeno típico do processo individual com cumulação de demandas singulares.

Concordamos com quem adota o critério finalístico para identificar uma demanda coletiva, como José Carlos Barbosa Moreira, citado por Rodolfo de

Camargo Mancuso, que distingue as ações coletivas dos casos em que há uma cumulação subjetiva de ações que geram os processos litisconsorciais:

Com a expressão 'ações coletivas' estou aludindo à matéria litigiosa, não à estrutura subjetiva do processo, mas ao próprio litígio que vai ser objeto da apreciação judicial; e até diria que um dos traços característicos dessas chamadas ações coletivas consiste, precisamente, na possibilidade, que em geral se assegura, que a lide seja posta em cognição judicial por iniciativa de uma única pessoa, física ou jurídica (2007, p. 62).

Dito de um outro modo, o processo é coletivo (e, portanto, passível de manejo na correspondente jurisdição), quando a finalidade perseguida diz com a tutela de um *interesse metaindividual* (difuso, coletivo em sentido estrito, individual homogêneo) (MANCUSO, 2007, p. 63). A expressão 'ação coletiva', portanto, é um gênero, dentro do qual se inserem diversas ações dessa natureza, tais como ação popular, mandado de segurança coletivo, ação civil pública, mandado de injunção, ações diretas de inconstitucionalidade etc., cada qual com suas peculiaridades, mas que visam a proteção do interesse coletivo.

Ainda que de passagem, vale referir sobre o chamado processo coletivo passivo, que se distingue do tradicional processo coletivo ativo - que importa ao presente trabalho. Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda *contra* uma dada coletividade (DIDIER JR, ZANETI JR, 2017, p. 491), sendo que os direitos afirmados podem ser individuais ou coletivos, e neste caso haverá uma ação duplamente coletiva.

Existe uma corrente capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco que entende não existir a ação coletiva passiva, em razão da falta de previsão legal, pois na ação coletiva ativa há expressamente prescrição de quem são seus legitimados ativos, o que não ocorre no sentido contrário. Entretanto, para doutrina majoritária, como Ada Pellegrini Grinover, é viável o processo coletivo passivo, forte na interpretação sistemática das leis que compõem o microsistema processual coletivo. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., compõem a corrente dominante, e apontam exemplos de ações coletivas passivas: ação ajuizada por sindicato patronal contra sindicato dos trabalhadores; ação ajuizada pela União contra o sindicato dos policiais federais

em razão da greve de 2004; ação ajuizada pela Universidade de Brasília contra alunos que invadiram o prédio da reitoria em 2008 etc. (2017, p. 495-496).

Embora a consolidação das ações coletivas no Brasil tenha ganhado força na segunda metade do século XX, nosso ordenamento jurídico, através de legislação esparsa, já havia previsto alguns instrumentos jurídicos de tutela coletiva antes disso, especialmente na seara trabalhista. O Decreto n. 979 de 1903, por exemplo, possibilitou aos profissionais da agricultura e da indústria rural a organização sindical para defesa de seus interesses. Na década de 1930, após a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e a instituição do Departamento Nacional do trabalho, foi editado o Decreto n. 19.770/31 que regulamentou a sindicalização das classes patronais e operárias, e estabeleceu a estrutura sindical oficial brasileira. O referido texto legal evidencia a possibilidade de os sindicatos postularem a proteção de interesses pertencentes à categoria representada junto aos órgãos competentes à época, novamente se fazendo presente o cerne do processo coletivo (TORRES, 2013, p. 50).

Em 1965, influenciado pelas ondas renovatórias de Cappelletti, o Brasil finalmente editou uma norma instituindo uma ação essencialmente coletiva. Tratava-se da Lei n. 4.717/65, que criou a Ação Popular. Na sequência, houve a publicação da Lei n. 7.347/85, que trouxe a Ação Civil Pública. A Constituição Federal de 1988 alçara, algum tempo depois, a ACP ao espectro constitucional, tendo inovado, ainda, com a criação do mandado de segurança coletivo (TORRES, 2013, p. 54). Logo em seguida, foi editada a Lei n. 8.078/90, que originou o Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Os referidos diplomas legais formam a base do chamado *microssistema de processo coletivo*, que trazem um conjunto de princípios e regras voltadas para a tutela coletiva dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Esses diplomas são *intercambiáveis entre si*, ou seja, apresentam uma ruptura com os modelos codificados anteriores que exigiam completude como requisito mínimo, aderindo a uma intertextualidade *intrassistemática* (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 57). As leis processuais coletivas interpenetram-se e subsidiam-se, devendo ser realizado um “diálogo das fontes” para sua aplicação. Isso decorre do chamado *princípio da integratividade do microssistema processual coletivo*. Em que pese nossa tutela coletiva tenha avançado, os países da *civil law*, como o Brasil, ainda não

alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das *class actions* norte-americanas (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2008, p. 233).

O fato é que essa fragmentação de leis sobre temas iguais ou semelhantes tem dificultado, sobremaneira, a interpretação adequada de uma série de dispositivos que disciplinam as ações coletivas (GAJARDONI, 2016, p. 134). Nesse contexto, houve algumas tentativas fracassadas de codificação do processo coletivo no Brasil, que serão melhor analisadas no último capítulo. Para amenizar essa problemática, a doutrina criou uma teoria geral do processo coletivo, com princípios específicos e condizentes com as peculiaridades do tema, dentre os quais destacaremos os principais.

De início podemos referir o *princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva*, segundo o qual para que haja desistência de uma ação coletiva é necessária a devida motivação. Caso um legitimado ativo pretenda desistir da demanda, outro legitimado deve fazer o controle de sua pertinência, podendo haver, inclusive, a sucessão processual em caso de discordância, e não a extinção do processo<sup>19</sup>. Esse princípio justifica-se tendo em vista o interesse social sempre presente nas ações coletivas, mesmo as que visam tutelar os direitos individuais homogêneos (ALMEIDA, 2003, p. 574).

Considerando que através do processo coletivo o poder Judiciário possui o condão de promover alterações na realidade social dos indivíduos, materializando os direitos fundamentais consagrados na Constituição, ele não deve se ater a regras procedimentais ou meramente formalistas nessas demandas. Essa conclusão vem consagrada no *princípio da primazia da decisão de mérito no processo coletivo*. Em vez de ficar procurando questão processual para extinguir, sem resolução de mérito, o processo coletivo, deverá (o Judiciário) flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, a fim de que,

---

<sup>19</sup> Art. 5º. §3º - Lei da Ação Civil Pública: Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Art. 9º - Lei da Ação Popular: Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

na resolução do conflito coletivo, efetive o comando jurídico esperado socialmente (ALMEIDA, 2003, p. 572).

O *princípio da não-taxatividade ou da atipicidade do processo coletivo* significa que não há um rol taxativo das ações coletivas, pois o objetivo é ampliar, sempre que possível, o acesso à tutela coletiva. Ou seja, qualquer tipo de direito coletivo em sentido amplo poderá ser tutelado por intermédio das ações coletivas (ALMEIDA, 2003, p. 575). Por fim, ainda podemos nos referir ao *princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva*. Tendo em vista que sempre existirá interesse social na tutela jurisdicional coletiva, os processos coletivos devem ser analisados com a máxima prioridade, até porque o interesse social prevalece sobre o individual (ALMEIDA, 2003, p. 573). Não apenas os interesses envolvidos na tutela coletiva justificam essa prioridade, mas também o número de pessoas alcançadas por essa decisão, seja por força da economia processual ou da segurança jurídica, evitando decisões conflitantes.

Note-se, com isso, que o processo coletivo possui nuances próprias, que muito diferem daquelas regras do processo individual, razão pela qual vem merecendo um tratamento especializado pela doutrina abalizada. Frente a essas características peculiares, importante destacar sua contribuição para efetivação dos direitos fundamentais sociais.

#### 3.4.2 A tutela coletiva como instrumento para efetivar direitos sociais

Como se pôde perceber, o direito ao acesso à justiça significa a busca por uma prestação jurisdicional efetiva. Para tanto, o direito processual deve se adaptar e criar novos mecanismos que correspondam aos anseios dos novos direitos materiais que surgem, especialmente que geram demandas de massa.

Considerando a evolução da sociedade com o emergir de novos direitos, sejam eles individuais homogêneos, coletivos ou difusos, a tutela jurisdicional individual não se mostra adequada em determinadas ocasiões para dar guarida a essas pretensões. Quando o Estado deixa de promover direitos previstos, vão surgindo, aqui e ali, escaramuças judiciais que, conquanto fora dos padrões tecnicamente jurídicos, acabam por resolver pontualmente problemas que à Administração incumbiria solucionar (CARVALHO FILHO, 2009, p.398).

Ocorre, todavia, que a abordagem dos direitos sociais de forma atomizada, por meio de ações individuais, não permite uma análise completa e planejada, o que acaba por atingir o administrador também de forma dispersa (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 371). A discussão de temas políticos pela via da ação individual mitiga a possibilidade de o poder Judiciário contribuir para tornar efetivo o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas (COSTA; FERNANDES, 2017, p.373). Na verdade, os instrumentos processuais tradicionais – surgidos no contexto de litígios de interesse individual, do direito de propriedade e de uma concepção abstencionista do Estado – resultam limitados para exigir judicialmente os direitos sociais (ABRAMOVICH, 2011, p. 64).

A implementação de políticas públicas de concretização dos direitos sociais demanda conhecimentos técnicos que o magistrado não possui, especialmente sobre o alcance dos recursos públicos. Embora na visão dos juízes, segundo o mencionado estudo elaborado pelo CNJ, as demandas individuais tenham maior chance de êxito, o fato é que elas não promovem a chamada *macrojustiça* (visão geral de realização de políticas públicas e do orçamento público), mas apenas a *microjustiça* (justiça no caso concreto) (AMARAL, 2010, p. 82). De qualquer forma, é forçoso reconhecer que a eficiência de uma política pública demanda dados de que o magistrado não dispõe nas demandas individuais (BARIFOUSE, 2014, p. 24), principalmente por não possuir uma visão ampla da problemática, resolvendo apenas a questão bilateral para qual foi provocado. Para Ricardo Lobo Torres, um dos grandes problemas para efetivação dos direitos sociais decorre do fato de que a pretensão do cidadão diz respeito à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos (2009, p. 106), motivo pelo qual a sistemática tradicional individualista do processo não se presta em sua totalidade para esse fim.

Nesse contexto, a tutela coletiva de direitos surge como uma ferramenta adequada para proporcionar ampliação e democratização do acesso à justiça, porquanto, com uma única ação, é possível abarcar a pretensão de tantos quantos sejam os lesados (MARQUES, 2007, p. 20). Além disso, o processo coletivo elimina diversos obstáculos que se opõem ao acesso à justiça, como os de ordem econômica, relativos à desigualdade das partes e os de natureza

processual (MARQUES, 2007, p. 66). A ação coletiva pode proporcionar a proteção de interesses de pessoas hipossuficientes, que nem mesmo sabem que seus direitos foram violados ou não possuem a iniciativa, independência ou organização necessária para fazê-los valer em juízo (GIDI, 2007, p. 31).

Kazuo Watanabe intitula de *litigiosidade contida* esse fenômeno, no qual os cidadãos acham caro, complicado, e até mesmo inútil buscar o poder Judiciário, desistindo de fazê-lo, o que gera uma instabilidade social, exteriorizada em comportamentos violentos como “quebra-quebras” contra atraso de trens e comportamentos violentos no trânsito (1985, p. 2).

A título exemplificativo, pode-se mencionar um grupo de segurados da previdência social ou um conjunto de consumidores que de alguma forma foram lesados em seus direitos, mas com reflexo financeiro ínfimo a ponto de não estimular o ajuizamento de ações individuais, incitando os responsáveis pelos prejuízos a continuarem violando esses direitos. Por meio de uma ação coletiva que tutele esses direitos infringidos o mencionado problema que impedia o acesso à justiça estaria superado. O acesso coletivo à jurisdição pode ser o único caminho para os lesados individuais que não queiram ou não possam ir à justiça (MAZZILLI, 2016, p. 208).

Essa solução tem origem no direito estadunidense e surgiu para facilitar a instauração de demandas que consideradas individualmente teriam valor muito reduzido, não justificando a provocação do poder Judiciário. Para Artur Torres,

O pensamento ampliativo americano teve origem na constatação de que, em diversos casos, o ínfimo aspecto financeiro das violações praticadas não motivava a busca da tutela jurisdicional individualizada. Melhor dizendo, a reparação do dano, financeiramente considerado, não instigava os interessados a demandar, pois que, grosso modo, os valores passíveis de serem alcançados em potenciais condenações não cobririam sequer os gastos com processo. (...) O núcleo da iniciativa residia em possibilitar ao jurisdicionado, independentemente da expressão financeira da lesão sofrida, irrestrito acesso à justiça (2013, p. 20-21).

Não há como negar o fato de que as conclusões acima referidas sofrem influência do chamado direito responsivo, que se trata, na verdade, de uma evolução dos direitos repressivo e autônomo. Enquanto o direito repressivo é uma adaptação passiva e oportunista das instituições ao ambiente político e social e o direito autônomo, embora reaja contra essa abertura indiscriminada,

acaba fechando-se em si mesmo e aceitando uma integralidade cega, o direito responsivo pretende resolver essa tensão.

Para o direito responsivo, as instituições devem ter capacidade de perceber o que é essencial para sua integridade levando em conta as novas forças do ambiente social. Frente às pressões sociais, as instituições devem utilizá-las como fontes de conhecimento e de oportunidades de autocorreção do processo de governar. O direito responsivo é orientado para resultados, e se diferencia nitidamente da imagem clássica da justiça cega a consequências (NONET; SELZNICK, 2010, p. 134). As demandas judiciais passam a ser uma alternativa de participação política que não por meio do poder Legislativo.

Ou seja, a ação judicial passa a servir de canal através do qual grupos podem pautar políticas públicas, e deixa de ser percebido unicamente como uma forma de defesa de demandas individuais (...) (NONET; SELZNICK, 2010, p. 149). Enquanto no direito autônomo os juízes devem ouvir reclamações, limitar a autoridade e defender direitos individuais, no direito responsivo as reivindicações de direitos são vistas como oportunidades de revelar o mau funcionamento do sistema e possibilitar sua autocorreção.

Uma das funções do direito responsivo é regular o problema como um todo, e não a simples adjudicação de direitos, razão pela qual, um caso isolado dificilmente justifica a conclusão de uma necessidade de mudança institucional (NONET; SELZNICK, 2010, p. 163).

Pode-se perceber, desse modo, que frente à inércia dos poderes Executivo e Legislativo, a efetiva materialização dos direitos sociais como pretendido pelo legislador constituinte depende de uma atuação ampla do poder Judiciário, a ser exercida por meio de uma tutela coletiva. Apenas e tão somente através do processo coletivo é que se conseguirá obter a real dimensão do problema enfrentado, de modo que a demanda transindividual seja capaz de corrigir a política de governo no sentido do interesse público, como pretende o direito responsivo. A ação coletiva é uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em um único processo (GIDI, 2007, p. 34). Nota-se na defesa coletiva de direitos uma forma de acesso à justiça e conseqüentemente uma válvula para a exigência de igualdade, inclusão e pacificação social (ALONSO JR, 2006, p. 195).

Particularmente em relação aos direitos sociais, pode-se afirmar que todos os indivíduos são seus destinatários, mesmo considerando que uma de suas finalidades precípua seja agasalhar os mais necessitados. Ainda que hoje o sujeito não necessite da prestação estatal, a norma a ele também alcança, protegendo-o para eventual “penúria” futura. Ao mesmo tempo em que se tratam de direitos coletivos, também são direitos individuais. Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet

(...) causa mesmo espécie que de uns tempos para cá, haja quem busque refutar – ainda que movido por boas intenções - a titularidade individual dos direitos sociais, como argumento de base para negar-lhes a condição de direitos subjetivos, aptos a serem deduzidos mediante demandas judiciais individuais. O curioso é que notoriamente se trata de uma nova – e manifestamente equivocada – estratégia para impedir (o que é inaceitável sob todos os aspectos) ou eventualmente limitar (o que acaba sendo menos nefasto, e, a depender dos parâmetros e do contexto, até mesmo adequado) a assim chamada judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle a intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) das normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social (2011, p. 216).

Os direitos sociais são direitos subjetivos, em que a dimensão individual e coletiva coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato o exercício do direito ocorrer na esfera coletiva (SARLET, 2011, p. 215).

Na mesma linha, afirmando que a titularidade dos direitos sociais é do cidadão (não apenas o eleitor, mas num sentido mais moderno) e da sociedade, Richard Pae Kim entende que sua proteção deve ocorrer preferencialmente de modo ampliado, difuso ou coletivo, sem afastar a oportunidade de defesa individual. Vejamos:

A regra, portanto, deve ser a de que a titularidade dos direitos sociais é efetivamente do cidadão, titular dessa “cidadania nacional” – admitida em nosso sistema jurídico como sendo uma “cidadania universal” – e da sociedade, razão pela qual se impõe sua proteção de forma ampliada, difusa ou coletiva, sem afastar a possibilidade de haver, outrossim, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial ou para os casos em que as regras autorizam que se garanta o acesso a políticas públicas já instituídas. Os mecanismos processuais de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos resolvem, parcialmente, o problema aqui colocado, relativamente à titularidade (2013, p. 35).

