

PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Organizadores:

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Miriam Fecchio Chueiri

Luiz Manoel Gomes Junior



PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

ORGANIZADORES:

Eduardo Augusto Salomão Cambi
Miriam Fecchio Chueiri
Luiz Manoel Gomes Junior

Todos os direitos reservados
Copyright © 2020 by Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda

Prof. Dr. Emerson Antonio Maccari
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas
Prof. Dr. Fernando Galindo Ayuda
Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto
Conselho Regional: Prof. Dra. Maria Áurea Baroni Cecato
Prof. Dr. Martonio Mont'alverne Barreto Lima
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez
Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa
Prof. Dr. Rogério Gesta Leal
Editora Executiva: Simone Fraga
Produção Editorial: Qualis Editora
Design de Capa: Ajuste Qualis Editora
Produção Digital: Cristiane Saavedra | Saavedra Edições

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

*Texto de acordo com as normas do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa
(Decreto Legislativo nº 54, de 1995)*

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA
PUBLICAÇÃO (CIP)**

P941

Processo e Direitos Fundamentais / Luiz Manoel Gomes Junior,
Miriam Fecchio Chueiri e Eduardo Augusto Salomão Cambi. –
[1. ed.] – Florianópolis, SC: Qualis Editora, 2020.
Recurso digital

Formato e-Pub

Requisito do sistema: adobe digital editions

Modo de acesso: word wide web

ISBN: 978-85-7027-078-8

1. Procedimentos 2. Tribunais Cíveis 3. Direito Constitucional 4.
Direito Administrativo. I. Título. II. Gomes Junior, Luiz
Manoel. III. Chueiri, Miriam Fecchio. IV. Cambi, Eduardo
Augusto Salomão.

CDU 347



Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda
Caixa Postal 6540
Florianópolis - Santa Catarina - SC - Cep.88036-972
www.qualiseditora.com
www.facebook.com/qualiseditora

SUMÁRIO

CAPA

FOLHA DE ROSTO

CRÉDITOS

APRESENTAÇÃO

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS
COLETIVOS DO TRABALHO EM FACE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Antonio Donizetti de Resende, Eloy Pereira Lemos Junior

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A
FUNÇÃO E O OBJETO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
– JUDICIAL REVIEW – NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO
PENSAMENTO DE ADA PELLEGRINI GRINOVER

Camilo Zufelato

LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA E O PAPEL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Igor Rafael de Matos Teixeira Guedes

SEGREDO DE JUSTIÇA: INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015

Luiz Manoel Gomes Junior, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

AÇÕES COLETIVAS: EVOLUÇÃO E DESAFIOS PARA UMA
PERSPECTIVA TRANSFORMADORA DA JURISDIÇÃO À LUZ DO
PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Juscelino Pires da Fonseca

GARANTIA DE PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
HUMANA SOB O PRISMA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE
CONCLUSÃO PARA DECISÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Miriam Fecchio Chueiri, Luiz Manoel Gomes Junior

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INTERESSES DIFUSOS NO BRASIL

Lilian Cristina Pinheiro Goto

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES POR ATO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVANDO
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: TEMA 897 DA REPERCUSSÃO
GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Maria Andréia Lemos

PRECEDENTES, JURISPRUDENCIA E SÚMULA: APROXIMAÇÕES E
DISTINÇÕES

Pedro Francisco Ribeiro

CONSIDERAÇÕES SOBRE AÇÕES COLETIVAS E MEDIDAS
ESTRUTURANTES

Raquel Lauriano Rodrigues Fink

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O DIREITO
SANCIONADOR: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SISTEMA LEGAL
BRASILEIRO COTEMPORÂNEO

Sandro Eduardo Roussin Soares

DIREITOS DIFUSOS

Valéria Rangel Soares Foristieri

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que apresentamos a obra *Processo e Direitos Fundamentais*, que integra o primeiro volume da coleção *Direitos _____*, da Editora _____, em parceria com a Universidade Paranaense–UNIPAR.

Trata-se de mais um fruto da nossa pesquisa institucional na área do Direito. Além do atendimento ao imperativo constitucional, a realização de pesquisa é fundamental para a consecução de um ensino de qualidade, no qual docentes não se limitam a repetir lições passadas, mas buscam produzir novos conhecimentos, em participar e até em liderar debates e, mais importante, em fazer da universidade um verdadeiro instrumento de transformação científica, tecnológica e social.

Sem a pesquisa, estacionaríamos no tempo, eclipsando as luzes do saber. No caso do Direito, formaríamos repetidores de leis, incapazes de compreender o contexto ou sequer o texto legal e, mais grave, afastados das reflexões críticas e das considerações éticas que devem nortear nossas ações e decisões, sejam elas jurídicas, políticas ou de qualquer outra natureza.

Em tempos difíceis, a pesquisa deve ser um farol iluminando a sociedade.

O enfoque para as questões dos direitos coletivos e o acesso à justiça traçam o conteúdo do livro e deixam clara a sua atualidade e utilidade no meio acadêmico e forense.

O livro evidencia também nosso objetivo de dialogar com pesquisadores de outras instituições, não apenas para somarmos esforços, mas para, devidamente, apreciarmos críticas e dissonâncias. Um debate acadêmico profícuo não se arrima em unidade, mas em pluralidade, em contraposições.

Tal exame, contudo, só pode ocorrer em espaços democráticos; nos ambientes autoritários, o debate é substituído pelo aplauso

fácil e a busca da verdade pela adulação. Destarte, um ambiente que não seja democrático é hostil ao saber.

A obra demonstra, ainda, a integração dos professores da Universidade Paranaense com seus discentes e pesquisadores de outras instituições, reconhecidos nacional.

Por fim, queremos agradecer à Editora, _____ à Pro-Reitoria de Pós-Graduação e à Coordenação do Programa de Mestrado em Direito, ambos da Universidade Paranaense–UNIPAR, bem como todos os colaboradores pelo empenho na construção desse belo trabalho coletivo, que será o primeiro de uma grande série de publicações sobre esses temas centrais para o Direito e para a Justiça no cenário contemporâneo.

Eduardo Augusto Salomão Cambi
Miriam Fecchio Chueiri
Luiz Manoel Gomes Junior
Coordenadores

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS DO TRABALHO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Antonio Donizetti de Resende¹
Eloy Pereira Lemos Junior²

Resumo: O art. 1º, incisos III e IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura, respectivamente, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Já, o artigo 5º, inciso XXXV da citada norma constitucional assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito. Assim, em atendimento a estes e demais institutos constitucionais, o art. 1º da Lei nº 13.105/15 determina que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Com este enfoque, utilizando-se o método teórico-bibliográfico dedutivo, este estudo promoveu uma análise do arcabouço jurídico constitucional e infraconstitucional inerente à Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, verificando-se em atendimento ao objetivo geral, se a referida legislação, atende ou não aos comandos constitucionais e aos princípios do Processo Constitucional.

Palavras-chave: Legislação; Processo; Civil; Coletivo; Ação.

1. INTRODUÇÃO

A tutela dos direitos metaindividuais existe no arcabouço jurídico brasileiro desde a Constituição do Império de 1824. O art. 157 da referida Carta Política, estabelecia que: contra àqueles que praticassem suborno, peita, peculato e, concussão, ocorreria AP “ação popular”, que poderia ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer outro membro do povo. Já, no art. 113, item nº 38 da Constituição da República de 1934 está positivado que todo cidadão possui legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Mas, a AP, para a tutela do patrimônio público, somente foi disciplinada em âmbito infraconstitucional, com a edição da Lei nº 4.717 em 29 de junho de 1965. Apesar dos avanços, até então, o direito possuía um viés patrimonialista, resquício do Estado Liberal. Somente, após o reconhecimento dos direitos fundamentais, considerados de terceira geração ou dimensão (meados do século XX), os direitos metaindividuais foram devidamente reconhecidos no Brasil.