A tutela coletiva, por ser o instrumento jurídico por excelência para provocar o Poder Público a promover políticas públicas de efetivação dos direitos

sociais, relega para a tutela individual um caráter meramente subsidiário. Os direitos sociais são previstos para serem desfrutados coletivamente, sendo, portanto, de titularidade social, de forma que sua proteção deve se dar, preferencialmente, em âmbito da tutela coletiva. Ou seja, propõe-se uma hierarquização das tutelas voltadas à implementação dos direitos sociais, privilegiando-se a tutela coletiva face à individual, tida como meramente residual (LINS, 2008, p. 11). Ainda que não se possa excluir a possibilidade de se tutelar individualmente os direitos sociais, face à regra constitucional da inafastabilidade da jurisdição, é possível projetar uma preferência da tutela coletiva nesse particular. Nesse sentido, segue a autora:

Diante disto, propõe-se a hierarquização das tutelas voltadas à implementação dos direitos sociais, privilegiando-se a tutela coletiva face à individual, tida como meramente residual. [...] De outro lado, a tutela coletiva dos direitos sociais prescinde da demonstração de ameaça ou lesão do mínimo existencial coletivo ou difuso. Assim, a tutela dos direitos sociais, para além deste mínimo, somente pode dar-se pela via coletiva, prioritária, em razão do caráter efetivamente social destes direitos e também a fim de evitar positivamente o impacto que decisões isoladas podem causar na prestação de serviços públicos (LINS, 2008, p. 11-12).

O novo Código de Processo Civil instituiu o chamado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), também conhecido como “processos-piloto”, que trata, grosso modo, de uma técnica de resolução coletiva de litígios. Num conjunto de causas repetitivas selecionam-se alguns processos representativos da controvérsia ficando os demais suspensos. O Tribunal competente definirá a tese aplicável à questão em apreço, que será vinculante aos juízos submetidos a esse tribunal, os quais deverão julgar em conformidade com o precedente firmado. Essa técnica de julgamento por amostragem vem ganhando muito mais prestígio nos últimos tempos do que o processo coletivo - crê-se que por uma questão de política legislativa - tanto que recebeu tratamento expresso no novo diploma processualista civil.

É possível que ela seja utilizada a diversas demandas que envolvam direitos sociais enquadrados como individuais homogêneos e que contenham a mesma questão de direito, mas isso não afastará a necessidade do adequado processo coletivo no Brasil, visto que os objetivos da tutela transindividual são mais amplos que os almejados pela resolução de “processos-piloto” (ROQUE, 2016, p. 180). Ou seja, só a tutela coletiva evita a proliferação de causas

“atômicas”, “molecularizando” a solução do conflito e impedindo a proliferação de decisões divergentes (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 80). As ações coletivas ao permitirem a agregação de pretensões ínfimas, do ponto de vista individual, em um só processo, incrementam o acesso à justiça (ROQUE, 2016, p.180), sendo possível concluir por sua preferência em relação à tutela individual.

No último relatório “100 maiores litigantes” produzido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ<sup>20</sup>, constatou-se que o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal encarregada pela gestão do Regime Geral de Previdência Social, é o maior litigante do país, estando presente, à época, em 4,38% dos novos processos judiciais em trâmite na Justiça Federal, Estadual e do Trabalho. O tema preponderantemente debatido nos processos em que o INSS é parte é a previdência social, cuja natureza de direito fundamental social foi estampada no *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Não se desconhece que uma das ferramentas mais importantes de concretização de direitos é proporcionar o acesso à justiça aos lesados. Ocorre, entretanto, que não raras vezes a materialização de tais direitos se dá através de processos individuais que não geram um sentimento de justiça, porquanto outros cidadãos que se encontram na mesma situação permanecem à espera dos valores jurídicos prometidos. Ou seja, ainda que haja uma satisfação pessoal daquele que se aventurou sozinho na empreitada judicial, em termos de sociedade ainda prevalece um sentimento de insegurança jurídica e de promessas esvaziadas. É o que ocorre nos processos que envolvem discussões referentes à Previdência Social, citada a título ilustrativo acima. Nesse cenário, destaca-se o processo coletivo, que tutela o interesse público primário, seja em razão dos bens jurídicos protegidos ou do número de pessoas atingidas.

Por certo que boa parte dos processos em que o INSS é parte poderiam ser resolvidos por uma única demanda coletiva que alcançasse a todos que possuem determinado direito.

Entendemos que dentre as ações coletivas existentes no ordenamento jurídico brasileiro a ação civil pública - ACP é a mais abrangente, devendo ser

---

<sup>20</sup> 100 maiores litigantes. Relatório realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em 2012. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 25 fev. 2018.

utilizada para controle das políticas públicas referentes aos direitos fundamentais sociais em caso de omissão estatal. Para Arruda Alvim, mesmo com o nascimento dos novos direitos (coletivos *latu sensu*) em decorrência do aumento da população, o acesso à justiça ainda apresentava carências ou debilidades:

Há, ainda, reconhecidamente, carências ou debilidades para o acesso à Justiça, que residem mais nos jurisdicionados, na sociedade, do que na Justiça mesma. E, podem tais ser indicadas como: a) a parte ignora que tem direitos, decorrentes da lei; b) se a parte sabe que tem direito, lhe é, entanto, difícil ter advogado; c) de outra parte, há precariedade na assistência aos necessitados, ainda que a Constituição Federal, no plano da letra da lei, haja aberto perspectivas (ALVIM, 2014, p. 125).

Frente ao surgimento desses direitos, imperativa a criação de novos mecanismos processuais de efetivação como outrora mencionado. A ação civil pública protege os “novos” bens jurídicos, entronizando no ordenamento jurídico uma nova e privilegiada pauta de bens e valores, com o caráter de interesses difusos ou coletivos – sucessivamente alargada para direitos individuais homogêneos (ALVIM, 2014, p. 128).

Com a edição da Lei n. 7.347/75, portanto, ao menos em tese estariam superadas as três carências para o acesso à Justiça apontadas por Arruda Alvim referentes aos direitos coletivos *latu sensu*. Compete aos legitimados ativos tomarem conhecimento dos direitos de seus representados, tendo o dever de agir em caso de violação por quem quer que seja.

A ACP como ferramenta de efetivação do acesso à justiça, por tutelar o interesse público primário, concretiza a igualdade material na medida em que alcança a todos os titulares do direito violado que se encontram na mesma situação, ao passo que o processo individual apenas socorre a quem ajuizou a demanda. Fredie Didier Júnior retrata esta faceta do processo coletivo:

A defesa do interesse público primário por meio de processos cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas, permite falar aqui de uma expansão da tradicional *judicial review* brasileira voltada ao controle dos atos da administração e da constitucionalidade das leis em casos individuais, para uma *judicial review* em defesa de direitos coletivos, permitindo o controle e adequação dos atos da Administração Pública e do Poder Legislativo à luz do direito material coletivo, tutelando todos os membros do grupo, de forma indistinta (DIDER JR, 2017, p. 37).

A referida ação coletiva tem se prestado à tutela de bens jurídicos como o meio ambiente, o direito dos consumidores, patrimônio público (...) (BARROSO, 2014, p. 219), bem como dos direitos trabalhistas, previdenciários, educacionais e relacionados à saúde. Imagine-se, ilustrativamente, a hipótese de uma ação civil pública com conteúdo mandamental atinente à construção de uma creche pública (MUA, 2010, p. 197), que diz respeito ao direito social à educação. Em razão do largo espectro do objeto da ação civil pública e a ampliação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, diminuiu o espaço reservado à discricção da Administração, aumentando o âmbito de atuação do poder Judiciário (TESHEINER, 2015, p. 192). A nítida, flagrante e antijurídica ausência de política pública distributiva, a negação de direitos às camadas excluídas, dentre outras deformações sociais, podem ser corrigidas via ação civil pública (ALONSO JR, 2006, p. 236).

Não se desconhece a existência, por exemplo, da ação popular, cuja legitimidade ativa pertence ao cidadão, que permite o questionamento de atos considerados lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Entretanto, o objeto dessa demanda se restringe a anular ou a decretar a nulidade dos atos do poder público, não ensejando uma condenação em obrigação de fazer do Estado como, por exemplo, implementar uma política pública ou efetivar um direito social. Fabio Comparato sustenta que o objeto da ação popular deve ser ampliado, para permitir pedidos condenatórios, além de se conceder um prêmio pecuniário ao autor em caso de procedência da demanda como forma de estimular o controle social dos atos administrativos (1993). Nesse sentido, portanto, pode-se afirmar que

(...) a ação popular ainda possui um espectro de atuação bastante reduzido, pois se resume à anulação e decretação de nulidade de atos que cause prejuízo aos bens acima mencionados. Em sede de ação popular, com efeito, não podem ser formulados pedidos de natureza exclusivamente reparatória e, também, de natureza específica (obrigação de fazer e de não fazer) (ARAÚJO, 2013, p. 158).

Além disso, não se pode olvidar da existência do mandado de segurança coletivo, que possui previsão constitucional<sup>21</sup>, apto a proteger direito líquido e certo de determinada categoria. O objeto do mandado de segurança é a correção de um ato ou omissão da autoridade coatora que seja ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo do impetrante.

Entendemos que o mandado de segurança coletivo, embora seja remédio constitucional extremamente relevante, não é o mais adequado para efetivação da *macrojustiça*, sobretudo porque não comporta dilação probatória. O direito alegado deve ser líquido e certo, ou seja, se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2014, p. 37). O mandado de segurança coletivo não possui, ao menos em tese, o condão de provocar o poder público a implementar políticas públicas no mesmo grau que a ação civil pública.

Por fim, face à inércia legislativa que inviabilize o exercício de direitos, é possível o manejo de dois instrumentos jurídicos semelhantes, mas que não se confundem: o mandado de injunção, individual ou coletivo, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Enquanto aquela é um controle concreto de constitucionalidade que se destina a tornar imediatamente viável o exercício de um direito fundamental, esta é um controle abstrato, que pretende efetivar uma norma constitucional, seja ela direito fundamental ou não.

O que importa ao presente trabalho é que não se vislumbra, em nenhuma delas, o potencial de coagir o poder público a implementar uma política pública referente a um direito prestacional nos moldes da ação civil pública. Fabio Comparato caminha nesse sentido, e conclui afirmando pela necessidade de criação de um instrumento jurídico específico para essas situações, que embora ainda não exista em nosso ordenamento, pode ser substituído pela ACP:

---

<sup>21</sup> Art. 5º, inciso LXX: o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

A falta de regulação e implementação de políticas públicas, tendentes à concretização de direitos sociais definidos na Constituição, constitui uma inconstitucionalidade por omissão. O mandado de injunção parece um remédio inepto a satisfazer pretensões relativas a direitos sociais, pois a concretização destes pressupõe a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental, de longo alcance, e não apenas a regulação normativa, cuja carência constitui a condição específica do mandado de injunção. Impõe-se, portanto, a criação de um mandado de garantia social, destinado a dar satisfação concreta aos titulares de um direito social, na hipótese de carência da política pública destinada à realização desse direito (1993).

Ademais, há divergência acerca do cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para fins de obrigar o Estado a praticar medidas administrativas de índole não legislativa. Todavia, ainda que não se possa excluir de plano a possibilidade da ADI por omissão ter como objeto a organização de determinado serviço ou a adoção de determinada providência de índole administrativa (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2014, p. 516), o Supremo Tribunal Federal possui decisão em sentido contrário. A Suprema Corte entendeu na ADI 19 que “a referida ação constitucional não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caráter concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado”.

Por todo o exposto, é possível concluir que, em que pese a importância da tutela individual, é chegado o momento de se reconhecer que a tutela coletiva é a forma mais célere, pragmática e econômica para a correta judicialização dos conflitos decorrentes da nova sociedade contemporânea (ALMEIDA, 2014, p. 43), principalmente através da ação civil pública quando a demanda possuir natureza social, razão pela qual impõe-se o conhecimento dos aspectos gerais desta ação coletiva.

## 4. ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 4.1 O SURGIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Desde a década de 1970 juristas brasileiros, influenciados pela doutrina italiana e pelas *class actions*, notaram a importância de construir uma ferramenta jurídica para resolver os conflitos transindividuais. Antes mesmo do surgimento da ação civil pública, a Lei n. 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, já legitimava o Ministério Público para o ajuizamento de ação civil voltada à reparação de danos ao meio ambiente.

O primeiro projeto de lei (PL 3.034/1984) sobre a ACP foi de autoria dos professores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, encampado pelo então Deputado Federal Flávio Bierrembach. O Ministério Público de São Paulo, através dos promotores de justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior, criou outro projeto de lei (PL 4.984/1985 na Câmara, e PL 20/1985 no Senado), com algumas modificações em comparação ao elaborado pelos supracitados professores, e que teve apoio do poder Executivo. Por questões regimentais do Congresso Nacional, o projeto do MP de São Paulo tramitou de forma mais célere, culminando na atual Lei n. 7.347/1985, que trata da ação civil pública.

Embora a rigor não seja necessário que o autor de uma demanda a nomeie, costumeiramente batizamos as ações e institutos processuais. O *nomen iuris* da ação civil pública advém da sua propositura inicialmente feita pelo Ministério Público, conforme dispunha o art. 3º, inciso III, da Lei Complementar 40/1981<sup>22</sup>, que estabelecia normas gerais de organização dos Ministérios Públicos Estaduais. A expressão nascia em razão da parte que promovia a ação, Ministério Público, e em contraste com a ação penal pública, também de titularidade da instituição (ALONSO JR, 2006, p. 223).

---

<sup>22</sup> Art. 3º - São funções institucionais do Ministério Público:

I - velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução;

II - promover a ação penal pública;

III - promover a ação civil pública, nos termos da lei.

Como destacado anteriormente, a ACP surge como solução processual para concretização de novos direitos advindos da evolução da sociedade. Havia uma insuficiência dos métodos tradicionais para fazer frente aos novos anseios dos indivíduos. Houve, na verdade, uma revolução renovadora do processo, que se realizou meio século após a revolução que transformou o direito privado, ensejando sua socialização e modernização. Criou-se um *novo direito processual* (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2014, p. 308).

Pode-se afirmar que essa nova técnica processual surgiu frente à necessidade de se atender a determinados imperativos sociais, quais sejam:

- (a) a desigualdade das partes (enquanto o processo tradicional pressupõe a sua igualdade – que, em certos casos, se torna não mais uma presunção, mas uma ficção);
  - (b) a necessidade de criação de mecanismo para a defesa de grupos sociais (corpos intermediários), que são cada vez mais importantes na sociedade contemporânea, com a substituição dos indivíduos pelos grupos e respectivas entidades representativas;
  - (c) o papel que o processo assume como “instrumento de participação popular” na fiscalização da aplicação do Direito;
  - (d) a necessidade de atendimento eficaz e rápido à justiça social.
- (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2014, p. 308)

Na época em que gestada a LACP vivíamos numa ditadura militar que chegava ao seu fim. O momento era de fortalecimento das instituições públicas, e a entidade que mais se robusteceu com essa nova ação foi, sem dúvida, o Ministério Público. Esse fato fica evidenciado nos primeiros anos de vigência da LACP. Em que pese a lei tenha estendido a legitimidade ativa a outros atores que não só o Ministério Público – tais como, entes políticos e associações privadas -, quando de sua edição, a ação civil pública tinha objeto restrito aos interesses do meio ambiente, consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o objeto da ação civil pública foi ampliado pelo art. 129, inciso III<sup>23</sup>, o qual acrescentou a possibilidade de o Ministério Público ajuizar ação civil pública para proteção de “outros interesses difusos e coletivos”. Ocorre que a ampliação do objeto só

---

<sup>23</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

atribuía legitimidade ao Ministério Público. A previsão constitucional havia se dado no capítulo de suas funções institucionais e a interpretação restritiva não legitimava os outros corpos intermediários autorizados a propor a ação (ALONSO JR, 2006, p. 224). Essa restrição deixa de existir com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, que ao lado de ampliar o objeto da ACP para os direitos individuais homogêneos<sup>24</sup>, permite seu ajuizamento por todos os colegitimados<sup>25</sup>. Em 2007, a Lei n. 11.448, acrescentou a Defensoria Pública como legitimada ativa à propositura da venerada ação coletiva. Na sequência, outras adições legislativas foram implementadas no que diz respeito ao objeto da ACP para abarcar situações como infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, bem como ao patrimônio público e social.

Nesse contexto, a jurisprudência dos tribunais superiores tem admitido o manejo da ACP para defesa de várias espécies de direitos individuais homogêneos, bastando que se configure interesse social relevante. Pode-se mencionar, ilustrativamente, os seguintes casos com relevância social reconhecida pelo poder Judiciário e que tratam de direitos fundamentais sociais: defesa do direito à saúde dos trabalhadores submetidos às condições insalubres das minas (STJ, REsp 58.682/MG, julgado em 16/12/1996); a proteção do direito de servidores municipais ao salário-mínimo (STJ, REsp 95.347/SE, julgado em 01/12/1999); direito de defesa do direito dos segurados do sistema de previdência social à obtenção de certidões (STF, RE/AgR 472.489/RS, julgado em 28/08/2008); a tutela dos idosos prejudicados por exigência de cadastramento para manutenção do recebimento de aposentadoria (STJ, REsp 1.005.587, julgado em 14/12/2010).

Mas nem só de avanços vive a LACP. Em 2000, a Medida Provisória n. 1.984-20, reeditada, por último, em 2001 (MP 2.180-35) acrescentou o parágrafo

---

<sup>24</sup> Art. 81, Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>25</sup> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

único<sup>26</sup> ao art. 1º trazendo situações em que não é cabível o ajuizamento da ação civil pública. Trata-se, na verdade, de uma hipótese de impossibilidade jurídica do pedido nos casos de debates tributários em sede de ação civil pública. Para parte da doutrina, o Governo Federal, com o autoritarismo que lhe é peculiar, legislou em causa própria, para inviabilizar a tutela jurisdicional coletiva de direitos e impedir que sejam atingidos seus planos econômicos e políticos (ALMEIDA, 2003, 595).