Assim, influenciado pelos princípios do Estado Social ou do Bem-Estar Social, em 1º de maio de 1943, o Estado brasileiro promulgou a CLT “Consolidação das Leis do Trabalho”, um dos relevantes marcos para o direito coletivo pátrio. No entanto, só após a promulgação da CRFB/88 “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, os direitos e interesses metaindividuais, inclusive os direitos difusos, foram amplamente amparados. Dentre outros, os artigos: 5º, 114, 127, 129, 196 e 225 da CRFB/88, tutelam os direitos transindividuais.

Na esfera infraconstitucional, as normas que constituem o atual microsistema de processo coletivo brasileiro são: Lei nº 4.717/65 – AP; Lei nº 7.347/85 – ACP “Ação Civil Pública”; Lei nº 8.078/90 – CDC “Código de Defesa do Consumidor”. Mas, o direito metaindividual, também é regido pelo Decreto-Lei nº 5.452/43 – CLT; Lei nº 10.671/03 – EDT “Estatuto de Defesa do Torcedor”; Lei nº 7.853/89–LAPD “Lei de Apoio às Pessoas

Deficientes” e; Lei nº 13.105/15 – CPC “Código de Processo Civil”.

Como exposto, a tutela dos direitos metaindividuais foi efetivamente positivada em âmbito constitucional no ordenamento jurídico brasileiro no terceiro quartel do século passado e, até agora, o arcabouço normativo pátrio ainda não dispõe de um Código de Processo Coletivo. Assim, no Brasil, as ações metaindividuais—inclusive a ACP -, ainda são propostas sob a égide dos princípios que alicerçam o processo individual, ou seja, funda-se no sujeito.

Nestes termos, devido à dificuldade e ou impossibilidade de o legislador ordinário determinar o legitimado ativo para as ações coletivas *lato sensu* embasando-se nos parâmetros do processo singular, definiu-se o legitimado para as ações metaindividuais de forma extraordinária ou anômala (artigos: 5º da Lei nº 4.717 e 82 do CDC).

Com isso, a formação do mérito processual restará, ou não, prejudicada? A tutela dos direitos metaindividuais dos trabalhadores, via ACP, é realizada de forma efetiva? O atual modelo representativo da ACP atende, ou não, aos princípios do processo constitucional?

Servindo-se destas premissas, este estudo tem como objetivo geral verificar se a ACP, nos moldes atuais, observa aos princípios do processo constitucional e não compromete a formação do mérito processual. Assim, busca-se averiguar se a referida ação atende aos reais direitos e interesses metaindividuais dos obreiros e da sociedade interessada.

Já, como objetivo específico, a pesquisa visa-se, primeiramente, analisar certas particularidades da Lei nº 13.467/17, que reformou o direito material e processual do trabalho. Pois, algumas ilegitimidades, não convencionalidade e inconstitucionalidades de determinados artigos da retrocitada lei são objeto de questionamentos dos operadores do direito laboral.

Ainda como objetivo específico, se propõe investigar sobre as peculiaridades que diferenciam a ACP da ACC “ação civil coletiva”

na defesa dos direitos metaindividuais dos obreiros. Posteriormente, visa-se realizar um sucinto estudo comparativo sobre das ações coletivas laborais brasileiras com a *class action*, adotada nos Estados Unidos da América. Objetiva-se também analisar a teoria das ações temáticas, que possibilita a participação coletiva e, conseqüentemente, a formação participativa do mérito processual nas ações metaindividuais que litigam sobre o direito difuso, analisando, inclusive, a hipótese de realização de audiências públicas na fase inicial da ACP.

O direito coletivo precisa se adequar às necessidades contemporâneas dos jurisdicionados. Nesse sentido, estudar a efetividade da ACP na defesa dos direitos metaindividuais laborais, analisando-se a adequação da supracitada ação, aos princípios do processo constitucional, inclusive quanto à formação do mérito processual no modelo representativo das ações metaindividuais, justificam e denotam a importância teórica desse estudo científico.

A ACP constitui-se em uma imprescindível ferramenta para assegurar um adequado meio ambiente laboral, contribuindo para a redução dos elevados índices de acidentes do trabalho, inclusive aqueles oriundos das doenças do trabalho. Mas, será que a referida ação, no modelo autocrático, atenderá eficazmente estas demandas?

Tendo em vista que a ACP tutela os direitos metaindividuais fundamentais—defesa da vida, meio ambiente, saúde e integridade física do obreiro -, elementos intrínsecos à dignidade da pessoa humana no ambiente laboral, por si só, já justificaria esse estudo. Mas, o objeto da ação, ora em comento, vai muito além, em um ambiente globalizado e complexo como o contemporâneo, de forma alguma, poder-se-á desprezar ou subutilizar a tutela dos direitos metaindividuais, que, como já citado, ainda carece de aperfeiçoamentos. Essas considerações, ratificam a relevância prática desta pesquisa.

2. LEI N° 7.347/85 – ACP

A ACP é disciplinada pela Lei n° 7.347/85, que têm como objeto a tutela dos direitos e interesses metaindividuais, que estão definidos no p. único do art. 81 do CDC. O qual estabelece que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – direitos ou interesses difusos–aqueles direitos ou interesses transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares um número de pessoas indeterminadas ou indetermináveis, ligadas por circunstâncias de fato; II–direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*–aqueles direitos ou interesses transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas, determinadas ou determináveis, vinculadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e; III – direitos ou interesses individuais homogêneos–aqueles direitos ou interesses transindividuais decorrentes de origem comum.

Neste contexto, é importante diferenciar interesse e direito, que dentre outros significados, este nos remete a uma faculdade concedida pela lei, poder legítimo, privilégio, prerrogativa, já, aquele refere-se àquilo que convém, que importa, vantagem, proveito etc.

Vicente de Paula Maciel Júnior (2006, p. 41), pondera que o direito material, apesar de previamente poder existir no contexto abstrato e objetivo, ele só se aperfeiçoará, se o sujeito receber a anuência pacífica dos demais envolvidos ou, pela via litigiosa, através de um provimento judicial favorável ao seu interesse. No entanto, o CDC não diferenciou direitos de interesses. Segundo John Rawls (2016, p. 706), “a congruência do direito e do bem é definida pelos padrões pelos quais cada conceito é especificado”.

Conforme já citado, o legitimado para propor a ACP foi definido pela legislação (art. 5° da Lei n° 7.347/85 e art. 82 do CDC) de forma extraordinária (representação processual).

Não obstante, ao prosseguir com a análise da legitimidade do titular da ACP, é relevante frisar que o art. 5°, *caput* e inciso XXXIV, alínea “a” da CRFB/88, determina que: para assegurar a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder,

independentemente do pagamento de taxas, está garantido a todos o direito de petição aos Poderes Públicos. Além disso, a citada Carta Política, no art. 5º, inciso XXXV, assegura o direito de ação, ao estabelecer que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ambos os institutos são princípios que têm um alcance ampliado, pois alicerçam todo o arcabouço jurídico. Paulo Bonavides (2011, p. 299), disserta que: “as regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica”.

Fundado nos princípios do processo constitucional, o art. 4º do CPC/15, assegura que as partes terão o direito à solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, em um prazo razoável. Mas, segundo o art. 485 do CPC/15, *caput* e seus incisos, o juiz deverá extinguir o processo sem a resolução do mérito, quando verificar a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Nestes termos, em observância ao inciso VI do mesmo art. 485 do CPC/15, o juiz não resolverá o mérito quando o sujeito não reunir os pré-requisitos das condições da ação (legitimidade ou interesse processual). Mas, excepcionalmente, segundo o art. 488 do CPC/15, o juiz poderá decidir o mérito da ação, sempre que a decisão for favorável à parte a quem se aproveita eventual pronunciamento nos termos do art. 485 do mesmo diploma legal. Contudo,

Como visto, atendido as condições previstas no art. 488 do CPC/15, o juiz, excepcionalmente, poderá decidir e julgar o mérito. Essas regras, emanam do processo individual, onde o *legitimatío ad causam* se vincula ao sujeito. Trata-se da legitimidade ordinária, onde os sujeitos do processo são aqueles que receberão os efeitos da sentença judicial.