A doutrina considerou a medida inconstitucional, especialmente porque se trata de norma oriunda do chefe do poder Executivo proibindo que o poder Judiciário analise pretensões coletivas contra atos dele. A Constituição Federal garante a inafastabilidade da jurisdição tanto em sede coletiva como individual. Nesse sentido, seria inconstitucional a limitação trazida pelo parágrafo único do art. 1º da LACP, pois não pode o legislador ordinário proibir o acesso coletivo à jurisdição, nas hipóteses em que tal acesso não convenha ao administrador - não raro o maior violador dos direitos transindividuais – (MAZZILLI, 2005, p. 5). Embora esse seja o posicionamento de parte da doutrina, o tema ainda não foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. A questão será decidida incidentalmente no Recurso Extraordinário n. 643.978/DF, cuja repercussão geral foi reconhecida em 2015, mas ainda resta pendente o julgamento de mérito. Acreditamos que a restrição imposta à ACP em relação às demandas tributárias deve ser reconhecida como inconstitucional pelo STF, na medida em que o processo coletivo, por tudo que já se desenvolveu nesse trabalho, deve sempre abarcar o maior número possível de demandas de massa.

Pode-se perceber, portanto, que desde sua edição em 1985, a LACP evoluiu em relação ao seu objeto e seus legitimados ativos. Em que pese o Governo Federal tente limitá-la em determinadas matérias, num contexto geral, pode-se festejar esses avanços, que não devem se reduzir no futuro.

---

<sup>26</sup> Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

## 4.2 ALCANCE DA DECISÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: BREVE ANÁLISE DA COISA JULGADA COLETIVA

A coisa julgada torna imutável o conteúdo de determinadas decisões jurisdicionais. Seu fundamento estruturante é a garantia da segurança jurídica. A coisa julgada pode ser vista sob duas perspectivas: há coisa julgada formal quando da decisão não couber mais recurso, ou seja, não há mais possibilidade de discussão do tema no bojo daquele processo; e há coisa julgada material quando não seja mais possível discutir a lide nem mesmo em um novo processo.

Vale destacar que o regime jurídico da coisa julgada coletiva em muito se distingue ao do processo individual. Antes de diferenciá-los, entendemos pertinente traçar os dados através dos quais se analisa um regime jurídico de coisa julgada. Para tanto, valemo-nos das lições de Fredie Didier Júnior e de Hermes Zaneti Júnior para auxiliar na compreensão do tema (2017, p. 423-425).

O regime jurídico da coisa julgada é visualizado a partir da análise de três dados, vejamos. Os *limites objetivos*: o que se submete a seus efeitos; os *limites subjetivos*: quem se submete a ela; e o *modo de produção*: como ela se forma.

Em relação ao *limite objetivo*, que é idêntico nos processos coletivos e individuais, a coisa julgada limita-se a atingir o conteúdo da norma jurídica individualizada constante do dispositivo da decisão. Pode ocorrer, ainda, de a coisa julgada alcançar a resolução de questões prejudiciais incidentais que se encontrem na fundamentação do julgado, conforme expressamente permitido pelo novo Código de Processo Civil<sup>27</sup>. No que tange aos *limites subjetivos*, a coisa julgada pode operar efeitos *inter partes* (alcançando apenas aqueles que foram parte no processo), *ultra partes* (atingindo não somente quem é parte, mas também terceiros determinados), bem como *erga omnes* (cujos efeitos atingem

---

<sup>27</sup> Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

a todos, sendo ou não partes na demanda). Por fim, no que diz respeito ao *modo de produção* da coisa julgada, ela pode se dar das seguintes formas: *pro et contra*, na qual a coisa julgada se forma independentemente do resultado do processo, pouco importando se a decisão é de procedência ou improcedência; *secundum eventum litis*, onde a coisa julgada apenas se produz se a demanda for julgada procedente; e ainda, *secundum eventum probationis*, havendo coisa julgada nos casos de decisão procedente ou improcedente com suficiência de provas (se improcedente por falta de provas, não ocorre a coisa julgada).

Nesse contexto, delineadas as noções gerais do regime jurídico da coisa julgada, é possível afirmar que nas demandas individuais ela se opera *inter partes* e *pro et contra*. Por outro lado, na tutela coletiva, a coisa julgada opera efeitos diversos, a depender da espécie do direito em litígio, previstos, sobretudo, nos arts. 103 e 104 do CDC<sup>28</sup> e 16 da LACP<sup>29</sup>. Interpretando esses dispositivos, a doutrina e a jurisprudência chegaram às seguintes conclusões.

---

<sup>28</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - 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.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

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.

<sup>29</sup> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

Vejamos a compilação elaborada por Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2011, p. 215-217), a qual sistematizamos abaixo.

i) Direitos Difusos e Coletivos em sentido estrito (art. 103, incisos I e II do CDC):

• **Sentença procedente:** a coisa julgada material será *erga omnes* (difusos) ou *ultra partes* (coletivos em sentido estrito). A matéria decidida não poderá ser rediscutida pelo réu, contra qualquer colegitimado, mesmo que não tenha participado da ação, e qualquer destes poderá executar o título judicial.

• **Sentença improcedente por insuficiência de provas:** não haverá coisa julgada material, podendo qualquer colegitimado ajuizar nova ação coletiva com o mesmo objeto litigioso, desde que apresente nova prova.

• **Sentença improcedente por pretensão infundada:** havendo provas necessárias que ensejem uma decisão de mérito, nenhum colegitimado poderá ajuizar nova ação coletiva com o mesmo objeto, havendo a formação de coisa julgada material.

Na verdade, nota-se que nenhuma particularidade (exceto pela questão da possibilidade de propor nova ação mediante prova nova, em caso de improcedência por falta de prova) há em relação ao trato comum da coisa julgada no direito brasileiro (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 446).

Destaca-se que em nenhuma hipótese a coisa julgada coletiva prejudicará o direito individual dos lesados. Ainda que haja uma decisão improcedente transitada em julgado na ação coletiva pautada em robusto arcabouço probatório, é possível o ajuizamento de uma demanda individual dos eventuais prejudicados, conforme preceituam os §§ 1º e 3º do art. 103 do CDC. A coisa julgada coletiva apenas se transporta ao particular se for *in utilibus*, ou seja, apenas para beneficiá-lo e não para prejudicá-lo.

ii) Direitos Individuais Homogêneos (art. 103, inciso III e § 4º do CDC):

• **Sentença procedente:** a coisa julgada material será *erga omnes*, não podendo ser rediscutida pelo réu, contra qualquer colegitimado, mesmo que não tenha participado da ação. Os titulares individuais deverão liquidar e executar

seus prejuízos, de modo que os colegitimados só estarão legitimados para essas fases no caso de inércia dos titulares.

• **Sentença improcedente:** haverá coisa julgada material, independentemente do fundamento, e mesmo que por insuficiência de provas. Não poderá ser proposta nova ação coletiva com o mesmo objeto. Nesse sentido já se manifestou a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça<sup>30</sup>.

Do mesmo modo antes referido, a coisa julgada coletiva improcedente referente aos direitos individuais homogêneos não impede o ajuizamento de ações individuais. Ocorre, porém, que se o prejudicado se valeu da faculdade prevista no art. 94 do CDC<sup>31</sup> e interveio na ACP como litisconsorte (assistente litisconsorcial), será, nos termos do art. 103, §2º do mesmo diploma legal, prejudicado pela coisa julgada, e estará impossibilitado de ajuizar ação individual sobre o mesmo objeto. Esse é a única hipótese legal que excepciona o transporte *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada coletiva ao particular.

Os quadros abaixo facilitam a compreensão desse tema complexo:

---

<sup>30</sup> “Após o trânsito em julgado de decisão que julga improcedente ação coletiva proposta em defesa de direitos individuais homogêneos, independentemente do motivo que tenha fundamentado a rejeição do pedido, não é possível a propositura de nova demanda com o mesmo objeto por outro legitimado coletivo, ainda que em outro Estado da federação”. (STJ. 2ª Seção. REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 9/12/2015).

<sup>31</sup> Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

QUADRO I

	Difusos	Coletivos	Individuais Homogêneos
<b>Procedência</b>	Coisa julgada <i>erga omnes</i>	Coisa julgada <i>ultra partes</i>	Coisa julgada <i>erga omnes</i>
<b>Improcedência por pretensão infundada</b>	Coisa julgada <i>erga omnes</i>	Coisa julgada <i>ultra partes</i>	Há coisa julgada (em relação aos colegitimados), mas não <i>erga omnes</i> (não impede que as vítimas que não foram litisconsortes ajuízem ação individual)
<b>Improcedência por falta de provas</b>	Não há coisa julgada	Não há coisa julgada	Há coisa julgada (em relação aos colegitimados), mas não <i>erga omnes</i> (não impede que as vítimas que não foram litisconsortes ajuízem ação individual)

QUADRO II

A coisa julgada material é <b><i>secundum eventum litis</i></b> nas sentenças envolvendo:	<ul style="list-style-type: none"> <li>• direitos difusos, e/ou;</li> <li>• direitos coletivos, e/ou;</li> <li>• direitos individuais homogêneos.</li> </ul>
A coisa julgada material é <b><i>secundum eventum probationis</i></b> nas sentenças de <b>improcedência</b> envolvendo:	<ul style="list-style-type: none"> <li>• direitos difusos, e/ou;</li> <li>• direitos coletivos.</li> </ul>

Eventualmente, em paralelo ao processo coletivo, pode tramitar uma ação individual. A depender da destinação dada a esta, se suspensa ou não, a coisa julgada da demanda coletiva poderá ou não aproveitar às vítimas e até mesmo

inviabilizar a propositura de uma ação individual. Se durante o trâmite da ação individual que tenha por objeto um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, for ajuizada uma demanda coletiva sobre o mesmo tema, para se beneficiar da futura coisa julgada coletiva a vítima poderá pedir a suspensão de seu processo individual no prazo de 30 dias a contar da data em que tomou ciência do processo coletivo, nos termos do art. 104 do CDC. Vale destacar que o STJ<sup>32</sup>, em sede de recurso repetitivo, pacificou seu entendimento no sentido de que essa suspensão dos processos individuais deve ser feita de ofício pelos juízes.

Outras situações concretas podem ocorrer. É possível que a ação individual transite em julgado antes da sentença coletiva, hipótese na qual entendemos que o autor da demanda individual não se beneficiará da futura coisa julgada coletiva, sob pena de violação da coisa julgada da decisão individual. Caso haja situação praticamente inversa, qual seja, trânsito em julgado do processo coletivo antes do ajuizamento da ação individual, bastará que a vítima promova a liquidação e execução de seu dano, não havendo necessidade de propositura de ação individual (que careceria de interesse).

Por fim, ainda sobre a coisa julgada da tutela coletiva, é imprescindível referir a existência do debate acerca do alcance territorial da decisão. A celeuma advém, principalmente, da redação do art. 16<sup>33</sup> da LACP, alterado pela Medida Provisória n. 1.570/1997, posteriormente convertida na Lei n. 9.494/97. Segundo o dispositivo, a sentença proferida em processo coletivo só possui alcance territorial correspondente à competência do juiz prolator. Para Gregório Assagra de Almeida, o poder público nacional agiu de maneira autoritária e para atender interesses econômicos, muitos deles escusos, atacando flagrantemente os

---

<sup>32</sup> RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. (...) 3.- Recurso Especial improvido. (STJ, REsp 1.110.549/RS, Ministro Relator Sidnei Beneti, julgado em 28/10/2009).

<sup>33</sup> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. ([Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997](#))

instrumentos de tutela jurisdicional transindividual (2003, p. 592). Outras críticas foram feitas pela doutrina sobre a debatida alteração legislativa.

Primeiro, porque há uma clara confusão conceitual entre amplitude da coisa julgada e as noções de jurisdição e competência. Nesse sentido, entendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

(...) o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, p. ex., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! O que importa é quem foi atingido pela coisa julgada material (...) Qualquer sentença proferida por órgão do poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF. Assim, as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas pelos seus efeitos onde quer que estejam no planeta Terra. (1999, p. 284).

Quem examinar adequadamente a regra, detendo um mínimo de conhecimento sobre a teoria geral da coisa julgada, concluirá que a previsão é absurda, ou por ser ilógica, ou por ser incompatível com a regência da coisa julgada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 450). Ora, é incompreensível como se possa cindir territorialmente a imutabilidade assim constituída, limitando-a, por exemplo, a uma Comarca ou, em caso de juiz que atua em vara distrital, a uma parte da cidade (ZAVASCKI, 2008, p. 81).

Ademais, a regra, do modo como posta, violaria a igualdade entre os prejudicados, tendo em vista que permite a existência de decisões judiciais conflitantes sobre o mesmo tema, na medida em que cada juiz pode decidir com base no seu livre convencimento motivado, cujos efeitos só alcançam o território de sua competência. Ainda, ela seria incompatível com a natureza indivisível dos direitos difusos e coletivos e, em relação aos individuais homogêneos, infringiria o art. 103, inciso III do CDC, uma vez que a decisão coletiva sobre esse objeto produz efeitos *erga omnes*.

Atento a essas críticas, o Superior Tribunal de Justiça<sup>34</sup> passou a entender que a eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas não deve ficar limitada ao território da competência do órgão jurisdicional que

---

<sup>34</sup> STJ. Corte Especial. EREsp 1134957/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016.

prolatou a decisão, valendo para todo o país. Não se pode deixar de referir a recente decisão monocrática da lavra do Ministro Alexandre de Moraes do STF no Recurso Extraordinário 1.101.9937, proferida em novembro de 2018, a qual reformou julgado do STJ que havia estendido os efeitos de decisão coletiva para todo o país. Segundo o Ministro, a Suprema Corte já teria enfrentado o tema na Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI 1.576, onde foi reconhecida a constitucionalidade do art. 16 da LACP. Vale aqui destacar trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da mencionada ADI:

A alteração do artigo 16 correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia erga omnes da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada erga omnes da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia erga omnes sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança de redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos erga omnes na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário.

Note-se, portanto, que há aparente divergência entre os posicionamentos do STF e do STJ sobre a matéria, o que provavelmente demandará nova manifestação, em definitivo, da Corte Constitucional.

Considerando as peculiaridades do processo coletivo, é relevante o conhecimento das regras atinentes à coisa julgada coletiva, especialmente porque influenciam, de certa forma, no debate que se pretende travar no último capítulo referente aos legitimados ativos à propositura da ação civil pública.

## 4.3 A EXECUÇÃO DAS DECISÕES COLETIVAS

### 4.3.1 Liquidação e cumprimento da sentença na ação civil pública

Uma decisão judicial pode ter caráter satisfativo, quando, por si só, basta para satisfazer o direito do autor, como as sentenças declaratórias e constitutivas, por exemplo. Nesse caso, em regra, não há necessidade de medidas de execução, o que acarreta a extinção do processo tão logo transitada

em julgado a sentença. Ainda, a decisão pode ser não satisfativa, na medida em que, se as ordens judiciais não forem cumpridas espontaneamente pelo réu, demandarão meios de execução para atender o direito do autor, por vezes precedidos de uma etapa de liquidação daquilo que é devido.

Importa realçar o *princípio da máxima efetividade do processo coletivo*, segundo o qual deve ser buscada a real efetividade da tutela transindividual, não apenas formalmente. Com base nesse princípio, o aplicador do direito deverá se valer de todos os instrumentos e meios necessários e eficazes para que o processo coletivo seja realmente efetivo (ALMEIDA, 2003, p. 576).

De acordo com João Paulo Lordelo (2018), ao interpretar a doutrina abalizada, a liquidação e execução das decisões coletivas podem ser mais bem compreendidas através de pretensões oriundas de cada tipo de tutela coletiva em debate. Quando tratamos da liquidação e da execução de decisão que diga respeito aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, existem duas pretensões: a coletiva (mesmo padrão da liquidação de um processo individual) e a individual (em razão do transporte *in utilibus*).

Na primeira pretensão – coletiva – a efetivação do julgado segue os moldes traçados pelo Código de Processo Civil a depender do comando sentencial (obrigação de pagar, de fazer ou não fazer etc.). A legitimidade para essa etapa processual é do autor da ação coletiva, e caso ele permaneça inerte por 60 dias a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória, os demais colegitimados poderão (e o Ministério Público deverá) promover-lhe a execução<sup>35</sup>. O juízo competente para liquidação e execução é o mesmo da condenação, e caso haja obrigação de pagar pelo réu, o valor será revertido em favor de um fundo de reparação dos bens lesados<sup>36</sup>. Na verdade, o objeto desse fundo foi gradativamente sendo ampliado e hoje abarca diferentes destinações,

---

<sup>35</sup> Art. 15 – LACP: Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

<sup>36</sup> Art. 13 - LACP. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

tais como promoção de eventos científicos e educativos, modernização dos órgãos estatais responsáveis pela proteção dos bens lesados etc.

Já na segunda pretensão – individual -, que deriva da possibilidade do transporte *in utilibus*, o art. 103, §3º do CDC permite que as vítimas e seus sucessores apresentem a sentença coletiva no juízo cível para buscar sua reparação individual. Entretanto, antes dos atos executórios, será necessário promover a liquidação, onde além de se apurar o valor devido (*quantum debeat*), o particular deverá demonstrar o nexo de causalidade com o dano sofrido (*an debeat*), não havendo necessidade de comprovar a culpa do réu, que já foi debatida na ação coletiva. Nessa hipótese, a competência será tanto do juízo da condenação, quando do juízo do domicílio do autor<sup>37</sup>.

Noutro passo, a sistemática se altera quando estivermos diante de decisão coletiva que trate sobre direitos individuais homogêneos. A sentença coletiva nessa hipótese será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados<sup>38</sup>. A decisão não adentra nas situações individuais dos lesados: não os identifica, tampouco quantifica o prejuízo sofrido por cada um. Por tal razão, trata-se de uma sentença condenatória genérica, cujo conteúdo precisa ser complementado via liquidação, antes de ser executado (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 235). Aqui é possível vislumbrar três pretensões: a individual decorrente (pelas vítimas e sucessores); a individual pelo legitimado coletivo (pelos coletigitimados em favor das vítimas identificadas); e a coletiva residual – *fluid recovery* (pelos coletigitimados em favor de um fundo).

À pretensão individual decorrente aplica-se o que se falou em relação ao modelo da pretensão individual de execução dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, inclusive a necessidade de se liquidar o *an debeat*. Já na pretensão pelo legitimado coletivo, o art. 98<sup>39</sup> do CDC possibilita que algum

---

<sup>37</sup> Art. 101, I – CDC: a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

<sup>38</sup> Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

<sup>39</sup> Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. [\(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995\)](#)

§ 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

§ 2º É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

colegitimado atue como representante processual<sup>40</sup> (e não substituto) das vítimas já identificadas e com os créditos devidamente liquidados. Os valores recebidos serão revertidos para as pessoas prejudicadas ou seus sucessores e o juízo competente será o da condenação, pois embora se trate de pretensão individual, a execução é coletiva. Pela leitura do art. 97<sup>41</sup> do CDC, permite-se concluir que há uma preferência atribuída pelo legislador à legitimação individual para liquidar e executar essa decisão coletiva, restando o caráter subsidiário aos colegitimados.

Quando as vítimas ou seus sucessores, em número compatível com a gravidade do dano, se mantiverem inertes e não procurarem a justiça para se habilitar no prazo de um ano a contar da publicação de editais convocando os interessados em liquidar e executar a sentença (em analogia ao art. 94<sup>42</sup> do CDC), e os colegitimados não conseguirem identificá-las para dar prosseguimento à pretensão individual, o art. 100<sup>43</sup> do CDC autoriza a chamada pretensão coletiva residual, apelidada de execução *fluid recovery*. O objetivo da *fluid recovery* é evitar o enriquecimento sem causa do condenado, pois frente à inércia das vítimas – ou parte delas - a sentença condenatória ficaria esvaziada, enfraquecendo principalmente o seu caráter pedagógico. Nesse passo, liquidada e executada a decisão por um colegitimado, o valor recebido não é destinado às

---

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

<sup>40</sup> Aqui vale um destaque: caso se considere tratar-se de uma representação processual, em razão da possibilidade de se individualizar a situação particular de cada vítima, haveria necessidade de autorização delas para esse cumprimento coletivo (nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover e Teori Albino Zavascki em voto no REsp 487.202, julgado em 06/05/2014). Entretanto, o STF possui entendimento, pelo menos em relação aos sindicatos, no sentido que se trata de substituição processual, sendo prescindível a autorização das vítimas (RE 193.503/SP, Pleno, Min. Rel. Carlos Veloso, julgado em 12/06/2006).

<sup>41</sup> Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

<sup>42</sup> Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

<sup>43</sup> Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

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

vítimas, mas sim a um fundo (já destacado quando tratamos da execução das decisões referentes aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito).

Diferentemente do que ocorre na liquidação e execução de sentenças de direitos difusos e coletivos, que tramitam como mera fase do mesmo processo, no caso dos direitos individuais homogêneos haverá novos processos, cada qual deflagrado pela respectiva ação individual (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 236), salvo nos casos de execução coletiva por algum colegitimado nas hipóteses trabalhadas, onde a liquidação e a execução ocorrerão no processo originário.

#### 4.3.2 Decisão que determina implantação de política pública: as sentenças estruturantes e a execução negociada

Vimos que a ação civil pública é o instrumento jurídico adequado para a concretização dos direitos sociais, pois possui o condão de impor ao poder público a promoção de políticas públicas adequadas para tanto. As decisões dessa natureza condenam o Estado a uma obrigação de fazer, cujo maior problema enfrentado na prática pelos gestores é conseguir, ante as burocracias as quais estão submetidos, cumprir o comando sentencial no prazo assinalado pelo poder Judiciário, que via de regra vem cumulado com medidas coercitivas indiretas (ex: multa diária por descumprimento).

Nesses casos, as sentenças que determinam a materialização de políticas públicas, podem ser intituladas como “estruturantes”, conceituadas como aquelas que buscam implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 408). As sentenças estruturais são importantes porque além de possuírem um efeito direto (cumprimento da ordem judicial), alastram efeitos indiretos (transformações sociais). Carlos Alexandre de Azevedo Campos leciona que

Ante a omissão, deficiência e falhas do Executivo e do Legislativo, chega a ser aconselhável que o Poder Judiciário tome medidas estruturais sob pena de vigorarem “direitos sem remédios”. Para superar bloqueios políticos e institucionais, surge a necessidade de interferência na própria confecção e

implementação de políticas públicas. Esse é o papel das sentenças estruturais (2016, p. 204).

Essa concepção, de decisão estrutural, nasceu nos Estados Unidos, a partir de uma postura mais ativa dos juízes no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana determinou a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública que historicamente era destinada à educação de brancos. Os juízes entenderam pela inconstitucionalidade do sistema de admissão pela segregação racial. A partir daí o Judiciário dos EUA passou a proferir diversas decisões dessa natureza, impondo reformas estruturais em instituições com o fim de materializar promessas constitucionais.

O objetivo dessas sentenças, que prescrevem uma norma jurídica de conteúdo aberto, contendo um resultado a ser alcançado, é promover um determinado estado de coisas. É uma decisão que estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado alcançado (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 408).

A característica mais relevante desses provimentos jurisdicionais é a necessidade de uma acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos, sob pena de o juiz ver sua decisão ser descumprida pelo motivo anteriormente referido (burocracia imposta à administração pública). Edilson Vitorelli, enxergando a necessidade de uma adequação da postura processual dos magistrados nesses casos, afirma que

(...) à medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão (2016, 533).

Forte no *princípio da máxima efetividade do processo coletivo*, o juiz possui uma maior flexibilidade na demanda coletiva, devendo atuar de modo participativo e resolutivo no processo, com poderes mais acentuados em comparação ao processo individual. O poder Judiciário tem, no direito processual coletivo comum, poderes instrutórios amplos e deve atuar independentemente da iniciativa das partes para a busca da verdade processual

e a efetividade do processo coletivo (ALMEIDA, 2003, p. 577). Ada Pellegrini Grinover, citada por Gregório Assagra de Almeida, sustenta que

(...) nas demandas coletivas, o próprio papel do magistrado modifica-se, enquanto cabe a ele a decisão a respeito de conflitos de massa, por isso mesmo de índole política. Não há mais espaço, no processo moderno, para o chamado “juiz neutro” – expressão que frequentemente se mascarava a figura do juiz não comprometido com as instâncias sociais -, motivo pelo qual todas as leis processuais têm investido o julgador de maiores poderes de impulso (2003, p. 577).

Para que as sentenças estruturantes consigam desempenhar seu desiderato, há necessidade de se revisar algumas práticas jurídicas. Sérgio Cruz Arenhart afirma que é preciso um sistema jurídico maduro que revise a ideia de “separação dos poderes”, vez que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos dos outros ramos do Poder Público (2013, p. 327). Outra mudança que pode contribuir para a efetividade das decisões estruturantes é a flexibilização do *princípio da congruência* permitindo ao magistrado uma maior liberdade na forma de tutelar o direito em debate. É fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 414).

Após a prolação de uma decisão dessa espécie o poder Judiciário deve estar próximo ao seu cumprimento. É corriqueiro nessa fase que o juiz profira outras decisões (*provimentos em cascata*) com objetivo de resolver problemas decorrentes da efetivação das anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal (ARENHART, 2013, p. 400).

Enquanto a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais se dá, normalmente, de forma impositiva, é comum que a efetivação da decisão estrutural se dê de forma dialética (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 414). Frente à atipicidade da execução e a ampliação dos poderes do juiz para

efetivação das decisões judiciais, previstas nos arts. 536<sup>44</sup> e 139<sup>45</sup>, inciso IV do CPC, permite-se uma maior interação entre os atores do processo (juiz, autor e réu) para que a fase de cumprimento do julgado termine de modo satisfatório ao titular do direito violado. Nesses moldes, é possível, conforme defende Eduardo José da Fonseca Costa, a construção de uma “execução negociada” da decisão judicial que determinada a implantação de política pública (2012, p. 39), especialmente após as recentes alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB, referidas no primeiro capítulo do trabalho.

A efetivação de políticas públicas é procedimento complexo e demorado, ainda que determinado por provimento jurisdicional, sobretudo em função das limitações orçamentárias e burocráticas a que está sujeito o Estado para realizar as contratações públicas. Assim, o procedimento executivo deve ser construído pelas partes, a partir de um negócio jurídico processual atípico (art. 190, CPC), onde as partes poderiam definir um cronograma de cumprimento da decisão, um calendário processual para execução da sentença (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 483). Com efeito, a criação de comissões específicas, (...) exigência de relatórios periódicos, audiências públicas (...) são exemplos de ferramentas que tornam o monitoramento uma prática que aumenta em muito as chances de sucesso das sentenças estruturais (CAMPOS, 2016, p. 209). O monitoramento serve, especialmente, para que se proceda à eventual flexibilização das decisões frente a obstáculos práticos para que se consiga atingir o objetivo almejado. Essa solução atende aos princípios da boa-fé, da cooperação e da adequação processual previstos no CPC.

No Brasil, é possível citar a título ilustrativo de processo estruturante, a Ação Popular n. 3.388/RR, conhecida como caso Raposa Serra do Sol, onde o

---

<sup>44</sup> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

<sup>45</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - 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;

STF, a par de permitir a demarcação de terras indígenas em determinada localidade, estabeleceu várias condições a serem cumpridas pelos índios, revelando uma característica importante das decisões dessa índole: a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implantar (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 412). Entendemos que o mesmo caminho deve ser trilhado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 347, onde provavelmente será reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro, cujo mérito ainda pende de julgamento no STF.

Frente à conclusão anteriormente destacada, de que a ação civil pública é o instrumento jurídico adequado para as pretensões que almejem a implementação de políticas públicas referentes aos direitos sociais (processo civil de interesse público), é certo dizer que as decisões proferidas nessas demandas podem ser classificadas como sentenças estruturantes. Nesse cenário, é imprescindível que a fase de execução do julgado ocorra de forma negociada, pautada por um franco diálogo entre os poderes envolvidos, a fim de que se obtenha uma prestação jurisdicional efetiva, em cumprimento ao direito de acesso à justiça.

## **5. A LEGITIMIDADE ATIVA E A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM ESPAÇO PARA EVOLUÇÃO**

### **5.1 SIGNIFICADO DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E SUA RELEVÂNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS**

Pelo que foi desenvolvido até aqui, é possível perceber a relevância da evolução do constitucionalismo moderno e a consagração do neoconstitucionalismo, sobretudo a partir do surgimento de uma nova compreensão da figura do cidadão, do reforço dos direitos fundamentais, da normatização das constituições e da alteração do papel do poder Judiciário. Além disso, restou demonstrada a importância do acesso à justiça para fazer valer o arcabouço de direitos fundamentais previstos pelo constituinte, o que demanda um regular avanço dos instrumentos jurídicos processuais para que o Judiciário consiga cumprir sua nova missão de consertar violações constitucionais. A partir da conclusão de que a ação civil pública, dentre as ferramentas processuais que dispomos atualmente, é a mais adequada para a judicialização dos direitos sociais, cabe investigar de que modo a legislação respectiva poderia evoluir para contribuir com as conclusões já trabalhadas.

No âmbito das ações coletivas, as condições da ação (legitimidade ativa e interesse de agir) elevam-se de patamar, visto que nelas os megainteresses não são portados em juízo por quem deles se afirma titular (CALDO, 2014, p. 873). O tema ganha importância na medida em que a tutela coletiva, como já referido, atrai demandas de relevante impacto social, discutindo questões que envolvem, por exemplo, direito à saúde, meio ambiente, relações de consumo, previdência social, etc., naquilo que alguns chamam de processo civil de interesse público. O surgimento de novos direitos e a realocação da função do poder Judiciário na estrutura estatal ensejam alteração proporcional da legislação processual.

O tema da representação adequada como requisito de admissibilidade das ações coletivas, que está relacionado à legitimidade ativa, gera intenso debate, considerando a sua relevância. A legitimidade ativa nos processos coletivos foge à regra geral do processo individual, tendo em vista que, via de regra, os titulares dos direitos debatidos não fazem parte da demanda,

especialmente porque o sistema da ação civil pública não admitiu a pessoa física como legitimada ativa. É possível dizer que o sistema de legitimação ativa da ACP é misto ou pluralista, considerando que tanto entes públicos como privados (associações) podem ajuizá-la (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 52), afastando, portanto, a natureza meramente publicista.

A natureza jurídica da legitimidade ativa na ACP é *concorrente*, pois existem várias entidades habilitadas ao seu ajuizamento, não havendo exclusividade a nenhuma, e *disjuntiva*, na medida em que cada legitimado pode agir sozinho, sem precisar autorização dos demais, sendo o litisconsórcio entre eles meramente facultativo.

A divergência existente sobre a natureza jurídica da legitimação para agir é se ela seria *ordinária*, *extraordinária* ou *autônoma*. De início é importante referir uma diferença há muito amadurecida na doutrina processual: legitimação *ordinária* se dá quando uma pessoa age em nome próprio na defesa de interesse próprio, ao passo que a legitimação *extraordinária* ocorre quando alguém age em nome próprio na defesa de interesse alheio. Fredie Didier e Hermes Zanetti nos aclaram a questão:

Há *legitimação ordinária* quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica que se afirma titular. Há *legitimação extraordinária* quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja titularidade afirmada é de outro sujeito (2017, p. 190).

Quem sustentava que a legitimação ativa nos processos coletivos era de natureza *ordinária* pautava-se na situação das associações civis, que iam a juízo defender interesses institucionais. Entretanto, com a inclusão de novos legitimados coletivos como a Defensoria Pública, os principais adeptos dessa corrente foram deixando-a de lado, a exemplo de Kazuo Watanabe (2011, p. 90-91). Embora a jurisprudência<sup>46</sup> entenda que a legitimidade ativa possui natureza *extraordinária* independentemente de a ACP tratar de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, há controvérsia doutrinária nesse ponto.

Quando a tutela coletiva disser respeito a direitos individuais homogêneos há unanimidade doutrinária em considerar a legitimação como *extraordinária*,

---

<sup>46</sup> STF, Recurso Extraordinário 193.503/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 12/06/2006.

pois embora tais direitos sejam protegidos por processo coletivo eles permanecem tendo natureza individual, com titulares individualmente determináveis.

Por outro lado, o debate exsurge quando a ACP tratar de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito. Para corrente majoritária a legitimação no processo coletiva é *extraordinária*, pois autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2017, p. 191).

Há, ainda, quem defenda que a legitimação ativa nas demandas coletivas seria *autônoma*, pois o autor da ação não vai juízo defender interesse próprio, nem interesse alheio, em razão da impossibilidade de se identificar os titulares do direito discutido (pelo menos em relação aos direitos coletivos e difusos). Ela – a legitimação autônoma –, parte da peculiaridade de defesa em juízo de interesses que são, por natureza, indivisíveis e inerentes conjuntamente a toda uma coletividade, composta por membros indeterminados ou eventualmente determináveis (LEONEL, 2017, p. 161).

Nesse sentido advogam, por exemplo, Nelson Nery Júnior e Rosa Nery:

Como os titulares dos direitos difusos são indetermináveis e os dos direitos coletivos indeterminados (CDC 81 par. ún. I e II), sua defesa em juízo é realizada por meio de *legitimação autônoma para condução do processo*, estando superada a dicotomia clássica legitimação ordinária e extraordinária (1999, p. 389).

O fato é que o legitimado ativo é aquele que consta da lei como sujeito apto a ajuizar determinada demanda, principalmente quando se trata de processo coletivo, não possuindo o debate acerca da sua natureza jurídica maiores implicações práticas, resguardada sua importância para o âmbito acadêmico. A atribuição da legitimação ativa coletiva apresenta-se, sobretudo, como uma questão de política legislativa, visto que se encontra intimamente ligada ao problema da extensão subjetiva da coisa julgada (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2017, p. 194).

Os processos relativos aos direitos coletivos tiveram que inovar em relação à regra clássica de legitimidade, para permitir que um terceiro (representante adequado) pudesse agir em juízo em nome do grupo (FORNACIARI, 2010, p. 70). Quem quer que exerça a defesa desse tipo de

interesse, tendo em vista sua natureza e repercussão, deve estar capacitado a fazê-lo em condições de igualdade com o interesse contraposto (SALLES, 2014, p. 194). Considerando que no processo coletivo as pessoas atingidas pela demanda judicial não figuram como partes e que essa tutela é o instrumento adequado para efetivar políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, aquele que ajuíza a ação deve representar adequadamente os interesses dos titulares dos direitos envolvidos. Nesse sentido leciona Flávia Fornaciari:

A essência da ação coletiva, em decorrência de sua natureza herdada do sistema de *common law*, é ser uma ação representativa, por meio do qual os titulares do direito posto *sub judice* não são aqueles que figuram como autores da ação coletiva, mas, sim, um representante apto a ser o porta-voz do grupo ou dos indivíduos interessados, quando não da própria sociedade (FORNACIARI, 2010, p. 70).

É de primeira importância assegurar que, apesar de os interessados não atuarem diretamente no feito, sejam eles efetivamente representados na demanda, tendo, portanto, participação delegada a efetivos representantes de seus interesses (SCARPARO, 2014, p. 991). O representante deve possuir afinidade com os representados de modo que sua voz repercuta, de fato, a posição daqueles que representa (SCARPARO, 2014, p. 994). Esse requisito é imprescindível para o cumprimento do *princípio do devido processo legal* e para que a coisa julgada alcance os membros da categoria envolvida.

A representação adequada significa que aquele legitimado para intentar a ação coletiva deve possuir a aptidão, confiança e identidade para com o grupo que teve seus direitos violados para ser o porta-voz de suas reivindicações. O objetivo, em última análise, é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente os seus interesses (GIDI, 2007 p. 100).