Elio Fazzalari (2006, p. 369) observa que: “a legitimação para agir no processo jurisdicional civil é determinada em função do provimento ao qual ele visa, e que é contemplado por hipótese

(independentemente, é óbvio, daquilo que será efetivamente o fim do processo, do qual pelo menos uma medida será emanada) ”.

Contudo, os artigos: 82 do CDC e 5º da Lei nº 7.347/85, ao designar os legitimados (universais e não universais) ativos para propor a ACP (principal e cautelar) de forma anômala e concorrente, embasa-se nos mesmos elementos principiológicos do direito subjetivo. Os universais se limitam ao Ministério Público e a Defensoria Pública, que sempre poderão propor a ACP, independente da matéria que a originou. Já, os legitimados ativos não universais, que deverão observar a pertinência temática, são constituídos pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquia, Empresa Pública, Fundação Pública e Sociedade de Economia Mista e; associação que esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, o meio ambiente, o consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, os direitos de grupos raciais, éticos ou religiosos ou o patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Raimundo Simão de Melo (2014, p. 170), adverte que: por determinação do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 7.347/85, a ACP não poderá ser utilizada, para veicular pretensões que envolvam interesses relativos a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço” ou outros fundos de natureza institucional, cujos os beneficiários podem ser determinados.

No entanto, no art. 6º da LACP “Lei da Ação Civil Pública” está positivado que qualquer pessoa poderá e, o servidor público, deverá provocar a iniciativa do MP quando conhecer de fatos ensejadores da ACP. Raimundo Simão de Melo (2014, p. 75), esclarece que a denúncia poderá ser formulada anonimamente, desde que legalmente embasada.

Os legitimados (artigos: 82 do CDC e 5º da Lei nº 7.347/85) para a ACP foram imbuídos de poder para propor aos respectivos investigados (na fase que antecede a mencionada ação) o CAC

“compromisso de ajustamento de conduta”. Caso acordado, redundará no TAC “termo de ajustamento de conduta”, com eficácia de título executivo extrajudicial. Se esse termo for cumprido e não questionado por outro colegitimado, evitará a propositura da ACP.

Segundo os artigos 127 e 129, *caput* e incisos III e IX, ambos da citada Carta Política de 1988, o MP “Ministério Público”, além das retrocitadas prerrogativas, ainda poderá –exclusivamente– promover o ICP “Inquérito Civil Público”. Mas, é vedado ao MP a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Estas imposições constitucionais, foram regulamentadas pela LC “Lei Complementar” nº 75/93–LOMPU “Lei Orgânica do Ministério Público da União” e pela Lei nº 8.625/93 –LONMP “Lei Orgânica Nacional do Ministério Público”, que dispõe sobre normas gerais para a organização do MPE “Ministério Público dos Estados”, autorizando, inclusive, em seu art. 80, aplicar subsidiariamente as normas da LOMPU ao MPE.

Como observa Ana Iris Galvão Amaral (2015, p. 119), “para atender as peculiaridades de uma sociedade multifacetada são inegáveis as potencialidades das técnicas extraprocessuais, como é o caso do termo de ajustamento de conduta para a consecução da efetividade da tutela coletiva, relacionadas às vantagens do consenso”. Mas, independentemente, desta prerrogativa, na ACP, o jurisdicionado, detentor do direito transindividual não terá legitimidade processual, extraordinária, pois o legislador definiu de forma diversa.

Luiz Manoel Gomes Junior (2014, p. 1.272), expõe que o sistema de legitimidade diferenciada afasta a regra processual prevista no art. 18 do CPC/15, que substituiu o revogado art. 6º do CPC/73, onde somente o titular do direito pode defendê-lo em juízo. O regime especial da coisa julgada, permite a ampliação dos efeitos da mesma, para além das partes (art. 506 do CPC/15)– substituiu o revogado art. 472 do CPC/73 -, que estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Como exposto, o ordenamento jurídico pátrio, servindo-se dos mesmos requisitos do direito subjetivo, mas, excepcionando aos comandos do art. 17 do CPC/15, que estabelece que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade, definiu o legitimado para ACP de forma anômala ou extraordinária. Destarte, inibindo o jurisdicionado de litigar coletiva e diretamente no patrocínio de seus direitos metaindividuais. Tal exceção, se respalda na dificuldade encontrada pelo legislador para a definição do *legitimatio ad causam* para a ACP, essa problemática se evidencia nas questões relativas à tutela dos direitos difusos.

Enquanto no direito coletivo *stricto sensu* temos um bem comum e sobre ele haverá a manifestação de uma série de interessados para que, segundo os estatutos e a lei seja extraída a vontade comum, esse processo não existe no direito difuso. O direito difuso não é organizado, não tem assembleia, nem deliberação para estabelecer a vontade da maioria. [...] Não existe "vontade difusa", porque o direito difuso se resolve no plano de interessados difusos que possuem, cada um o interesse individual perante o bem. Ao requerer a tutela desse interesse em face do bem, invocando o direito vigente, naturalmente os efeitos do julgado serão extensivos a todos os que possuem um interesse em face do bem. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 155).

Nas ações metaindividuais (art. 81 do CDC), a sentença fará coisa julgada segundo as determinações do art. 103 deste mesmo diploma legal. Conforme previsão deste artigo, a coisa julgada não se consuma se houver insuficiência de provas. A parte lesada ou qualquer outro legitimado, valendo-se de novas provas, poderá propor nova ação. Conforme evidencia Francisco Antonio de Oliveira (2003, p. 254-255), assim como ocorre com a AP e com o mandado de segurança coletivo, na ACP, não haverá coisa julgada se a improcedência da ação se fundar na deficiência de provas. Assim, qualquer dos legitimados, inclusive o próprio autor sucumbente, poderá, valendo-se de novas provas, ajuizar novamente a ação.

Note-se que, nos termos do mencionado art. 103 do CDC, nas ações metaindividuais de natureza difusa, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*; nas ações metaindividuais de natureza coletiva *stricto sensu*, a sentença fará coisa julgada *ultra partes*. Nestas hipóteses, a coisa julgada, não prejudicará os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, pois não induzem litispendência para as ações individuais. Já, nas ações transindividuais de natureza individual homogênea, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*. Mas, no caso de improcedência do pedido, os interessados em reparar os danos sofridos, que não fizeram parte do litisconsórcio, poderão propor ação individual.

Para tanto, conforme o art. 104, *in fine* do CDC, no caso dos efeitos da coisa julgada *ultra partes* ou *erga omnes* em virtude das ações metaindividuais de natureza coletiva *stricto sensu* ou individuais homogêneas, respectivamente, não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação transindividual respectiva.

Segundo o *caput* e p. único do art. 18 do CPC/15, ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo se autorizado pelo ordenamento jurídico. Porém, se houver substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial. Nas ações metaindividuais este fato é inconcebível, pois os elementos que caracterizam a substituição processual não são compatíveis com o atual regramento legal que disciplina as ações metaindividuais. Luiz Manoel Gomes Junior (2014, p. 1.277), assevera: “elemento essencial para que esteja caracterizada a presença da substituição processual decorre do efeito do substituído, positiva ou negativamente, ser atingido pelos efeitos da coisa julgada, o que não se mostra adequado ao atual regime do Sistema Único Coletivo”. Conforme relatado, a ACP não ocorre por substituição, mas por representação processual. Aquele, que sofrerá os efeitos do dispositivo não poderá, nem mesmo, atuar como assistente litisconsorcial.

3. DIREITOS COLETIVOS DO TRABALHO

O artigo 8º, *caput* e inciso I da CRFB/88 estabelece que é livre a associação profissional ou sindical, vedando a interferência e a intervenção do Poder Público na organização dos sindicatos. Mas, o mesmo art. 8º, inciso II da CRFB/88, veda a possibilidade da criação de mais de uma organização sindical na mesma base territorial. Trata-se do princípio da unicidade sindical. Destarte, por determinação do art. 8º, inciso III da CRFB/88, caberá aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Da mesma forma, a CLT, no seu art. 570, *caput*, delimita que os sindicatos serão constituídos por categorias econômicas ou profissionais e, que o enquadramento sindical dar-se-á pela atividade preponderante do trabalhador e do empregador.