Além disso, estando os titulares do direito posto em juízo adequadamente representados, pode-se afirmar que estará assegurado o devido processo legal coletivo, especialmente porque os efeitos da coisa julgada os alcançarão a depender do tipo de provimento jurisdicional como trabalhado anteriormente. Ricardo de Barros Leonel aponta as garantias oferecidas por uma efetiva representatividade adequada:

Assim, a adequação da representação assegura: a efetiva defesa dos interesses metaindividuais em juízo; a perfeita proteção das posições jurídicas dos lesados que integram a classe mas estão ausentes; o cumprimento das garantias constitucionais do processo; “legítima” o processo coletivo e seus institutos como forma econômica como forma de equacionamento de conflitos; “legítima” a extensão subjetiva dos efeitos do julgado a quem não foi parte em sentido meramente formal (2017, p. 173).

Mister destacar que a representação adequada não se confunde com a chamada “pertinência temática”, exigida de alguns legitimados ativos da ACP. Embora não haja consenso na doutrina, concordamos com Teori Zavascki (2008, p. 60), para quem a pertinência temática está ligada ao interesse de agir, e não à legitimidade ativa, de modo que se determinado legitimado ativo não comprovar uma vinculação ao objeto da ACP, faltar-lhe-á interesse processual.

Enquanto no processo civil brasileiro as condições da ação coletiva são as mesmas de uma demanda individual, o direito processual estadunidense possui um complexo rol de requisitos (CALDO, 2014, p. 874) que serão mais bem analisados a seguir. Não obstante a ideia de representatividade adequada tenha se originado no direito norte-americano, no sistema das *class actions*, a forma de sua aferição naquele ordenamento e em outros filiados à família da *common law* é diversa da adotada no sistema brasileiro (LEONEL, 2017, p. 171). Convém averiguar, desse modo, de que maneira os ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano lidam com o controle da representação adequada dos legitimados ativos para ações coletivas.

## 5.2 OS LEGITIMADOS ATIVOS E O SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O art. 5º da LACP traz um rol taxativo dos legitimados ativos à propositura da venerada ação coletiva. Após algumas alterações, o dispositivo legal possui atualmente a seguinte redação:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).  
I - o **Ministério Público**; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).  
II - a **Defensoria Pública**; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).  
III - a **União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios**; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - **a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista**; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - **a associação** que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) Grifos nossos

Considerando as funções institucionais do Ministério Público, dispostas no art. 127<sup>47</sup> da Constituição Federal, quando o legislador atribuiu sua legitimação reconheceu sua pertinência temática com relação a qualquer interesse metaindividual, considerando-o verdadeiro defensor da sociedade (LEONEL, 2017, p. 163). O *parquet* possui ampla legitimidade para ajuizar ACP para proteger a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e os individuais indisponíveis. Essa é uma razão pelas quais o MP transformou-se no autor da esmagadora maioria das ações civis públicas em nosso país (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 58).

Embora não se exija do Ministério Público a comprovação da pertinência temática – ajuizamento da ação sobre objetos específicos -, deve se analisar se os interesses em debate são compatíveis com as funções da instituição. No que

---

<sup>47</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

pertine aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, o Ministério Público sempre possuirá legitimidade ativa, visto que se tratam, em regra, de direitos indisponíveis e que abarcam quantidade considerável de atingidos, havendo, portanto, interesse social envolvido. Já em relação aos direitos individuais homogêneos, o Ministério Público só terá legitimidade ativa para defendê-los através de ACP se se tratarem de direitos indisponíveis ou socialmente relevantes, conforme construção jurisprudencial informada no capítulo referente ao surgimento da ação civil pública. A título ilustrativo, pode-se afirmar que o STF<sup>48</sup> reconhece a legitimidade ativa do MP para proteção dos direitos individuais homogêneos relativos à concessão ou revisão de benefícios previdenciários sempre que, tomados em conjunto, ostentem dimensão de grande relevo social.

A Defensoria Pública foi acrescentada ao rol dos legitimados ativos pela Lei n. 11.448/07, que posteriormente foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade – ADI n. 3943 no STF, promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Para compreender o debate, pertinente destacar que a previsão constitucional do art. 134<sup>49</sup> explicita a função a ser desempenhada pela Defensoria Pública em defesa aos “necessitados”, fazendo referência ao inciso LXXIV<sup>50</sup> do art. 5º da Constituição Federal. Forte nessa expressão, uma corrente capitaneada pelo Ministério Público, sustentava que a atuação da Defensoria deveria se limitar aos casos que envolvessem direitos de pessoas com hipossuficiência financeira.

Todavia, a jurisprudência do STJ pacificou uma interpretação ampliativa desse conceito, permitindo o ajuizamento de ação coletiva pela Defensoria Pública ainda que ela não beneficie apenas os hipossuficientes econômicos,

---

<sup>48</sup> STF, AgRg no AI 516.419, segunda turma, Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/11/2010.

<sup>49</sup> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos **necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014) Grifo nosso

<sup>50</sup> LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

mas desde que eles também sejam objeto da tutela jurisdicional. Ou seja, não é possível o ajuizamento de ACP em favor apenas de indivíduos de classe econômica elevada, porém, eles podem ser atingidos pela decisão que ao mesmo tempo favorecerá os financeiramente hipossuficientes. Vejamos trechos de julgados da Corte Superior sobre o tema:

Deve ser conferido ao termo “necessitados” uma interpretação ampla no campo da ação civil pública para fins de atuação inicial da Defensoria Pública, de modo a incluir, para além do necessitado econômico (em sentido estrito), **o necessitado organizacional, ou seja, o indivíduo ou grupo em situação especial de vulnerabilidade existencial.**” (STJ, 3T, REsp 1449416/SC, DJe 29/03/2016).

A expressão “necessitados” (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, **em sentido amplo**, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres - , os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), **enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado.** Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minus habentes impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012) (STJ, Corte Especial, EREsp 1192577/RS, DJe 13/11/2015)

No mesmo sentido, decidiu o STF, de maneira incidente, ao entender pela constitucionalidade da legitimação ativa da Defensoria Pública na ADI 3943. No mesmo julgamento ficou clara a permissão para que a instituição ajuíze ação civil pública em defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. É possível afirmar, portanto, que a legitimação da Defensoria Pública é ampla, mas não é irrestrita, considerando que ela não pode se desligar da função atribuída pelo legislador constituinte de proteção aos necessitados. Embora não se exija pertinência temática da Defensoria (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 73), ao juiz competirá fazer o controle da relação entre o objeto posto em debate e eventual benefícios a hipossuficientes econômicos.

Os entes da administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e as entidades da administração pública indireta (autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista), ainda que

sem personalidade jurídica<sup>51</sup>, também possuem legitimidade ativa à propositura da ACP.

No que tange à administração direta, há que se verificar se existe conexão entre as competências, os serviços, as atividades ou o patrimônio do ente, e a causa de pedir e o pedido por ele formulado na ação (ZAVASCKI, 2008, p. 63), não havendo, por exemplo, interesse de agir ao Município de Pelotas para defender através dessa ação coletiva o patrimônio do Município de Rio Grande. Ou seja, há necessidade de verificação da pertinência temática entre a atuação do legitimado e a hipótese concretamente considerada (LEONEL, 2017, p. 164). Por sua vez, as entidades da administração indireta, vinculadas ao *princípio da especialidade* e que apenas devem atuar na área para qual foram criadas ou autorizadas por lei, também devem demonstrar a pertinência temática entre o objeto da ação e sua finalidade institucional. Nesse particular, por exemplo, não estaria demonstrada a pertinência temática da Agência Nacional do Petróleo-ANP em proteger o patrimônio da Universidade Federal de Pelotas-UFPEL através de ação coletiva. No mesmo sentido, não é possível que determinada autarquia da área do ensino público proponha demanda relacionada ao consumo (LEONEL, 2017, p. 167). Ainda sobre a administração indireta, embora as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) sejam pessoas jurídicas de direito privado, o STJ<sup>52</sup> decidiu que elas não precisam comprovar a pré-existência há um ano para ajuizar ACP, nos mesmos moldes que as associações. Por fim, o CDC legitima a defesa dos consumidores através de entes despersonalizados, tais como PROCON, que geralmente são órgãos que pertencem à estrutura dos Municípios ou dos Estados.

As associações civis, que devem ser entendidas em sentido amplo da expressão, abarcando, por exemplo, sindicatos, entidades de classe e partidos políticos (TESHEINER, 2015, p. 59-62), devem preencher dois requisitos legais para promover uma ACP: estar constituídas há mais de um ano e comprovar a

---

<sup>51</sup> Art. 82, CDC: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

<sup>52</sup> A empresa pública está legitimada para o exercício da ação civil pública. Para tanto, não precisa adimplir os requisitos denunciados no art. 5º incisos I e II da Lei 7.347/85. (STJ, REsp 236.499/PB, Min. Rel. GARCIA VIEIRA, primeira turma, julgado em 13.04.2000).

pertinência temática entre suas finalidades e o objeto da ação coletiva. O requisito temporal pode ser casuisticamente dispensado pelo juiz quando o bem jurídico for socialmente relevante, não havendo a mesma faculdade em relação ao requisito finalístico.

O art. 2º-A<sup>53</sup>, da Lei n. 9.494/97 restringe o cabimento de ação coletiva de associação civil contra o poder público que diga respeito a direitos individuais homogêneos, determinando que na petição inicial conste o rol dos associados, seus endereços e autorização em assembleia para o ajuizamento da demanda. Recentemente, o STF, ao analisar o Recurso Extraordinário 612.043, fixou, sobre o tema, a seguinte tese de repercussão geral:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento.

Ao contrário do modelo de representação adequada das *class actions* norte-americanas que será trabalhado a seguir, a Lei da ação civil pública adotou o chamado sistema *ope legis*, segundo o qual os representantes adequados a ajuizarem a aludida ação estão previamente definidos na lei, sem que haja referência expressa ao controle judicial da representatividade adequada (ROQUE, 2013, p. 559). Coube ao legislador fazer uma opção política para definir quem poderá ajuizar essa ação coletiva. Há, portanto, uma presunção legal absoluta de quais sejam os representantes adequados, ao que deve se conformar o juiz no caso concreto (NEVES, 2016, p. 204).

Cabe lembrar que a representação adequada é uma qualidade atribuída a alguém, que o habilita a comparecer em juízo como representante dos

---

<sup>53</sup> Art. 2-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória no 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória no 2.180-35, de 2001)

interesses do grupo ou classe de pessoas. O autor se apresenta em juízo como portador dos interesses da classe, ostentando efetivamente condições de representá-los de modo aceitável, de modo a não os deixar desprovidos de proteção (LEONEL, 2017, p. 169). Reforça-se que no Brasil coube ao Congresso Nacional definir previamente quais entidades preenchem esses atributos.

Para a doutrina tradicional, portanto, basta que o representante do grupo esteja relacionado no rol previsto em lei (art. 5º da LACP) para que possa livremente representar seus interesses em juízo. Evitou-se conferir ao juiz da causa competência para exercer o controle sobre a representatividade adequada do autor da ação (BARROSO, 2014, p. 220). De acordo com Antônio Gidi, para a maioria, como o legislador selecionou previamente algumas pessoas jurídicas para propor ações coletivas, a sua adequação é uma presunção *iuris et de iure*: não deve haver controle do juiz porque já houve controle pelo legislador (2007, p. 131).

Na época da elaboração da LACP existiam alguns projetos de lei tratando sobre o tema, tendo prevalecido o projeto encabeçado pelo Ministério Público de São Paulo e pela Confederação Nacional do Ministério Público, que deu origem à atual Lei 7.347/85. André Vasconcelos Roque relata com precisão o apanhado histórico:

Entretanto, um projeto substitutivo resultante dos trabalhos dos promotores de justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior foi assumido pelo Ministério Público de São Paulo e pela Confederação Nacional do Ministério Público, sendo encaminhado ao Ministério da Justiça. A proposta do Ministério Público teve tramitação legislativa mais célere e acabou aprovada, com algumas alterações e vetos, constituindo a atual Lei de Ação Civil Pública. O substitutivo do Ministério Público preferiu a fórmula da legitimação *ope legis*, sem referência expressa ao controle judicial da representatividade adequada (ROQUE, 2013, p. 559).

É interessante observar, a esse respeito, que o projeto “Bierrembach” havia escolhido a via do controle da representatividade adequada pelo juiz (*ope judicis*), aferível em cada caso concreto (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 56), mas que restou vencido pelo projeto do Ministério Público de São Paulo conforme referido no capítulo sobre a origem da ACP.

Há quem sustente, porém, como Ada Pellegrini Grinover, que de certo modo o Brasil teria adotado o sistema *ope judicis*, nos casos das associações

como legitimadas ativas. Isso porque o art. 5º, inciso V, alíneas *a* e *b* e no §4º<sup>54</sup> da Lei da ACP, refere que o juiz deverá no caso concreto analisar se a associação que ajuizou a demanda está constituída há mais de um ano e se inclui dentre suas finalidades aqueles temas protegidos pela ação civil pública, podendo o magistrado dispensar o primeiro requisito pelo manifesto interesse social como referido acima. Por outro lado, Nelson Ney Júnior e Rosa Nery entendem ser ilegal qualquer controle judicial da representatividade adequada, mesmo nos casos das associações, pois a análise dos pressupostos seria aferível *ope legis*, não havendo espaço para o juiz realizar qualquer outra exigência nos moldes das *class actions* (1999, p.1314).

A realidade que se tem hoje é que o nosso sistema é baseado na presunção de que determinadas entidades e instituições teriam a capacidade para representar a classe em juízo (BARROSO, 2014, p. 220). Entendemos, como será visto a seguir, que esse modelo pode acarretar a existência de processos coletivos propostos por autores despreparados, desmotivados ou até de má-fé, ainda que legalmente estejam autorizados para tanto.

Desse modo, tendo em vista a pretensão conceitual do neoconstitucionalismo de aproximar os ordenamentos jurídicos que adotaram o sistema da *civil law* das características da *commom law*, convém investigar a forma pela qual os Estados Unidos da América disciplinaram os temas da legitimidade ativa e do controle da representatividade adequada na tutela coletiva, perquirindo se eventualmente poderiam contribuir para a evolução da legislação processual brasileira e, reflexamente, na concretização dos direitos sociais.

---

<sup>54</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:  
V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

### 5.3 O SISTEMA NORTE-AMERICANO DAS CLASS ACTIONS

De início, vale referir que se optou fazer um estudo comparado com um instituto do direito estadunidense por dois principais motivos: um, porque as *class actions* embasaram a legislação brasileira sobre tutela coletiva; dois, porque o direito norte-americano possui longa experiência jurídica nessa área.

Embora os Estados Unidos possam ser considerados o país que tem mais tradição na tutela dos interesses de massa, tanto que nossa ação civil pública foi inspirada nas *class actions* (ALMEIDA, 2003, p. 119), a origem das ações de classe remonta à Inglaterra do século XVII, que posteriormente foram aperfeiçoadas pelo país norte-americano. A primeira codificação sobre o tema nos Estados Unidos ocorreu em 1842, através da *Federal Equity Rule 43*, que posteriormente foi objeto de diversas reformas. Atualmente, a *class action* é regulada no âmbito federal estadunidense pela Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*.

Luís Roberto Barroso (2014, p. 226) aponta que Regra 23 prevê três tipos de *class action*: (a) para hipóteses em que a propositura de ações individuais poderia criar risco de decisões contraditórias ou prejudicar os interesses de outros membros do grupo. Nesse caso, a ação de classe serve para proteger o demandado, de sofrer diversas condenações com obrigações diversas, ou os membros da classe, de verem esvaziados os cofres do réu apenas por aqueles que individualmente obtiveram sentenças favoráveis; (b) para casos em que alguém age ou deixa de agir de maneira inadequada em relação à classe, fazendo nascer uma pretensão cuja natureza pode ser de fazer ou não fazer, não se prestando esse tipo de ação coletiva para postular indenização; (c) chamadas de *class action for damages*, utilizada nas situações em que há questão de fato ou de direito comum a todos os membros, que predominem sobre as questões individuais, e a ação coletiva seja a mais adequada para um julgamento justo e eficiente da controvérsia.

Nesta última modalidade, há a necessidade de se dar ciência individual a todos os membros da classe, pois a decisão coletiva afetará a todos, salvo aqueles que expressamente tenha solicitado sua exclusão (direito *opt out*). O membro que não exercer esse direito no prazo previsto na notificação será considerado parte do grupo e se vinculará à coisa julgada. Já nas *class actions*

dos tipos *a* e *b*, segundo a interpretação dominante, não há obrigatoriedade de qualquer notificação aos membros ausentes (GIDI, 2007, p. 231), embora em alguns casos possa ser recomendável, promovendo-se a notificação pessoal quando não existirem muitos membros do grupo ou por amostragem quando for um número elevado. A notificação serve para informar aos membros da classe sobre direitos e riscos, permitindo-lhes contribuir com provas e informações de que disponham, ou exercer o direito de auto-exclusão, nas hipóteses previstas, se não quiserem ser atingidos pela coisa julgada. Importa salientar que o direito *opt out* não é conferido nas duas primeiras modalidades de ação de classe, cujo sistema adotou a técnica da “presença compulsória”. Percebe-se que a *class action for damages* muito se aproxima da ACP para defesa de direitos individuais homogêneos, com a diferença que no Brasil a notificação é realizada pela imprensa oficial, e os efeitos negativos da decisão, em regra, não alcançarão aqueles que não participaram do processo.

Não obstante essa norma tenha influenciado sensivelmente na elaboração da Lei da ação civil pública, a lei brasileira divergiu da norte-americana em alguns pontos. Uma questão comum, entretanto, entre elas é que do mesmo modo que a ação civil pública, a ação de classe pode servir tanto para a defesa de interesses individuais homogêneos, quanto daqueles propriamente coletivos (...) sendo possível sua utilização, por exemplo, para defesa dos consumidores lesados individualmente, como também para garantir o acesso de crianças negras a uma determinada escola pública (SALLES, 2014, p. 248). É comum a utilização da ação de classe tipo *a* com objetivo de invalidar tributo ou para compelir empresa de plano de saúde a praticar ou deixar de praticar alguma conduta. A modalidade *b* é manejada, por exemplo, para evitar discriminações em escolas e hospitais, ou ainda para tutelar coletivamente direitos dos trabalhadores. E, por sua vez, as *class actions for damages* podem ser ajuizadas para indenizar danos sofridos à saúde, como transmissão de AIDS em transfusão de sangue ou falha no dispositivo intra-uterino – DIU.