Contudo, existem algumas categorias profissionais consideradas de forma distinta (art. 511, §3º da CLT). Trata-se daquelas profissões ou funções que, por força de lei ou em consequência de condições singulares, são enquadradas como diferenciadas e consequentemente vinculadas ao sindicato da categoria respectiva.

Conforme já enfatizado, a Consolidação das Leis Trabalhistas consistiu em um importantíssimo avanço para o direito metaindividual no Brasil. A organização sindical encontra-se positivada nos artigos 511 a 610 da CLT. Já, a proteção ao meio ambiente do trabalho – em conformidade com as determinações do art. 225 da CRFB/88 -, estão regulamentados nos artigos 154 a 201 da CLT.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 1.344), o direito coletivo do trabalho é constituído por um conjunto e regras, princípios e institutos regulatórios das relações entre os obreiros, devidamente representados pelos seus sindicatos e, os

empresários, atuando isoladamente ou também através de seus sindicatos.

Mas, não se pode olvidar que a LACP (artigos: 1º e 5º) e o CDC (artigos: 81 e 82) também regem os direitos metaindividuais, inclusive na seara laboral. No art. 90 do CDC, está determinado que as positivamente previstas no Título III do Código Consumerista, incluindo as dos artigos 81 e 82, se aplicam as normas do CPC/15 e a LACP, inclusive no que se refere ao ICP laboral. Do mesmo modo, os artigos: 1º, 6º e 83 da LOMPU, que igualmente regem os direitos transindividuais laborais.

Como exemplifica Raimundo Simão de Melo (2014, p. 32), poderá ocorrer lesões aos direitos metaindividuais difusos na área trabalhista, como por exemplo: nos casos de greve geral em atividades consideradas essenciais; na contratação de funcionário, transcorrida com discriminação racial, étnica ou repelida devido à deficiência física, gravidez ou por qualquer outro meio restritivo e vedado pela CRFB/88.

A proteção dos direitos coletivos *stricto sensu* também é imprescindível na Justiça Laboral, *v. g.*, o descumprimento de determinada cláusula convencionada por acordo ou convenção coletiva, constitui uma agressão aos direitos coletivos em sentido estrito, portanto, para coibir tais abusos, a tutela jurisdicional, se torna indispensável.

A obrigatoriedade da realização de exames médicos admissionais, demissionais e periódicos (art. 168 da CLT), também se trata de direito coletivo laboral em sentido estrito.

Não menos importante são os direitos individuais homogêneos no contexto laboral, como por exemplo, os pleitos de adicionais de insalubridade, periculosidade a uma categoria de trabalhadores; o não pagamento de adicional ou horas extras ou noturnas a um determinado grupo etc. Raimundo Simão de Melo (MELO, 2014, p. 32-34), ressalta que qualquer ato do empregador com capacidade de lesionar o empregado de forma coletivizada permitirá que ocorra a defesa coletiva, pois nesse caso, o direito será decorrente de uma origem comum.

Todavia, o dano ambiental poderá impactar tanto o direito difuso, como o direito individual homogêneo. Pois, o dano ambiental coletivo, causado globalmente, é considerado difuso, pois trata-se de patrimônio coletivo. Já, o dano ambiental individual, será aquele sofrido pelas pessoas e seus bens. Este, ensejará uma indenização que visa a recomposição dos bens patrimoniais lesados das vítimas; no entanto, aquele (difuso), quando indenizado, terá como destinação um fundo, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, que deverá ser utilizado para a reconstituição dos respectivos bens lesados. (FÜHRER; MILARÉ, 2009, p. 324).

Como visto, o direito coletivo laboral foi regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro na concepção representativa e um dos legitimados é o sindicato da categoria, que poderá agir no processo coletivo laboral como suscitante ou suscitado.

Segundo, Amauri M. Nascimento (2012, p. 940-941), os dissídios coletivos jurídicos não se confundem com os econômicos, ambos são de competência dos Tribunais Regionais do Trabalho, cabendo recurso para o TST “Tribunal Superior do Trabalho”, mas se diferem em razão da causa de pedir e do tipo da sentença. Nos dissídios jurídicos a negociação para a propositura da ação é desnecessária, sua finalidade é declaratória. Nos dissídios de natureza econômica ocorre um conflito de interesses, a negociação prévia é necessária.

Como determina o art. 114, § 2º da CRFB/88, recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, cabendo à Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições legais de proteção ao trabalho, bem como as já convencionadas.

Entretanto, em conformidade com o art. 114, § 3º da CRFB/88, em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o MPT “Ministério Público do Trabalho” poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça Laboral decidir o conflito.

Por conseguinte, o MPT está legitimado para litigar nos dissídios de greve, mas esta ação, também poderá ser proposta—por meio de petição—pela representação econômica (sindicato), neste caso, o MPT atuará como *custos leges*. Segundo Maria Regina Lobato (2014, p. 86) “a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) poderá ser como fiscal da lei, como parte ou ambas, simultaneamente. O dissídio coletivo de greve ajuizado pelo MPT é um exemplo de atuação simultânea (inciso IX do art. 83 da LC n° 75/1993) ”.

O indivíduo, isoladamente, não está entre os habilitados para propor ACT ou CCT e também não poderá atuar como sujeito do polo ativo do processo coletivo, pois, não figura entre os legitimados extraordinários. Tanto os sindicatos patronais, quanto o dos empregados, poderão figurar no polo “ativo ou passivo” da demanda.

Não obstante, o MPT poderá propor a ACP e o CAC, preferencialmente no curso do ICP, mas, se não constatar a justa causa para propor a ACP, deverá arquivar o ICP. Mas, como observa Hugo Nigro Mazzilli (2016, p. 94), “diversamente do que ocorre com o arquivamento do inquérito policial, o arquivamento do inquérito civil sempre estará sujeito à revisão de um colegiado do Ministério Público, ou seja, seu Conselho Superior”.

O art. 841 do CC/02, determina que só será permitido efetuar a transação quando os direitos patrimoniais forem de caráter privado. Destarte, Marcus Paulo Queiroz Macedo (2013, p. 355-356), adverte que o CAC não é uma transação, trata-se de um negócio jurídico, pois, é vedado ao MP e aos demais colegitimados, dispor ou renunciar aos direitos metaindividuais ou a quaisquer outros direitos fundados no interesse público.

No CAC, haverá de fato uma submissão do causador do dano, o que lhe é vantajoso, pois, evitará a ACP e ainda lhe possibilitará discutir os prazos e as condições para a implementação da obrigação. Estes são os únicos elementos do acordo que podem ser negociados (não transacionados) pelo MP ou por outro colegitimado. Assim, os legitimados da ACP terão autonomia para

deliberar no CAC somente no que se refere ao período e a modalidade de ressarcimento dos prejuízos causados.

4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Como já exposto, os legitimados para a ACP estão dispostos no art. 82 do CDC e nos artigos 5º da Lei nº 7.347/85, dentre eles está o MPT, que também poderá instaurar o ICP e promover o CAC. Sobre o cabimento da ACP na Justiça do Trabalho, Carlos Henrique Bezerra Leite (2012, p. 1.360) enfatiza que em conformidade com o art. 83, *caput* e inciso III da LC nº 75/93 a Justiça Laboral é competente para processar e julgar ACP.

O aludido artigo da LOMPU, deve ser interpretado em harmonia com os artigos: 129, inciso III e 127, ambos da CRFB/88, evidenciando que a aplicação da ACP não ocorrerá somente para a defesa do patrimônio público, social e meio ambiente, mas também na proteção de outros interesses e direitos metaindividuais.

4.1. Objeto, legitimidade e jurisprudência sobre a ACP na Justiça do Trabalho

A ACP na Justiça do Trabalho, visa tutelar um adequado meio ambiente laboral; resguardar a saúde do obreiro; garantir a dignidade de grupos raciais, étnicos e religiosos no ambiente de trabalho; além da defesa de quaisquer outros direitos metaindividuais inerente ao ambiente e a relação de trabalho. Segundo o art. 3º da Lei nº 7.347/85, a ACP poderá objetivar a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Nestes termos, Gabriela Maciel Lamounier (2013, p. 139), defende que: “a Ação Civil Pública é o mecanismo

processual mais adequado para buscar a reparação do dano sofrido pelo meio ambiente”.

Por força do art. 128, inciso I, alínea “b” da CRFB/88, o MP abrange o Ministério Público da União, onde está compreendido o Ministério Público do Trabalho. Assim, o MPT é competente para propor a ACP e o CAC em âmbito laboral com fulcro nos artigos: 127 e 129 da CRFB/88 c/c os artigos: 82 do CDC e 5º da Lei nº 7.347/85; e ainda, c/c os artigos: 83, inciso III e 6º, inciso VII, alíneas: “a”, “b”, “c” e “d”, ambos pertencentes à LC nº 75/93. Mas, o MPT também poderá propor o ICP, previsão do art. 84 da LOMPU, art. 5º, § 6º c/c o art. 8º, § 1º, ambos da Lei nº 7.347/85. Já, a legitimidade do MPT para a proposição da ACP, nos casos de improbidade administrativa, decorre dos artigos supracitados c/c o art. 84, *caput*, incisos: I ao V c/c o art. 6º, inciso XIV, alínea “f”, ambos da LOMPU.

A natureza da ACP diferencia-se da ACC, nesta, almeja-se a criação de nova norma, a sentença será de natureza constitutiva ou declaratória, naquela (ACP) o que se busca é a aplicação do direito pré-existente, a sentença terá natureza condenatória.

EMENTA: AÇÃO COLETIVA X AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIFERENCIAÇÃO. A diferenciação entre os pedidos de nulidade de cláusula coletiva e o de proibição de ajuste futuro de norma coletiva em desacordo com a legislação vigente, embora nem sempre seja facilmente perceptível quando se analisa a questão sob o enfoque do resultado final, é bastante significativa sob a ótica jurídica. Conquanto o dissídio coletivo e a ação civil pública sejam instrumentos processuais vocacionados à tutela de interesses transindividuais, eles são bastante distintos em sua finalidade e procedimento. O dissídio coletivo almeja a defesa de interesse coletivo de uma categoria, por intermédio de criação de normas, e a ação civil pública, a seu turno, objetiva a reparação do interesse metaindividual infringido. Noutro falar, o dissídio coletivo tem por escopo a criação de norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, terminando com um provimento jurisdicional de natureza constitutiva ou declaratória, ao passo que a ação civil pública visa à aplicação de direito preexistente, caracterizando-se por sua natureza

condenatória predominante. (BRASIL. TRT da 3.^a Região; Processo: 01281-2006-065-03-00-0 RO; Data de Publicação: 11/09/2007, DJMG, Página 23; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Convocado Eduardo Aurélio P. Ferri; Revisor: Convocado Danilo Siqueira de C. Faria).

Desde que se trate de direito metaindividual, quaisquer dos legitimados dos artigos: 82 do CDC e 5º da LACP, poderão propor ACP e o CAC, exceto o ICP, que é restrito ao MP. Como visto, a LACP prevê que os legitimados busquem a obrigação de reparar o dano tanto pela via judicial quanto pela extrajudicial. Como estabelece o art. 2º da Lei nº 7.347/85, a ACP será proposta no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

No entanto, Marcelo Abelha Rodrigues *apud* Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, 133), observa que a doutrina atual, percebendo o lapso do legislador que considerou a competência territorial como competência funcional nas ações coletivas, tem procurado contornar o equívoco, denominando-a como competência territorial absoluta.

EMENTA: RECURSO DE REVISTA-316001/1996. ACÓRDÃO REDIGIDO POR – IGMF. DJ-28/04/2000. 1. Ação Civil Pública-Legitimidade. A defesa dos interesses coletivos em juízo, através da ação civil pública, pode ser feita tanto pelo Ministério Público do Trabalho como pelos sindicatos, de vez que o ordenamento processual assegura a legitimidade concorrente de ambos (CF, art. 129, III, e parágrafo 1º. Lei 7.347/85, art. 5º., I e II). 2. Competência hierárquica para apreciação de Ação Civil Pública. O art. 16 da Lei 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei 9.494/97, ao dispor que a sentença prolatada em ação civil pública terá seus efeitos limitados à competência territorial do órgão prolator, admite exegese no sentido da limitação da sentença ao âmbito jurisdicional da Junta ou, o que condiz melhor com a natureza indivisível do provimento jurisdicional nessa modalidade de ação, a conclusão de que a competência originária deve ser de Tribunal, se a abrangência da lesão for regional ou nacional. Revista calcada exclusivamente em violação de lei não merece conhecimento, nesse

particular, diante da natureza interpretativa da controvérsia. (TST-RR nº 316001/96.4: Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. 22.2.2000).

A legitimidade do MPT e dos sindicatos são amplas, ambos podem atuar na tutela dos direitos coletivos *lato sensu* na justiça do trabalho.

4.2. Efeitos da coisa julgada, liquidação e execução de sentença na ACP laboral

Nos litígios individuais, autor e réu são determinados, os efeitos da coisa julgada vinculam os litigantes e impedirá que outra ação que envolva as mesmas partes, o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, seja novamente proposta. Conforme citado algures, na ACP, por força do art. 16 da Lei nº 7.347/85, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*. A eficácia da sentença e a própria coisa julgada se estendem para fora do processo.

Francisco Antonio de Oliveira (2003, p. 221-222) ressalta que em detrimento da previsão legal da eficácia *erga omnes* da coisa julgada, os efeitos *inter partes* foram projetados do campo individual para toda uma coletividade. A consequência é que a coisa julgada originária de um dissídio metaindividual, exceto na insuficiência de provas, assegurará o desfecho definitivo da coisa julgada, impedindo que a mesma ação seja novamente proposta em qualquer esfera, seja individual ou coletiva—art. 301, VI e § 3º, do CPC/73 (revogado), substituído pelo art. 337, *caput*, inciso VII e §§ 3º e 4º do CPC/15.

O juiz, de ofício ou a requerimento do interessado determinará o cumprimento da obrigação, caso não ocorra, ensejará a possibilidade da multa ou astreintes.

Nas obrigações de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica ou de cominação de multa diária, se esta for

suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (artigos: 11 da LACP, e 84, § 4º, do CDC). O que mais interessa como proteção dos interesses difusos e coletivos no âmbito trabalhista é o cumprimento da atividade devida ou a imediata cessação da atividade nociva, diante da irreparabilidade dos danos causados pelo infrator da norma legal. Por isso, cabe ao juiz, a requerimento do interessado, ou de ofício, cominar multa diária (astreinte) em valor suficiente a desencorajar o infrator a continuar descumprindo o preceito legal. [...]. Sua natureza é sancionatória/coativa, desvinculada do prejuízo aos interesses metaindividuais. (MELO, 2014, 308).

O art. 15 da LACP estabelece que decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória da ACP, sem que o autor da ação promova a execução, qualquer outro legitimado poderá e, o MP deverá promover a respectiva execução. Visto que a legislação é omissa sobre a liquidação de sentença da ACP, a doutrina, em análise sistemática e teleológica entende ser aplicável à liquidação, os comandos positivados no supradito art. 15 da LACP.