Contudo, as *class actions* diferem da ação civil pública ao permitirem que um indivíduo, pessoa física, ajuíze a ação coletiva em nome do grupo ou classe representado(a), não importando a modalidade da ação de classe. Tendo em vista que, via de regra, o representante também será um membro do grupo, essa é uma das principais características da tutela coletiva norte-americana. Os

Estados Unidos talvez sejam o modelo mais consagrado e considerado como mais bem-sucedido de atuação do indivíduo nas ações coletivas (MENDES; SILVA, 2014, p. 34). O sistema de legitimidade ativa é eminentemente privado, pautado pela iniciativa individual do interessado, diferentemente daquele adotado pela ACP, que é misto ou pluralista. Não obstante tal fato, nas ações de classe, em determinadas situações, admite-se a propositura da ação por organizações, por agências e pelo Ministério Público (SALLES, 2014, p. 244), desde que seja reconhecida sua condição de representantes da entidade ou que haja expressa previsão legal autorizando as entidades estatais. Aos Estados têm sido reconhecidos legitimidade e interesse para propor, de modo limitado, algumas ações coletivas em defesa dos interesses de sua comunidade (GIDI, 2007, p. 125).

A Regra 23 aponta quais são os pré-requisito gerais de cabimento de uma ação de classe, seja ela de qual tipo for. São eles:

- (1) *Número de pessoas envolvidas*: a classe tem que ser numerosa, tornando impraticável a reunião de todos num só processo;
- (2) *Questões comuns*: a existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe;
- (3) *Teses jurídicas típicas*: os argumentos dos representantes devem corresponder aos interesses de toda classe;
- (4) *Representatividade adequada*: os representantes deverão proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe.

Preenchidos os requisitos, haverá a certificação pelo juiz que aquela se trata de fato de uma demanda coletiva.

Note-se que a representação adequada ocupa posição central no manejo das *class actions* (ARAÚJO, 2013, p. 184), pois se inclui entre os pressupostos de admissibilidade da ação coletiva. O raciocínio do mencionado sistema é relativamente simples: se os membros da coletividade serão atingidos pelo provimento judicial, é imperativo que o autor da ação coletiva demonstre concretamente que atuará como representante do grupo da melhor forma possível, especialmente por possuir uma prévia relação de confiança com eles. Nas *class actions*, considera-se que os membros do grupo sejam ouvidos e estejam presentes em juízo através da figura do representante, que funciona como uma espécie de “porta-voz” dos interesses do grupo (GIDI, 2007, p. 100).

Os pressupostos determinantes trazidos pela doutrina para se verificar a existência ou não da representação adequada, pois a legislação é omissa no ponto, são a inexistência de conflito de interesses entre o representante e os representados e a vigorosa tutela dos interesses dos membros do grupo representado pelo representante e por seu advogado. Vejamos as lições de Rodrigo Mendes de Araújo:

É de se ter em conta que o preenchimento do pré-requisito da representação adequada fica condicionado, basicamente, à observância de dois elementos: (i) a inexistência de conflitos ou antagonismo entre os interesses do representante e da classe, bem como entre os interesses do advogado e da classe, e (ii) a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes pelo representante e pelo advogado da classe (ARAÚJO, 2013, p. 190-191).

Para que um conflito de interesses entre o representante e o grupo afetem a representação adequada ele deve ser atual e significativo, na medida em que conflitos irrelevantes ou hipotéticos não obstarão o preenchimento desse requisito. Na verdade, não há sequer necessidade de um consenso a respeito da conveniência da propositura da ação, da forma como será conduzida etc. (ARAÚJO, 2013, p. 192), de modo que pequenas divergências são naturais quando está em jogo a opinião de várias pessoas. Caso haja um relevante conflito de interesses estará afetado o requisito da tipicidade, na medida em que a pretensão do representante não será típica do grupo (ou de parte dele) (ARAÚJO, 2013, p. 192). No que tange à necessidade da vigorosa tutela dos interesses do grupo representado, deve o representante ser independente em relação à parte adversa, conhecedor dos fatos e das teses que serão debatidas e estar ciente da responsabilidade em defender direitos alheios.

No sistema norte-americano das *class actions*, o controle da representação adequada é efetuado casuisticamente pelo juiz, naquilo que se convencionou chamar de “sistema *ope judicis*”. Ou seja, em cada processo, individualmente, o julgador competente deve averiguar o preenchimento dos requisitos da ação de classe, principalmente se o representante do grupo atende ao pressuposto da representação adequada. A avaliação da condição de certo autor para representar o interesse de todo o grupo é feita pelo magistrado, caso a caso, conforme expressem efetivamente os interesses da categoria e sejam dignos de agir em nome dela em juízo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO,

2015, p. 415-416). Para tanto, deve atentar para a inexistência de conflitos de interesse e para a vigorosa tutela dos interessados como acima referido, averiguando se o representante e o advogado possuem a necessária expertise, capacidade e interesse em jogo para representar a classe (ARAÚJO, 2013, p. 189).

Os poderes do órgão jurisdicional nesse particular são acentuados. Na análise dos pré-requisitos de cabimento das *class actions*, especialmente a representação adequada que importa a esse trabalho, o juiz possui ampla discricionariedade, visto que a Regra 23 não a define objetivamente (ALMEIDA, 2003, p. 127). A importância desse controle judicial ganha relevo na medida em que o legitimado ativo (representante) atua independentemente de autorização dos representados. A análise da representação adequada, embora deva ser realizada, num primeiro momento, na fase de certificação do processo coletivo, é tema que não preclui, podendo ser efetuada de ofício pelo juiz novamente a qualquer tempo, frente à sua importância para concretização do *princípio do devido processo legal*.

Mas a consequência de reconhecer a inadequada representação não será, necessariamente, a extinção do processo (DIDER JR; ZANETI JR, 2017, p. 206), podendo a ação seguir como forma de tutela individual ou ser assumida por um outro legitimado coletivo, a exemplo do Ministério Público. Luís Roberto Barroso adverte sobre essa possibilidade.

No tocante à legitimidade ativa ou representatividade adequada, caberá ao juiz da causa, tão logo seja possível após o início da ação, determinar se a classe deve ser mantida, isto é, se o processo deve perseguir como *class action*. Este momento processual decisivo é denominado certificação da classe (*class certification*). Se o juiz negar a certificação, não haverá ação de classe, embora seja possível a continuação do processo apenas pelos “representantes”, mas já então a título individual (BARROSO, 2014, p. 227).

É possível, ainda, que o juiz autorize *ex officio* a produção de provas que entenda pertinentes, inclusive participando da prova técnica, formulando quesitos a serem respondidos pelo vistor (...) para que a prestação jurisdicional seja efetiva, adequada e justa (CALDO, 2014, p. 881). Antônio Gidi (2007, p. 128) vai mais além ao afirmar que, a depender das particularidades do caso, inúmeras possibilidades se abrem ao juiz se o representante ou seu advogado se mostrarem inadequados: a) redefinir o grupo, restringindo-o aos membros

adequadamente representados; b) notificar o grupo e convidar à intervenção outros membros para que auxiliem ou substituam o representante, ou informem ao juiz se o consideram adequado; c) convidar outros advogados para substituir ou auxiliar o advogado do grupo; d) dividir o grupo em subgrupos, eventualmente nomeando outros membros e advogados para representá-los; e) negar a certificação coletiva do grupo por falta de representação adequada e prosseguir como demanda individual.

Ao contrário do direito brasileiro, o efeito vinculante da sentença coletiva em face das pretensões individuais dos membros do grupo independe do resultado da demanda ou da suficiência do material probatório disponível ao grupo (GIDI, 2007, p. 272). Tendo em vista que a coisa julgada nas *class actions* atinge toda a coletividade, salvo nos casos em que permitido o exercício do direito *opt out*, houve por parte da doutrina um questionamento acerca de eventual violação ao *princípio do devido processo legal*. Contudo, como a orientação é de que o órgão jurisdicional deve ser rigoroso ao proceder à verificação dos pressupostos de admissibilidade das *class actions*, ficou pacificado que não há violação ao mencionado princípio (CRUZ E TUCCI, 1990, p. 23/24), justificando-se o modelo de controle da representação adequada adotado pelos EUA.

Na verdade, não há novidade em uma pessoa ser atingida por coisa julgada de processo que foi dirigido por seu representante. O que há de distinto nas *class actions* é que o representante se investe nessa qualidade por conta própria, sem a autorização, e muitas vezes sem o conhecimento, dos representados (GIDI, 2007, p. 272). Entendemos que o sistema brasileiro da ACP sobre o alcance dos efeitos da coisa julgada é mais justo que o norte-americano, pois embora a pretensão coletiva seja denegada, em regra permanece intacta a pretensão individual de cada membro do grupo. Todavia, acreditamos viável a importação de alguns aspectos das *class actions* para dentro da LACP, como medida de evolução desse instrumento processual coletivo, cuja importância restou largamente demonstrada durante o trabalho.

#### 5.4 A LEGITIMIDADE ATIVA DO CIDADÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Não se pode negar que desde sua edição a Lei da ação civil pública evoluiu significativamente, seja em relação ao seu objeto, ou a seus legitimados ativos. Ao menos na área do direito processual coletivo, nós somos o ponto de referência para a doutrina e o legislador europeus (GIDI, 2007, p. 133). Contudo, em nosso entender, o modelo brasileiro não está imune a falhas, havendo espaço para outras progressões.

Um primeiro apontamento que pode ser feito é em relação à adoção do sistema *ope legis*, que, na prática, não impede que um legitimado ativo previsto em lei seja, de fato, um representante inadequado. A importância da representação adequada refere-se não só às garantias constitucionais do processo, para “legitimar” o provimento judicial com eficácia ampla, mas para impedir o desvirtuamento da demanda coletiva (LEONEL, 2017, p. 172). Por mais clara que seja a incompetência ou negligência do representante do grupo durante o processo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos interesses do grupo (GIDI, 2007, p. 129). Por esse sistema não se consegue impedir, por exemplo, que determinado legitimado ativo conduza de forma inadequada a demanda coletiva e prejudique o direito dos representados.

O fato é que problemas práticos têm vindo à tona com o manejo de ações coletivas por associações sem o mínimo de credibilidade, seriedade, conhecimento técnico-científico, capacidade econômica ou mesmo representatividade, muito embora sejam capazes de cumprir os requisitos legais para o ajuizamento da ação (ROQUE, 2013, p. 561). Existem casos em que o Ministério Público, principal operador das ações civis públicas, tomado pelo excesso de zelo, litiga em juízo como pseudodefensor de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido formulado (ROQUE, 2013, p. 561). A representação adequada adotada pela nossa legislação muitas vezes é mais aparente do que real. Um membro do Ministério Público pode, imagine-se, ajuizar uma demanda coletiva buscando determinado direito em prol de uma coletividade sem nunca sequer a ter consultado acerca

da questão para que se manifestasse sobre o que seria mais benéfico postular. Vejamos as lições de Sérgio Cruz Arenhart sobre o debate:

Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de tê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e, em consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer – *sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente* – aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige (ARENHART, 2017, p. 477-478).

Percebe-se, portanto, que o critério fechado de legitimidade tem se mostrado insuficiente para garantir o desenvolvimento sadio do processo coletivo e impedir a utilização patológica desse importante instrumento processual (CALDO, 2014, p. 881). Não obstante essas constatações, há quem entenda que nosso sistema não deveria mesmo ter se preocupado com a representação adequada, pois a coisa julgada coletiva só alcança os demais interessados para beneficiá-los (coisa julgada *in utilibus*) (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 48). Em se tratando de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, por exemplo, é viável, inclusive, a repositura da mesma ação coletiva com base em prova nova. Entende Eduardo Cândia que, mesmo que não seja o ideal, a regra atende suficientemente o devido processo legal, pois não há garantia de que o exame em concreto da representação adequada será realizado de melhor maneira (2011, p. 441).

Para Antônio Gidi, esse argumento não é tecnicamente correto, pois a sentença de improcedência na ação coletiva, se for dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada e impede a propositura da mesma ação coletiva (2007, p. 130). Não se desconhece que a pretensão individual dos membros do grupo ou classe, em regra, não será afetada, permanecendo cabível o ajuizamento de ações individuais. Todavia, deve-se recordar que há hipóteses, especialmente relacionadas aos direitos individuais homogêneos, em que o interesse individual estará afetado pela coisa julgada coletiva, quando o interessado optar por atuar como litisconsorte do legitimado coletivo, ainda que o faça de modo meramente formal. Ainda, é possível que a pretensão individual envolva acanhada quantia financeira, de forma que não haverá estímulo para ajuizamento de ação individual, restando a tutela coletiva como única alternativa para que os membros do grupo vejam satisfeitos seus direitos e para que o réu

seja punido por sua conduta. Note-se que o regime da coisa julgada atenua em parte os riscos decorrentes da adoção do sistema *ope legis* de controle da representatividade adequada, não impedindo, contudo, que os titulares do direito sofram alguma consequência da condução do processo por representante inadequado.

Na verdade, o “representante adequado” para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 204). No plano da jurisdição coletiva o devido processo legal não pode ser visto com a mesma rigidez e ortodoxia que o processo individual, a começar pelas finalidades de largo espectro social que são perseguidas. A utilidade prática do provimento jurisdicional não aproveita diretamente o autor da ação, mas reverte em prol de uma coletividade, de um segmento social (MANCUSO, 2007, p. 282). Para Owen Fiss, consoante o direito de representação, advindo do devido processo legal coletivo, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial, a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo (2004, p. 215). Nesse contexto, entende Rodrigo Mendes de Araújo que o princípio do devido processo legal coletivo não está sendo atingido em sua plenitude, o que tornaria imperioso o controle judicial da representação adequada nas ações coletivas brasileiras (2013, p. 211).

Existe posição minoritária apoiando a possibilidade de controle judicial da representatividade adequada no Brasil, ainda que a legislação assim não preveja expressamente. Para Antônio Gidi (2007, p. 134), o juiz brasileiro *não só pode*, como *tem o dever* de avaliar a adequada representação dos interesses dos grupos em juízo, com base no devido processo legal. Caso constate a inadequada representação deve dar oportunidade para que o demandante seja substituído por outro, adequado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Para o autor, na hipótese de o juiz inadvertidamente julgar o mérito da causa, a sentença coletiva não haverá de fazer coisa julgada material, permitindo ajuizamento de nova ação coletiva.

Embora a jurisprudência pátria pareça estar caminhando nesse sentido quando pondera se determinado legitimado ativo poderia ou não propor ACP a respeito de certos objetos, como, por exemplo, nos casos das associações, entendemos que se deve ter cautela com os institutos jurídicos em debate.

Quando um juiz brasileiro analisa se uma associação protetora dos aposentados pode ajuizar uma demanda coletiva contra a Previdência Social, há uma verificação da pertinência temática, ligada ao interesse processual, e não de sua representação adequada. O máximo que se pode concluir, à guisa de comparação com as *class actions*, é que a pertinência temática seria um dos elementos a serem analisados para fins de controle da representação adequada, não cabendo tratá-las como expressões sinônimas.

Concordamos com a corrente majoritária, para qual não pode haver em nosso sistema o controle judicial da representatividade adequada, na medida em que se trata de incumbência a cargo do poder Legislativo. Para Cassio Scarpinella Bueno, o sistema adotado pelo legislador pátrio não é o *ope judicis* e, por isso, somente uma mudança legislativa permitiria sua adoção (1996, p. 131). No mesmo passo, Eduardo Cândia afirma que, como não há regra prevendo expressamente o controle judicial em concreto da representação adequada do legitimado ativo, qualquer agir nesse sentido, sem prévia lei que assim preveja, seria um atuar do Judiciário como legislador positivo (2011, p. 441).

Outro aspecto passível de apontamento acerca da LACP é a ausência de legitimidade ativa da pessoa física para o manejo dessa ação coletiva. A realidade conhecida no Brasil é que a legislação traz previsão expressa sobre a legitimidade do indivíduo para o ajuizamento da ação popular, mas não o inclui no rol de legitimados para o ajuizamento da ação civil pública (MENDES; SILVA, 2014, p. 35), que possui objeto muito mais vasto que aquela.

Entendemos que a legislação brasileira, neste particular, andou na contramão da segunda onda renovatória de acesso à justiça de Cappelletti, que propunha a abertura legislativa para permitir que indivíduos atuassem na representação de interesses coletivos. O legislador brasileiro conferiu legitimidade a apenas determinados entes, fazendo uma nítida opção pela seletividade em detrimento do acesso irrestrito à justiça (ARAÚJO, 2013, p. 204).

Para Luís Roberto Barroso (2014, p. 220), nosso sistema adotou essa restrição acertadamente, visando impedir desvios que poderiam advir da legitimação individual. Sustenta o autor que a ação popular, que possui o cidadão como legitimado ativo, muitas vezes é utilizada como instrumento de pressão política e até de vingança pessoal, o que também poderia ser o destino

da ação civil pública se aberta a possibilidade de seu ajuizamento por pessoas físicas.

Nessa mesma toada, Aluísio Mendes e Larissa Silva afirmam que outra problemática na legitimidade ativa do cidadão haveria de ser a falta de incentivo aos bons advogados para patrocinar litígios que envolvessem baixos valores, restando a maioria das demandas nas mãos de causídicos despreparados (2013, p. 37). Aduz Eurico Ferraresi que o brasileiro não está preparado para utilizar judicialmente as ações coletivas e, caso houvesse tal possibilidade, poderia ocasionar uma explosão de demandas sem relevância, o que retiraria força e credibilidade desse instrumento (2009, p. 137).