Apesar do art. 15 da LACP tratar apenas da execução, a doutrina tem entendido que o mesmo é aplicável também a liquidação, independentemente de ser associação ou outro legitimado o autor da ação coletiva condenatória. Desta maneira, qualquer dos legitimados terá legitimidade para a propositura da ação de liquidação coletiva. Desta forma, na omissão do autor da ação condenatória, o MP—por imposição legal—deverá propor a ação de liquidação e de execução coletiva. Para os demais legitimados é apenas uma faculdade. (SILVA, 2017),

No entanto, o art. 509 do CPC/15 prevê que os procedimentos de liquidação de sentença por arbitramento e por meio do procedimento comum, podendo ser proposta tanto pelo credor, quanto pelo devedor. A liquidação sempre se dará de forma definitiva, fixa o *quantum deabeatur*, mas, a execução poderá ocorrer de forma provisória – por quantia certa (art. 523 a 527 do

CPC/15) e obrigação de fazer ou não fazer (art. 77, IV e §§ e art. 497 do CPC/15).

Nos litígios coletivos inerentes aos interesses individuais homogêneos (art. 95 do CDC) a sentença favorável ao autor, sempre será genérica. Assim, após o trânsito em julgado da decisão, o art. 97 do CDC, estabelece que a execução individual, caberá a vítima (indivíduo), seus sucessores ou qualquer dos legitimados extraordinários—também poderão promover a liquidação respectiva sentença. Já, no art. 98 do CDC, está positivado que a execução poderá ser coletiva, neste caso, deverá ser promovida somente pelos legitimados extraordinários.

A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos foi prevista pelo legislador como procedimento em duas etapas. Na primeira etapa, os entes dotados de legitimidade ativa poderão propor, em nome próprio e no interesse das pessoas afetadas (ou de seus sucessores), ação de responsabilidade pelos danos sofridos. No caso de acolhimento do pedido, o juiz proferirá uma sentença condenatória de caráter genérico, fixando a responsabilidade do réu pelos danos que tenha causado. Após o trânsito em julgado dessa decisão, terá início a segunda etapa, consistente na liquidação e na execução da sentença condenatória. Nesta fase, cada vítima (ou seus sucessores) deverá provar, em processo individual, o dano sofrido e o nexo de causalidade, procedendo-se à quantificação da reparação. A liquidação e a execução poderão se desenrolar no foro do domicílio do autor individual, mesmo que seja diverso daquele em que tramitou o processo original no qual se produziu a decisão genérica. (GRINOVER *et al.*, 2014, p. 221).

Contudo, deve-se observar as determinações do art. 99 do CDC, que estabelece sobre a preferência da indenização da condenação na ACP sobre os demais créditos concorrentes. No parágrafo único do supracitado artigo está positivado que, somente após a decisão em segundo grau, a citada indenização poderá ser revertida ao fundo criado pela Lei nº 7.347/85.

Já, o art. 100 do CDC, estabelece que decorrido o prazo de um ano, sem que ocorra a habilitação de interessados em número

compatível com a gravidade do dano, os legitimados para ACP poderão promover a liquidação e a execução da indenização. Este valor reverterá para o fundo fluido, criado pela LACP. Segundo Thais Helena Pinna da Silva (2017), o mesmo, é similar ao *fluid recovery* das *class actions*.

Deste modo, o juízo competente para receber e julgar a ACP, também o será para a liquidação e a execução, que se dará nos mesmos autos. A Justiça do Trabalho terá competência para conhecer e julgar a ACP laboral em todas as fases processuais.

4.3. Cidadão e trabalhador: legitimidade para a Ação Civil Pública em âmbito laboral

Como visto, a legitimidade do MPT e dos sindicatos são amplas, ambos podem atuar na tutela dos direitos metaindividuais na justiça do trabalho. Mas, tanto o cidadão quanto o obreiro, independentemente do vínculo empregatício, não poderão agir diretamente na defesa de seus direitos metaindividuais. Assim, a ACP em âmbito laboral também adota o modelo de processo coletivo representativo, restritivo e autocrático. Motivo das preocupações, questionamentos doutrinários e sugestões citadas alhures.

Valendo-se da impossibilidade da definição de todos os sujeitos difusos e do pressuposto que alguns destes poderão ter interesses divergentes, o legitimado anômalo, dificilmente alcançará a almejada unanimidade na defesa dos direitos e interesses difusos. Vicente de Paula Maciel Júnior (2006, p. 188) defende a tese das ações temáticas, onde a definição do legitimado não transcorre pelo sujeito, mas pela vinculação com tema ensejador das demandas dos interesses difusos.

Para possibilitar a formação dos temas, é de suma importância que o juízo, previamente, promova uma ampla publicidade para viabilizar a participação de qualquer interessado, visto que, somente assim, o mérito processual será formado

democraticamente, proporcionando a construção de um dispositivo derivado das reais pretensões da coletividade. Compartilhando dos mesmos entendimentos, Fabrício Veiga Costa, com o fito de ampliar o objeto da “ação temática” e assegurar a legitimidade democrática do provimento, defende que assim que o juízo receba a Petição Inicial, promova a realização de Audiência Pública.

O mérito processual nas ações temáticas não fica adstrito àquilo que foi alegado na exordial, até porque, o conteúdo da petição inicial é apenas o ponto de partida utilizado como critério por todos os interessados para orientar a definição da matéria de mérito que permeará todo o discurso democrático. [...]. Ampliar o objeto da ação temática através da utilização de meios legítimos que venham a garantir a publicização de seu objeto é o mesmo que assegurar a celeridade e a economia processual, uma vez que assim estaria evitando o demandismo individualizado que visa buscar a proteção jurídica de direitos de natureza coletiva difusa. [...]. A realização de Audiência Pública é uma estratégia extremamente relevante para assegurar a legitimidade democrática do provimento e a participação ampla dos interessados no processo coletivo. (COSTA, 2012, p. 230-234).

Como citado, no Brasil, o direito processual coletivo ainda se ancora nas premissas do direito singular. Fabrício Veiga Costa (2015, p. 32), afirma que o processo coletivo apresenta características e princípios próprios e deve ser entendido como um segmento autônomo do direito. Contudo, Raimundo Simão de Melo (2014, p. 44) pondera que o processo coletivo e o individual se complementam, não se anulam e também não são antagônicos. Pois, na medida que as ações individuais não atendem as demandas para as soluções de massa, as ações coletivas também não alcançam todos os casos e muitas vezes não são utilizadas pelos legitimados que se omitem ou não as conhecem.

Não obstante, Gregório Assagra de Almeida, alerta sobre os riscos da banalização dos direitos coletivos e de outros direitos e

garantias constitucionais.

O direito coletivo, juntamente com os outros direitos e garantias constitucionais fundamentais, exerce um papel nuclear no plano da realização dos compromissos fixados que giram em torno da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º da CF/88). A frustração dessas promessas, com a banalização do próprio direito coletivo e de outros direitos fundamentais, é um risco à própria estabilidade social, política e jurídica do país. (ALMEIDA, 2008, p. 582).

Por isso é tão importante o aprimoramento do modelo de direito coletivo adotado pelo Brasil. Apesar da nova *summa divisio* constitucionalizada; direito individual e direito coletivo (Título I da CRFB/88), o ordenamento jurídico pátrio, ainda não dispõe de um Código específico para os direitos metaindividuais, adotando o modelo representativo, autocrático, fundado nos princípios do direito individual.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 1º do CPC/15 ao estabelecer sobre a obrigatoriedade da obediência ao referido código, determina que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado em conformidade com os valores e as normas fundamentais da CRFB/88. Desta maneira, para que o processo seja válido, sempre deverá ser observado o contraditório, a ampla defesa e, conseqüentemente, o devido processo legal. Assim, a previsão do art. 488 do CPC, onde o juiz poderá decidir e julgar o mérito sem que a parte preencha os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, trata-se de uma situação excepcional. Ou seja, o juiz somente poderá decidir o mérito, caso a parte que se aproveita da decisão seja, exclusivamente, a mesma que seria beneficiada pela

sentença terminativa, prevista no art. 485 do aludido Código. Regramento aplicável a qualquer postulação judicial.

Como explanado, a legislação definiu os legitimados para a ACP de forma extraordinária. Porém, em um modelo de processo autocrático, dificilmente, alcançar-se-á todos os reais interesses difundidos na coletividade. Pois, apesar da previsão normativa que objetiva a proteção dos direitos metaindividuais, o modelo representativo, ora em vigência, não assegura a atuação direta do jurisdicionado nas ações metaindividuais.

Assim sendo, a ACP em âmbito trabalhista, também não obterá um provimento que efetivamente atenda aos reais interesses da coletividade ou da classe trabalhadora. Haja vista, que o direito tutelado é coletivo *lato sensu*, mas, os interesses sempre serão individuais, postulados de forma coletivizada. Desse modo, em desconformidade com os princípios democráticos, o modelo representativo adotado para a ACP laboral, principalmente nos casos dos direitos difusos, impossibilita àqueles que sofrerão os efeitos da sentença, o direito de externar, sem a presença de intermediários, os seus interesses em juízo. Problema este, passível de superação, conforme salientado neste estudo, com a adoção das audiências públicas no modelo das ações temáticas.

Por fim, constatou-se que o modelo representativo adotado na ACP laboral, além de inibir à apreciação de muitas questões controvertidas, também ensejam o cerceamento do juízo ao pleno conhecimento das reais pretensões dos representados. Dessarte, compromete o dispositivo final, pois, prejudica a formação do mérito processual. Apesar dos avanços advindos com a ACP, tutelando os direitos e interesses metaindividuais, inclusive os laborais, o modelo representativo, adotado pelo Brasil, ainda carece de aprimoramentos, pois, não atende aos princípios do processo constitucional, capitaneados pela CRFB/88 e pelo CPC/15.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Ana Iris Galvão. Termo de ajustamento de conduta: uma análise sobre sua natureza, alcance e limites. In: LAGES, Cintia Garabini; LÔBO, Edilene; LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. (Org.). Seminário Internacional “direitos fundamentais, jurisdição e processo coletivo” (democracia e processo). I, 2015. Itaúna. *Anais...* Pará de Minas: VirtualBooks, 2016, v. 1, 224 p.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. Enunciados aprovados–2ª JDMPT. Brasília, 9-10 out. 2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Processo nº 01281-2006-065-03-00-0. Recurso ordinário. Ação Coletiva X Ação Civil Pública. *TRT-03–Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais*. Diferenciação. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm;jsessionid=F7A37294AE77268AAC6C45A4BB3DADE8>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Recurso de Revista nº 316001/96.4. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada-antiga->>>. Acesso em 13 fev. 2017.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participativa nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2012.

COSTA, Naony Souza. A construção participada do provimento no recurso extraordinário repetitivo: análise

constitucional do enquanto um instrumento de tutela coletiva. In: CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo & GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Org.). *Direitos fundamentais: ações coletivas e reflexos do novo Código de Processo Civil na tutela coletiva. Condições e possibilidades do sistema único das ações coletivas*. V. 3. Pará de Minas: VirtualBooks, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Elaine Nassif. (Trad.). Campinas: Bookseller, 2006.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; MILARÉ, Édis. *Manual de direito público e privado*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas Ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Org.). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel. Análise da possibilidade de existência de dano moral coletivo no direito ambiental. In: CHAVES, Charley Teixeira & ALMEIDA, Gregório Assagra de. (Org.). *Democracia e subjetividade: abordagens interdisciplinares*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

LOBATO, Maria Regina. *Dissídio coletivo*. São Paulo: LTr, 2014.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como a ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. O Ministério Público e as novas técnicas de atuação na defesa dos direitos fundamentais. In:

ALMEIDA, Gregório Assagra de & SOARES JUNIOR, Jarbas. (Coord.). *Teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação Civil Pública: enfoques trabalhistas – doutrina – jurisprudência – legislação*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Jussara Simões. (Trad.); Álvaro da Siva (Rev. tec. e da trad.). 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SILVA, Thais Helena Pinna da. *Liquidação de sentença nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4600>. Acesso em: 12 fev. 2017.

[1] Mestre em Direito–Proteção dos Direitos Fundamentais–Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais–Universidade de Itaúna.

[2] Doutor em Direito pela UFMG com pós-doutorado em Direito Empresarial (Puc-MG) e Administração de Empresas (Fumec). Mestre. Especialista pela Universidade de Lisboa. Avaliador INEP/MEC. Professor de pós-graduação e graduação. Autor e avaliador de artigos qualificados CAPES. Pesquisador e advogado.

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A FUNÇÃO E O OBJETO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – *JUDICIAL REVIEW* – NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO PENSAMENTO DE ADA PELLEGRINI GRINOVER

Camilo Zufelato³

BREVE NOTA EXPLICATIVA

O presente texto foi escrito no ano de 2015, destinado a uma obra em homenagem à Ada Pellegrini Grinover que por razões que desconheço não veio a lume, de modo que o texto restou inédito.

Essa a razão pela qual quando o texto se refere à homenageada o tempo verbal está no presente; optei por não alterá-lo por duas razões: **i)** muitas referências dizem respeito ao pensamento de Ada Pellegrini Grinover, de modo que não me parece incorreto mantê-las no presente e não no passado; **ii)** e o mais importante, tentar com essa sutileza do uso do tempo verbal expressar a verdadeira força da ideias da Professora, que são a sua atualidade e indispensabilidade, e portanto a sua aplicabilidade no presente. Com isso, oxalá consigamos mantê-la um pouco mais entre nós.

1. SOBRE A HOMENAGEADA E A HOMENAGEM

É uma honra poder participar de obra em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. A Professora representa, para a comunidade jurídica nacional e também internacional, uma das figuras mais emblemáticas para o progresso da ciência do direito, especialmente porque é responsável por defender, no campo teórico, e também contribuir para que se implemente, no campo prático e na vida cotidiana dos jurisdicionados, a dimensão garantista da *tutela de direitos*, na busca incansável de um processo “justo”.

Nunca é demais lembrar que a Professora é artífice das grandes mudanças paradigmáticas, legislativas e doutrinárias, que nas últimas décadas o direito brasileiro experimentou e ainda vem experimentando. Ousada e de espírito inquieto e criativo, portadora de uma força de trabalho incansável, a genialidade de suas ideias, caracterizadas pela contemporaneidade das preocupações, repercute com pujança no âmbito doutrinário, legislativo e jurisprudencial.

Mas, além disso, laços de afeto e gratidão me ligam à homenageada. Como seu orientando de doutorado, devo à seriedade da Professora grande parte do meu crescimento acadêmico, e a amizade que hoje nos une permitiu-me conhecer mais de perto suas virtudes pessoais, o que só faz a admiração por ela crescer.

Por isso a homenagem é justíssima. E também muito oportuna do ponto de vista científico, pois se dedica a ressaltar as contribuições da Professora no campo dos processos coletivos e das políticas públicas, esses que são, pode-se assim dizer, dois dos seus mais recentes campos de interesse científico. E como sói ocorrer, sua atuação não se dá simplesmente no plano teórico: a Professora é eminentemente propositiva e prospectiva, e de suas reflexões acadêmicas sempre surgem propostas concretas, de modo especial Anteprojetos de Lei.

O tema que aqui será abordado, qual seja, o controle jurisdicional de políticas públicas, recebeu dela tratamento pioneiro, que há tempos vem coordenando, juntamente com

Kazuo Watanabe, no CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Pesquisas Judiciais – grupo de trabalho que já produziu um Anteprojeto de Lei sobre o assunto, no qual se pode observar os diversos pontos críticos do complexo tema.

O presente escrito abordará a *dimensão constitucional do tema*, para ressaltar uma característica central e emblemática no pensamento científico de Ada Pellegrini Grinover, qual seja, sua veia de constitucionalista, o que a faz conceber o direito processual a partir de uma dimensão garantista, fielmente alinhada aos preceitos e normas constitucionais. Para tanto, analisar-se-ão passagens clássicas de Ruy Barbosa com o fim de se caracterizar a *função* e o *objeto* presentes na origem brasileira na adoção do controle difuso de constitucionalidade, para então observar como a homenageada argutamente sustenta que as ações de controle jurisdicional de políticas públicas são, em essência, uma forma de realização de controle de constitucionalidade, mas de forma distinta daquela originalmente concebida e aplicada no início da vigência da Constituição de 1891, mas que até hoje está presente entre nós.