Não concordamos com as críticas supramencionadas. A utilização da ACP por pessoa física como instrumento de pressão política ou vingança pessoal seria evitada com a adoção do modelo *ope judicis* de controle da representatividade adequada, não cabendo a qualquer cidadão o temerário manejo desse instrumento coletivo. Não se pode olvidar que o Ministério Público, quando não for o autor da ação, intervirá como *custos legis* podendo controlar a atuação do autor da demanda. Hoje, na ação popular, não existe essa fiscalização pelo poder Judiciário, bastando que o proponente da demanda demonstre estar em dia com as obrigações eleitorais, o que, em certa medida, pode justificar a utilização desviada do mecanismo processual. Além disso, as demais críticas não passam de meras suposições, especialmente porque a qualidade de um advogado não se mede apenas pelo valor financeiro da causa. Um advogado que patrocina interesses na tutela coletiva, muito além de uma boa remuneração na causa, adquire grande prestígio social (MENDES; SILVA, 2013, p. 39). Nesse contexto, novamente entendemos que um rigoroso controle judicial de representatividade adequada atenuaria a “explosão” de demandas sem relevância, havendo, ainda, outros instrumentos jurídicos para coibir ações temerárias como a fixação de multa por eventual litigância de má-fé.

Embora Cappelletti na década de 1970 não tenha mostrado entusiasmo na legitimidade ativa das pessoas físicas para ações coletivas por entender que não ostentavam capacidade para tanto, hoje o momento histórico é completamente diferente, inclusive daquele contexto da edição da LACP da década de 1980. O constitucionalismo social, agregado às características do neoconstitucionalismo e ao fortalecimento do direito ao acesso à justiça, permite

enxergar uma nova figura do cidadão, com expressa previsão na carta magna, que deixou de ser aquele mero eleitor que se manifesta nas urnas a cada período de tempo. As instituições foram devidamente fortalecidas e hoje voltamos nosso olhar a esse novo cidadão, que deve participar da administração da coisa pública e ter a opção de proteger os novos direitos transindividuais não apenas indiretamente por entidades predispostas na lei.

Em tempos de crise das fórmulas organizacionais da modernidade, a própria ideia de democracia, atrelada a ela a de cidadania, precisa ser contextualizada (...) fazendo com que a noção de cidadania seja revisitada não só em seu conteúdo, mas também em seu espaço de expressão (STRECK; MORAIS, 2019, p. 134). Atualmente é possível afirmar a existência de uma democracia e de uma cidadania multifacetadas, que evoluem conforme as alterações das sociedades. A questão da democracia e da cidadania há muito ultrapassou seu viés político e ingressou em outros setores como o social e nas relações jurídicas e jurisdicionais – embora nesse último com maior defasagem (STRECK; MORAIS, 2019, p. 135). Pode-se dizer que a democracia participativa significa a expansão do poder público ascendente, que ultrapassará as fronteiras do estritamente político (no qual o indivíduo é apenas figurante como cidadão) para alcançar as relações sociais (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 93).

A antiga máxima de que o eleito representa o povo e pode impor seu estilo de gestão porque foi alçado ao cargo pelo voto da maioria cede vez à ideia de legitimação do poder. A cidadania também é exercida pelo controle social das decisões políticas. Vale dizer, exige-se obediência ao procedimento participativo efetivo (na formação e decisão das políticas), mas também se controla a regularidade e o conteúdo desta decisão que deverá atender a ordem jurídica e contemplar o interesse público (ALONSO JR., 2006, p. 234-235). Nesses termos, é essencial à democracia participativa institucionalizar controles, pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 93). Para tanto, a própria constituição põe à disposição do cidadão ferramentas para realizar esse controle, seja na via administrativa ou na judicial, através, por exemplo, do manejo da ACP. Nesta esfera, a democracia participativa é jurisdicional (instrumento jurídico) (ALONSO JR., 2006, p. 234-235).

A intervenção popular nas políticas públicas através da ACP, nos moldes em que prevê a legislação hoje, ocorre de forma indireta, razão pela qual acreditamos que se pode evoluir para uma participação direta ao permitir sua utilização pelos cidadãos. O fato de o Ministério Público concentrar quase 90% da iniciativa das ACPs demonstra a fragilidade da democracia participativa no Brasil (ALMEIDA, 2003 p. 590). Assim, uma alteração nesse cenário revelaria o crescimento da legislação brasileira, que iria impor às pessoas físicas a necessária responsabilidade na persecução de seus direitos e iria fazer das ações coletivas um instrumento mais eficaz de participação popular (...) (FORNACIARI, 2010, p. 88). Nesse caminho, vale afirmar que

Em uma visão constitucional do processo civil, não faria sentido deixar um direito ficar exposto a uma lesão reiteradamente ou que uma ameaça de lesão a direito se transforme em uma lesão efetiva a direito. Basta que não haja uma associação no local do dano, que o cargo da Promotoria ou da Defensoria estejam vagos ou simplesmente que a região do dano seja afastada da atuação dos legitimados para que tenham ciência da lesão ou da ameaça a lesão a direitos, que não haverá ação coletiva ajuizada (MENDES; SILVA, 2013, p. 39).

Fábio Comparato é categórico ao concluir que a ação civil pública, destinada à proteção dos interesses difusos, deveria ter também como titular a pessoa natural domiciliada no Brasil, ainda que estrangeira (1993). A mera inclusão do cidadão como colegitimado para ações coletivas poderia funcionar como incentivo a uma maior participação do cidadão, sem colocar em risco as conquistas obtidas até o momento (NEVES, 2016, p. 191-192).

Por tudo que foi dito, propomos uma alteração pontual na Lei da ação civil pública, fazendo constar a pessoa física (qualquer cidadão) como legitimado ativo, com a necessidade de comprovação da representação adequada, nos seguintes termos:

O art. 5º da Lei n. 7.347 de 24, de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 5º .....

VI - qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos difusos ou membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos, desde que reconhecida, em qualquer caso, sua representatividade adequada pelo juiz.

.....

§ 7º - Na análise da representatividade adequada a que se refere o inciso VI, que pode ser efetuada a qualquer tempo, o juiz verificará dados como:

- a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
- b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c) sua conduta em outros processos coletivos;
- d) inexistência de conflito de interesses entre o legitimado e os direitos ou membros do grupo, categoria ou classe envolvidos.

§ 8º - Em caso de inexistência inicial ou superveniente da representatividade adequada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Na verdade, o que se propõe, guardadas as particularidades dos sistemas jurídicos, é a importação de alguns preceitos das *class actions* norte-americanas, mormente a permissão do cidadão ajuizar a ACP e a adoção, nesse caso, do sistema *ope judicis* de controle da representatividade adequada. Ressalta-se que a viabilidade dessas alternativas não encontra obstáculo no fato de o paradigma em exame filiar-se à família da *common law*. Embora atuando sobre bases históricas e operacionais diversas, sua estrutura e função jurisdicional dentro do processo são fundamentalmente as mesmas nos dois contextos estudados (SALLES, 2014, p. 242). O movimento neoconstitucional, como estudado no item 2.2 desse trabalho, incentiva a adoção pelos dos sistemas jurídicos da *civil law* de conceitos originados da *common law*.

Em que pese muito da nossa evolução constitucional e processual tenha derivado do neoconstitucionalismo, e que tal fenômeno não tenha sido objeto de estudo nos EUA, acreditamos que o modelo norte-americano pode contribuir para nosso desenvolvimento processual, inclusive para fins de efetivação dos direitos sociais através da tutela coletiva. Como visto, as *class actions* podem ser utilizadas para proteger diversos setores, até mesmo os direitos sociais como a educação e a saúde, motivo pelo qual não é desarrazoado introduzir alguns de seus aspectos positivos ao ordenamento jurídico brasileiro.

Não atribuir legitimidade ao indivíduo é denegar seu acesso à Justiça (MENDES; SILVA, 2013, p. 41). Isso porque o *acesso à justiça* não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou a possibilidade de ingresso em juízo (...) para que haja efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar (...) (CINTRA; GRINOVER;

DINAMARCO, 2013, p. 42). Vale aqui lembrar que o acesso à justiça para alguns (vide Ana Paula de Barcellos) é parte integrante do mínimo existencial, não podendo o Estado agir aquém desse limite. Um estado social deve promover os direitos sociais, podendo fazê-lo por prestações materiais ou jurídicas. A concretização do acesso material à justiça é medida jurídica de apoio a tais direitos fundamentais, abrindo mais um espaço, no caso de tutela coletiva para efetivação de políticas públicas, para participação cidadã na condução da coisa pública. Assim, adotar

um sistema jurídico misto, admissível de legitimidade ativa de entes coletivos, privados e públicos, e de indivíduos, parece mais adequado e congruente com a Constituição e os instrumentos internacionais asseguradores do acesso à Justiça. A concorrência de partes legítimas é salutar e supre a deficiência de todos os legitimados decorrentes do excesso de atribuição, ineficiência técnica e de pessoal, negligência, fraude e desinteresse. Assegura proteção de interesses metaindividuais fragmentados e ocultos. É ideia compatibilizada com o regime democrático nas vias de participação e ingresso no Poder Judiciário (FONSECA: BEZERRA LEITE, 2013, p. 360).

Diferentemente da ação popular cujo cidadão titular da demanda é aquele que comprove a condição de eleitor, o cidadão apto ao ajuizamento da ACP seria qualquer pessoa física que possua capacidade processual nos termos da lei, adotando-se um conceito mais amplo de cidadania que o puramente eleitoral. Não é demais lembrar que a LACP já foi alterada em 2007 para incluir a Defensoria Pública como legitimada ativa e que, atualmente, adotamos um modelo misto de legitimação ao também permitir que uma entidade privada a maneje, na figura das associações, não havendo maiores novidades nesse ponto.

O que se pretende não é afirmar que o indivíduo deve atuar ou deve ser o único legitimado, mas sim que a legitimidade deve ser ampla para a tutela coletiva (MENDES; SILVA, 2013, p. 41). Propõe-se um acréscimo ao rol de legitimados, sem alterar a lei para suprimir qualquer conquista alcançada ao longo de seus mais de 30 anos de existência. A intenção é fortalecer nosso processo coletivo, especialmente a ACP, que é o instrumento por excelência para materialização dos direitos fundamentais sociais. Não há nenhum prejuízo aos direitos coletivos ao permitir-se que sejam tutelados pela pessoa física que comprove ter os requisitos necessários para tanto (FORNACIARI, 2010, p. 92).

O maior entrave em conferir legitimidade ativa à pessoa física não está na sua previsão em si, mas em conseguir fiscalizar se ela estaria propondo uma demanda coletiva com interesses meramente pessoais ou egocêntricos, ou se é uma pessoa séria, idônea e com propósito coletivo. Essa é a principal novidade na alteração legislativa que propomos, pois caberá ao juiz, em cada caso concreto, aferir a representatividade adequada do legitimado pessoa física. Não se está a cogitar uma abertura total para o sistema *ope judicis*, o que também pode ser objeto de estudo específico em outra oportunidade, mas tão somente em relação às pessoas físicas. Nosso sistema de controle da representação adequada passaria a ser misto, ora *ope legis*, ora *ope judicis*, a depender de quem ajuizou a ação. No caso dos legitimados previstos nos incisos I a V do art. 5º da LACP, o controle de representatividade adequada foi feito pelo Congresso Nacional (*ope legis*), competindo ao magistrado, no máximo, analisar a pertinência temática do autor em relação ao objeto, ao passo que o novo legitimado do inciso VI deverá comprovar que é um representante adequado para o juiz casuisticamente (*ope judicis*), sob pena de ser considerado um ilegitimado ativo.

Conquanto a legitimidade da pessoa física para ACP deva ser mais ampla que na ação popular, percebe-se que a proposta não é autorizar que qualquer cidadão aventureiro se lance aos protocolos do fórum ajuizando ações coletivas em nome da sociedade. O filtro da representação adequada há de ser criterioso pelo juiz. Nessa toada, Eurico Ferrasesi comenta que

Os critérios são rígidos para a admissibilidade do pleito. O juiz aferirá se a pessoa física, ao defender o meio ambiente, por exemplo, apresenta credibilidade, capacidade e experiência nesse tipo de embate. Também será observado o histórico do autor na proteção judicial ou extrajudicial dos direitos supra-individuais, bem como sua conduta em outros casos (2009, p. 263).

Imagine-se, por exemplo, que uma pessoa seja portadora de uma determinada doença, e que há anos venha atuando numa campanha social junto à população e ao poder público acerca dos efeitos benéficos de uma medicação para tal enfermidade, proferindo palestras, acompanhando estudos e pesquisas sobre o tema. Acreditamos, ainda que hipoteticamente, que esse cidadão possua representatividade adequada para propor uma ACP postulando uma condenação judicial que determine ao Estado a aquisição e disponibilização

desse fármaco a quem for portador da mesma moléstia. Por outro lado, mesma sorte não haveria em relação a um estudante de engenharia da computação que tome conhecimento da situação dessas pessoas enfermas e, compadecido com elas, proponha uma ACP face ao poder público para fornecimento de medicação. Nesse caso, acreditamos que não estaria comprovada a necessária representatividade adequada.

Note-se que a análise da representação adequada é impregnada de uma carga valorativa a ser desenvolvida pelo magistrado, o que lhe permite ponderar, por exemplo, o quanto de experiência uma pessoa precisa para representar uma coletividade numa ação que terá um alcance reduzido ou noutra de nível nacional. Mas não se deve apurar esse dado sob uma perspectiva apenas quantitativa. Imprescindível, também, que se faça um exame qualitativo, de modo a analisar se aquele determinado legitimado não agiu de modo negligente em litígios anteriores (ARAÚJO, 2013, p. 240).

É salutar, forte no neoprocessualismo, que o juiz permita ao cidadão titular da ACP a produção de provas caso não tenha se convencido da sua representatividade adequada com a documentação apresentada junto à petição inicial. Deve haver uma cooperação entre juiz e autor, principalmente porque se trata de processo coletivo, onde a atuação do judiciário deve ser flexível conforme trabalhado anteriormente. Essa nova tarefa cognitiva imputada ao juiz torna, evidentemente, o processo coletivo um tanto quanto mais burocrático que as ações individuais, na medida em que o magistrado terá que fiscalizar as condições do autor da ação desde seu início e durante todo o trâmite processual. Ainda que se reconheça uma pessoa física como representante adequada no início da ação, sua conduta no decorrer do processo pode demonstrar o contrário, ensejando uma nova decisão judicial reconhecendo-lhe como um representante inadequado. Nessa linha, sustenta Rodrigo Mendes de Araújo:

Como se sabe, os juízes tomam conhecimento propriamente dito das ações individuais na fase de saneamento, salvo quando há pedido de antecipação de tutela, ocasião em que o magistrado, ainda que superficialmente e de modo precário, analisa a pretensão do autor. Essa postura deve mudar nas ações coletivas, pois com a adesão cada vez maior à tese do controle judicial da representação adequada, os magistrados terão que se debruçar na análise das características pessoais dos legitimados, tais como sua credibilidade, experiência em litígios anteriores, capacidade financeira, ausência de conflito de interesses, entre outros (2013, p. 239).

Não há dúvidas que o poder Judiciário estaria preparado para essa função, especialmente porque houve alteração nas suas atribuições institucionais, deixando, como visto, de ser mero “boca da lei” para influenciar, inclusive, sobre políticas públicas. Magistrados que, em tese, estão preparados para atuar em processos de interesse público, proferindo sentenças estruturais e promovendo execuções negociadas, não teriam maiores dificuldades em avaliar se uma pessoa física possui representatividade adequada para uma ação coletiva. Some-se a isso, a necessária intervenção do Ministério Público como *custos legis* na ACP, que pode contribuir com o poder Judiciário nessa empreitada. Conclui-se, portanto, que os poderes instrutórios dos magistrados e a obrigatoriedade de participação ativa do Ministério Público como fiscal da lei, são suficientes para que a legitimação da pessoa física exista no nosso ordenamento, sem que se atinjam os males afirmados pelos contrários à ideia (FORNACIARI, 2010, p. 92).

Caso o magistrado, após permitir a dilação probatória se for o caso, entender que aquele cidadão não é um representante adequado, deverá intimar o Ministério Público, ou outro colegitimado, para que dê prosseguimento ao feito, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito. Aqui, entendemos que o juiz possui uma certa margem de liberdade, principalmente porque é o destinatário da prova, podendo, por exemplo, caso reconheça a ilegitimidade do cidadão em fase avançada do processo, reabrir a instrução processual, permitindo ao novo legitimado ativo a manifestação e produção de novas provas.

Apesar de não ostentar maior relevância prática, vale destacar que com a alteração legislativa proposta, na hipótese da ACP tratar de direitos coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, haverá legitimação *ordinária* e *concorrente*, em que o demandante busca a tutela de interesse próprio e dos demais componentes da categoria de que faz parte, independentemente de autorização para agir ou de consenso da classe (CALDO, 2014, p. 876). Entendemos que o regime da coisa julgada não sofreria consequências, mantendo-se os efeitos estudados a depender da espécie do direito em debate. Se houve um rígido controle da representatividade adequada do cidadão, concordando o juiz com a legitimidade ativa no caso concreto, estará respeitado o *princípio do devido processo legal*, não havendo óbice, respeitadas opiniões

contrárias, ao alcance dos efeitos da coisa julgada a quem não foi parte no processo.

A proposta aqui aventada não é uma novidade no cenário jurídico nacional. A intenção de se adotar o sistema *ope judicis* de controle da representatividade adequada, por exemplo, existe desde os debates originais da LACP, estando previsto no projeto de lei “Bierrembach” que fora vencido pelo projeto de lei encampado pelo Ministério Público de São Paulo como já destacado. Posteriormente, diversos anteprojetos de Códigos de Processo Coletivo foram criados por juristas e entidades de renome, e dentre os principais, todos pretendiam conferir legitimidade ativa à pessoa física para tutela coletiva e a adoção do controle judicial da representatividade adequada. Pode-se destacar os anteprojetos elaborados pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP em conjunto com a Universidade de São Paulo - USP, pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ em conjunto com a Universidade Estácio de Sá – UNESA e, ainda, o modelo proposto por Antônio Gidi.

A dificuldade de tais anteprojetos é que eles buscavam a edição de um Código de Processo Coletivo, tratando por completo da temática, o que, embora salutar, encontraria forte resistência no Congresso Nacional. Projetos de lei de novos códigos costumam demorar anos para tramitar, às vezes até mesmo décadas, como o correu com o Código Civil de 2002. Salienta-se a existência do Projeto de Lei n. 5.139/09, de autoria do Poder Executivo, em trâmite na Câmara dos Deputados, que pretende instituir um novo regramento para a ação civil pública, mas que pouco avança em relação à atual lei, e em nenhum momento refere acerca da legitimidade ativa da pessoa física ou do controle judicial da representatividade adequada. Nenhuma das 11 (onze) emendas parlamentares apresentadas ao projeto tratou do tema. Referido projeto de lei foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ da Câmara dos Deputados, sendo objeto de recurso por parte do Deputado Antônio Carlos Biscaia, que será encaminhado para apreciação do Plenário daquela casa legislativa.

Por tais motivos, entendemos que um projeto de lei específico para uma alteração precisa na Lei da ação civil pública, como acima proposta, pode encontrar, teoricamente, uma vida processual legislativa menos conturbada, e ao fim, gerar um efeito evolutivo da mesma monta para o microsistema

processual coletivo brasileiro do que a fatigante edição de um Código Brasileiro de Processo Coletivo. Como a ampliação do rol dos legitimados ativos da ACP não pode se dar através da jurisprudência, a tarefa de hoje é política, ainda que pensada por juristas-processualistas, responsáveis por teorizar sobre as instituições que compatibilizam as construções jurídicas com a realidade social, econômica e política dos nossos dias (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 96).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, por tudo que se trabalhou, é plausível constatar um significativo avanço do papel do cidadão no constitucionalismo moderno, especialmente a partir dos predicados do Estado Social. Atualmente o indivíduo entendeu sua função frente ao Estado, não aceitando mais ser um mero eleitor passivo, que se manifesta a cada dois anos através de uma urna eletrônica. A pretensão agora é participar ativamente da condução da república, desde o momento da eleição, até durante o cumprimento dos mandatos, fiscalizando os gestores públicos e exigindo a implementação de políticas públicas materializadoras de seus direitos.

Não obstante essa contribuição do cidadão possa ser exercida administrativamente como, por exemplo, através dos conselhos de gestão, audiências públicas e consultas populares, é comum que os gestores ignorem a vontade popular e ajam conforme melhor lhe aprouver, inclusive em desacordo com direitos constitucionalmente previstos e com o interesse público. Nesse cenário, os direitos fundamentais mais comumente atingidos pelas omissões estatais são os direitos sociais, que impõem uma atuação positiva dos governantes e demandam, via de regra, dispêndio de recursos financeiros.

Todavia, apoiado no movimento neoconstitucional, que promoveu uma relevante alteração na dogmática constitucional, nossa carta maior deve estar preparada para essas situações, prevendo instrumentos jurídicos aptos a efetivar suas promessas, para que não haja seu enfraquecimento. O direito ao acesso à justiça e atual fase neoprocessualista fixam a necessidade do direito processual civil se atualizar periodicamente para fazer frente aos novos direitos. Hoje, inclusive, já se fala num processo civil de interesse público, cujas decisões proferidas em seu bojo promovem alterações estruturais nos demais poderes da república, sempre com o fim de concretizar os direitos prometidos pelo constituinte, especialmente os direitos fundamentais.

Para que o poder Judiciário cumpra com presteza seu novo papel de garantidor de direitos fundamentais, é preciso que a legislação processual esteja em sintonia com a evolução constitucional a que nos referimos. Por óbvio que não compete à Constituição traçar ritos processuais, mas tão somente prever mecanismos jurídicos de promoção de suas normas. A função de fortalecer o

direito processual, que deve estar à altura do direito material para desempenhar sua relação circular de interdependência, é do legislador infraconstitucional, que deve estar atento ao direito comparado para importar experiências exitosas.

Considerando que a tutela jurisdicional transindividual, através da ação civil pública, é a ferramenta jurídica adequada para enfrentar violações aos direitos fundamentais sociais, acreditamos ser viável e salutar o aproveitamento da expertise das *class actions* norte-americanas na tutela de direitos coletivos. Muito embora inseridas num sistema jurídico diverso do brasileiro, as ações de classe estadunidenses podem contribuir para o aperfeiçoamento de nosso sistema processual coletivo e, em última análise, para concretização dos direitos fundamentais pela via judicial. O que se propõe não é uma revolução generalizada na tutela coletiva brasileira, mas apenas o aproveitamento de algumas práticas processuais norte-americanas, com acréscimos pontuais na LACP que vão ao encontro da necessária evolução que os ordenamentos jurídicos devem conquistar.

Concluimos que a adoção do sistema *ope legis* de controle da representatividade adequada pela Lei da ação civil pública não está imune a falhas. Ainda que se presuma legalmente, por prévia opção do Congresso Nacional, que aquelas pessoas elencadas no art. 5º da referida lei são representantes adequadas dos titulares dos direitos protegidos por esse instrumento jurídico, a realidade fática permite arrematar que pode haver o manejo desvirtuado dessa ação. Ademais, entendemos que o silêncio legislativo em relação à legitimidade ativa da pessoa física para o ajuizamento da ACP atenta contra o acesso à justiça e inibe o fortalecimento da democracia participativa.

Em nossa proposta, não haveria a supressão de nenhum dispositivo legal na LACP, resguardando as conquistas até aqui alcançadas, mas exclusivamente a incorporação do cidadão (pessoa física) como novo legitimado ativo e, em relação a ele, a inserção do sistema *ope judicis* de controle da representatividade adequada. Abre-se a possibilidade de uma pessoa física, hoje revigorada em relação àquela da época da edição da LACP – principalmente em razão da redemocratização de nosso país -, manejar esse instrumento de tutela coletiva, mas deixa-se à análise casuística do juiz, a partir de pressupostos expressamente previstos em lei, a incumbência de verificar se se trata de um

representante adequado dos titulares do direito em litígio. Passaríamos a adotar um sistema misto de controle da representatividade adequada: ora *ope legis*, feito previamente pelo poder Legislativo, ora *ope judicis*, efetuado em cada caso concreto pelo poder Judiciário, a depender de quem estiver ajuizando a demanda.

Esse avanço proposto na LACP vai ao encontro do acesso à justiça efetiva, consagra a nova figura do cidadão através da democracia participativa, e atende aos pressupostos do constitucionalismo social e do neoconstitucionalismo. Cremos que existem fundamentos jurídicos suficientes para promover essa evolução em nossa tutela processual coletiva, restando a maior dificuldade para o campo político, razão pela qual deve ser utilizada a estratégia legislativa apropriada, que acreditamos ser uma alteração específica sobre o tema na LACP, e não uma reforma global do microsistema de processo coletivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Editora Dom Quixote, 2011.

ABREU, Leonardo Santana de. **A finalidade do processo coletivo**. IN: TESCHEINER, José Maria. *Processos Coletivos*. Porto Alegre: HS Editora, 2012.

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático**. In. CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 31-48.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. São Paulo: Atlas, 2014.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ALVIM, Teresa Arruda. **Apontamentos sobre as ações coletivas**. In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97-110.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas**. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O uso da Justiça e o litígio no Brasil**. Disponível em <https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. *Revista de Processo*, ano 38, v. 225, São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA,

Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 475-492.

BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral**. In: CARBONELL, Miguel (Org.) Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 259-278.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ação Civil Pública**. Revista trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, n. 3, 1993.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 71-96.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 23 de set. 2017.

BARIFOUSE, Leonardo. **Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 39, julho/agosto/setembro de 2014. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/leonardo-barifouse/politicas-publicas-e-efetivacao-dosdireitos-sociais>. Acesso em: 12 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana**. In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 209-229.

\_\_\_\_\_. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: SARMENTO, Daniel (org). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 03-34.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 15 de nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. In: A constitucionalização do direito, 2007, p. 207-216.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A importância da cidadania na definição e implantação de políticas públicas**. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos. São Paulo: Atlas, 2013.

BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Juizados especiais federais cíveis & casos práticos**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; DE MOURA, Marcelo Oliveira **O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição**. Revista Brasileira de Direito. v. 13, n. 1, jan-abr., 2017, p.177-195.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981. **Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm). Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm). Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm). Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.134.957**, Corte Especial, Min. Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRe>

[gistro&termo=201300519527&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea](#). Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.192.577**, Corte Especial, Min. Laurita Vaz, julgado em 13/11/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402469723&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 487.202**, Primeira Turma, Min. Teori Zavaski, julgado em 01/04/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200201385318&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.110.549**, Segunda Seção, Min. Sidnei Beneti, julgado em 28/10/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900070092&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.264.116**, Segunda Turma, Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101565299&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.302.596**, 2ª Seção, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 9/12/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200044963&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.449.416**, Terceira Turma, Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 15/03/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.449.416&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 19**. Min. Aldir Passarinho, julgado em 23/02/1989. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1484738>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.576**. Min. Marco Aurélio, julgado em 16/04/1997. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1665842>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943**. Min. Carmen Lúcia, julgado em 07/05/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548440>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277**. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Popular n. 3.388**. Min. Roberto Barroso, julgado em: 23/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 516.419**, Segunda Turma, Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/11/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2241766>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45**. Rel. Ministro CELSO DE MELLO. Julgado em 29/04/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Min. Ayres Britto, julgado em: 05/05/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Min. Marco Aurélio, julgado em: 09/09/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 193.503**, Pleno, Min. Carlos Veloso, julgado em 12/06/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1620536>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 612.043**, Pleno, Min. Marco Aurélio, julgado em 10/05/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3864686>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 643.978**, Pleno, Min. Teori Zavaski, julgado em 17/09/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4087609>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.101.937**, Primeira Turma, Min. Alexandre de Moraes, julgado em 30/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5336275>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula 47**. Publicado no Diário Oficial da União em 15.03.2012, p. 119. Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/> >. Acesso em: 27 out. 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**. Repro, n. 82, ano 21, abr-jun. 1996.

CALDO, Diego Santos y. **Legitimidade e representatividade adequada nas ações coletivas**. In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 871-884.

CALMON DE PASSOS, J.J.; **Processo e democracia**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo. São Paulo: RT, 1988.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-144.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CÂNDIA, Eduardo. **A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege data**. Revista de Processo, vol. 202, 2011, p. 419-443.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis**. In: CARBONELL, Miguel/JARAMILLO, Leonardo. El canon neoconstitucional. Madrid: Trotta, 2010, p. 153-166.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed., São Paulo: Atlas, 2018.

\_\_\_\_\_, José dos Santos. **Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas**. In: CARLIN, Volnei Ivo. *Grandes temas de direito administrativo*. Florianópolis: Millennium Editora, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A tutela jurisdicional e estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania**. *Lua nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo: Abril, n. 28-29, 1993. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-644519930000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-644519930000100005). Acesso em: 08 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Relatório realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em 2012. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 25 fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Relatório final apresentado em 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd4cddac54ce99ced5beeeaa91.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo**. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012.

COSTA, Bruno Andrade. **Controle judicial de políticas públicas e o processo constitucional: gestão processual, negociação e soluções**. Curitiba: Juruá, 2015.

COSTA, Susana Henriques da. **A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo**. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 397-422.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo**. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para*

solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 397-422.

\_\_\_\_\_; FERNANDES, Débora Chaves Martines. **Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas no Brasil**. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 359-381.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Class action e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUNHA, Maurício Ferreira. **Juizados especiais cíveis e criminais**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm). Acesso em: 15 out. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedade democrática**. Madrid: Taurus, 2010.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, teoria geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico**. In: SARMENTO, Daniel (org). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-226.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da; BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Acesso à justiça e ações pseudoindividuais: (i)legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas**. Revista de Processo, vol, 203, 2012, p. 348-363.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **A representatividade adequada nos processos coletivos**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/pt-br.php>. Acesso em 25 out. 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor. **Direitos sociais e processo coletivo: avanços e retrocessos na experiência brasileiros**. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94614/2016\\_francofilho\\_georgenor\\_direitos\\_sociais.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94614/2016_francofilho_georgenor_direitos_sociais.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 03 fev. 2018.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação**. In: SARMENTO, Daniel (org). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 35-72.

GAJARDONI, Fernando. **O processo coletivo refém do individualismo**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). Repercussões do novo CPC no Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 133-156.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Rumo a um Código de Processo Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **O projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais**. Disponível em: [http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop\\_cat=1\\_33&shop\\_detail=106](http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_33&shop_detail=106). Acesso em: 20 fev. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A constituição brasileira e as normas programáticas**. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro, IBDC/Forense, n. 4, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública refém do autoritarismo**. In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.;

VIGORITI, Vincenzo. *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 403-414.

\_\_\_\_\_. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 39-60.

\_\_\_\_\_. **O projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais**. In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1431-1436.

\_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países da civil law e common law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 90-91.

HABERMAS, Jurgen. ***Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso***. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HEATER, Derek. **Ciudadanía: Una breve historia**. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Estado de bem estar social na idade da razão**. São Paulo: Elsevier, 2012.

KIM, Richard Pae. **O conteúdo jurídico da cidadania na Constituição Federal do Brasil**. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2013.

LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal, políticas públicas e processo coletivo**. Disponível em: <file:///C:/Users/WINDOWS%207/Downloads/1183-5034-1-PB.pdf>. Acesso em 10 out. 2017.

LEVITT, Barry. **A desultory defense of democracy: OAS Resolution 1080 and the Inter-American Democratic Charter**. Latin American Politics and Society, Vol. 48, 2006, p. 93-123.

LINS, Liana Cirne. **A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos\\_sociais\\_processo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf). Acesso em: 20 out. 2017.

LOPES, Márcio André Cavalcanti. **Site Dizer o Direito**. Disponível em: [https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/02/sc3\\_bamula-601-stj.pdf](https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/02/sc3_bamula-601-stj.pdf). Acesso em: 24 nov. 2018.

LORDELO, João Paulo. **Manual prático de processo coletivo**. 8ª ed., Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/256fe59d46a32378b742e6b02b20c5bc1f992e.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil: procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 22 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015**. In: In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). Repercussões do novo CPC no Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 185- 214.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 36 ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. **A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas**. Revista de Processo, vol. 220, 2013, p. 33-44.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **O regime dos direitos sociais**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198710/000901831.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

MITIDIERO, Daniel. **A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional**. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade social. Em homenagem ao Professor Ingo Wolfgang Sarlet. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 251-272.

MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, Dalton Santos. **A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o poder público no novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). Repercussões do novo CPC no Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 413-428.

MUA, Cíntia Teresinha Burhalde. **Acesso material à justiça: da legitimidade ministerial na defesa dos interesses individuais homogêneos**. Curitiba: Juruá, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/15**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil comentado e Legislação processual civil em vigor**. 4 ed., São Paulo: RT, 1999.

NETO, Eurico Bitencourt. **Vinculação da administração pública ao mínimo existencial**. In: PINTO E NETTO, Luisa Cristina; NETO, Eurico Bitencourt. Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. Revista Brasileira de Direito Público, a. 1, n.3, out./dez. 2003.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Renavan, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

ROQUE, André Vasconcelos. **As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). Repercussões do novo CPC no Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 157-184.

\_\_\_\_\_. **Class actions – Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Juspodivm, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. **Class actions: algumas premissas de comparação.** In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 239-255.

\_\_\_\_\_. **Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos.** In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 187-198.

\_\_\_\_\_. **Processo civil de interesse público.** In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 193-228.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.** In: CARBONELL, Miguel (Org.) Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 123-158.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 6 ed. Porto: Edições Afrontamento, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações.** Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/6876>>. Acesso em: 21 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde ente tutela individual e transindividual.** In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 613-634.

\_\_\_\_\_. **Os direitos sociais como fundamentais: um contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1998.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_IngoDF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_IngoDF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: 21 set. 2017.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais.* 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: SARMENTO, Daniel (org). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

\_\_\_\_\_; DE SOUZA NETO, Cláudio. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2.ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.

\_\_\_\_\_. **Por um constitucionalismo inclusivo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCARPARO, Eduardo. **Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil.** In: GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H.; WAMBIER, Teresa Arruda A.; VIGORITI, Vincenzo. *Processo coletivo: do surgimento à atualidade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 989-1006.

\_\_\_\_\_. **O processo como instrumento dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2017/01/13/o-processo-como-instrumento-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 16 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **A Efetividade do Acesso à Justiça.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 17, Jan./2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>. Acesso em: 20 out. 2017.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; **Ciência política e teoria do estado.** 8 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TESHEINER, José Maria. **Processos Coletivos: ações transindividuais e homogeneizantes.** Porto Alegre: Edição do autor, 2015.

\_\_\_\_\_. MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Temas de direito e processos coletivos.** 3. ed. Porto Alegre: Paixão Editores, 2016.

TORRES, Artur. **A tutela coletiva dos direitos individuais**: considerações acerca do Projeto de novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Arana Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **A tutela coletiva dos direitos individuais**. Disponível em: [http://www.tex.pro.br/images/Livros/TUTELA\\_COLETIVA - MIOLO.pdf](http://www.tex.pro.br/images/Livros/TUTELA_COLETIVA_-_MIOLO.pdf). Acesso em 01 set. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: RT, 1985.

\_\_\_\_\_. **Processo civil de interesse público: introdução**. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 229-236.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). Repercussões do novo CPC no Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 23-48.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.