Por essa razão que a abordagem aqui empreendida pautar-se-á, basicamente, em obras da homenageada, a fim de ressaltar sua vertente constitucional, bem como em clássica obra de Ruy Barbosa sobre o tema.

A ideia é revelar como a *supremacia da Constituição* é o ponto convergente entre ambos, mas, processualmente, quando se realizada, junto ao Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade difuso, via ação de tutela de direitos e liberdades públicas, ou via controle de políticas públicas, há sensíveis alterações, especialmente quanto à sua função e ao seu objeto: *do individual para o coletivo, e da decretação de nulidade para a implementação prática de direitos*.

2. A RAIZ CONSTITUCIONAL DE ADA PELLEGRINI GRINOVER

Muito embora Ada Pellegrini Grinover seja notoriamente conhecida como processualista, com diversas obras e contribuições científicas e propostas legislativas no campo do direito processual civil e penal, há de se ressaltar que em realidade na sua trajetória acadêmica também dedicou grande atenção ao direito constitucional, desde os primeiros passos como professora, até os seus mais recentes escritos e reflexões, como é o caso, exatamente, do controle judicial de políticas públicas.

E mais: mesmo como processualista, a marca indelével de sua contribuição para esse ramo do conhecimento jurídico tem sido exatamente ressaltar a *dimensão constitucional do processo*, e com isso protagonizando a defesa e a implementação do garantismo processual, aderindo à instrumentalidade ética do processo.

A revelar a faceta constitucionalista de Ada Pellegrini Grinover, um depoimento dela própria é lapidar para esclarecer sua forte relação com o direito constitucional, desde o princípio de sua atuação acadêmica:

Não é casual, nem irrefletida, esta visão do processo em sua unidade – unidade fundamental das diversas disciplinas processuais, no que guardam de comum; unidade constitucional dos distintos instrumentos processuais, estabelecidos e assegurados para a tutela dos direitos do homem.

Seja-me concedida uma breve incursão retrospectiva: a importância fundamental do direito constitucional para a formação jurídica, inculcada pelas lições de meu pai, Professor de Direito Constitucional na Universidade de Nápoles; o interesse pelo direito processual, com o mestrado e o doutorado na USP, o início da carreira docente, como assistente de Direito Constitucional, a convite de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na Faculdade Paulista de Direito; a livre-docência na USP, conquistada com uma tese de processo constitucional; a criação, no Departamento de Processo da USP, da disciplina Teoria Geral do Processo, como introdução unitária ao estudo dos diversos ramos do processo; o ensino da disciplina, no Curso diurno das Arcadas; a preparação, como Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, de nosso livro didático sobre a matéria; a

regência da disciplina Liberdades Públicas no Curso de Pós-Graduação da FADUSP; o irreprimível interesse pelo processo penal, onde mais agudamente se põem a necessidade do enfoque do processo como instrumento de liberdade jurídica e a exigência de limites postos aos poderes repressivos do Estado, em nome da dignidade humana; o ensino do Processo Penal no 5º ano do Bacharelado; e, finalmente, os títulos quase concomitantes de Professor Adjunto pelos Departamentos de Direito do Estado e de Direito Processual da USP.

Assim moldado meu pensamento, assim plasmada minha personalidade, assim orientados meus estudos, a vocação pelo processo constitucional, unitariamente entendido, está hoje incoercivelmente consolidada e impregna as minhas reflexões.

É este ponto de vista, esta postura, esta concepção que transparecem dos estudos que, reunidos, vêm agora a lume e que, só por esse enfoque, podem merecer a atenção dos estudiosos. Porque somente assim considerado o processo se transforma, em sua unidade, de mero instrumento técnico, em instrumento ético e político de garantia de liberdades.⁴

É notável que as influências do direito constitucional conformaram-lhe a visão de processualista. É a partir dessa ideia matriz que concebe o processo como instituição unitária, sustentando uma teoria geral do processo que reúne, especialmente a partir da Constituição, institutos, princípios, valores, etc., aplicáveis a toda e qualquer espécie processual.⁵ Para Ada, o processo é visto como uma unidade fundamental, caracterizado como instrumento ético e político e garantidor de liberdades. O fundamento axiológico e normativo desse pensamento não é outro se não a Constituição.

As passagens abaixo transcritas são reveladoras da importância que o direito constitucional tem no pensamento e na obra da autora:

Os estudos constitucionais do processo, em que as atenções se voltam para o dado jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de

determinado momento histórico; a transformação do processo, de instrumento puramente técnico em instrumento ético e político de atuação da Justiça e de garantia da liberdade; a plena e total aderência do processo à realidade sócio-política a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais. É assim que o eixo dos estudos dos novos processualistas das Arcadas se desloca para outros enfoques e posturas, rumo ao instrumentalismo substancial do processo e à efetividade da Justiça, quando todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada qual deles.⁶

A cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do direito processual, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transforma o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia da liberdade.⁷

Vale ainda notar que na pioneira e clássica obra *As garantias constitucionais do direito de ação*, de 1973, Ada une umbilicalmente o direito processual às garantias constitucionais, numa fase em que a quase totalidade dos processualistas pautavam suas análises em questões quase que exclusivamente técnicas e procedimentais. As passagens abaixo mostram as preocupações constitucionais no trato do processo:

Na infinidade de leis fragmentárias e provisórias, o homem, saindo de experiências jusnaturalistas e positivistas e amadurecido nas devastações na nossa época, procura valores e normas superiores e relativamente imutáveis, mas não metafísicos e abstratos; e os encontra no recurso universal ao instituto da justiça constitucional. Ademais, a *justiça constitucional guarda, além de sentido filosófico, sentido social, no quadro da evolução do Direito do Estado moderno, como instrumento de equilíbrio de exigências contrastantes e como meio de atuação de fórmulas*

constitucionais.⁸ (grifei)

Mas, vasto é o campo abrangido pelo *direito processual constitucional*.

Nele há de se distinguir, inicialmente, entre tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, de um lado, e a jurisdição constitucional de outro.

Entre os princípios fundamentais da organização judiciária, enquadram-se as normas constitucionais sobre os órgãos jurisdicionais, sua competência e suas garantias; os princípios fundamentais do processo, no plano constitucional, englobam o direito de ação e a defesa e outros postulados que deste decorrem: o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes e deveres do juiz e das partes, a assistência judiciária, etc. A *jurisdição constitucional*, por sua vez, compreende o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração e a *jurisdição constitucional das liberdades e dos atos da Administração* e a *jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais* (*habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular).⁹ (grifei)

No campo do devido processo legal, há ricas contribuições de Ada Pellegrini Grinover ao enfoque constitucional-garantista do direito processual, ainda antes da Constituição de 1988.

Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do *devido processo legal*, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo.

Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade.

Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade

constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.¹⁰

Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia da imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.¹¹

E mesmo no campo dos processos coletivos, no qual Ada Pellegrini Grinover é a grande pioneira e expoente, não somente no Brasil como nos países de *civil law*,¹²—tema sobre o qual liderou grupo constituído por Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, em 1983, que redigiu a primeira versão do Anteprojeto de lei de ação civil pública -, a homenageada encontra fundamentos constitucionais para a tutela coletiva, como ela própria anota:

Em segundo lugar, é digna de relevo a ideia de que as associações que atuassem na defesa de seus associados seriam, na verdade, investidas de legitimação ordinária, porquanto estariam perseguindo em juízo suas próprias finalidades institucionais e, conseqüentemente, interesses próprios. *Não é difícil chegar a essa conclusão, seja levando em conta as normas constitucionais que estimulam a solidariedade social também pelo reconhecimento de entidades associativas* (arts. 160, 176 e 153, § 28, da Constituição)¹³ (grifei)

Partindo do processo coletivo já bastante consolidado entre nós, da ideia de indivisibilidade de certos direitos, especialmente

aqueles de segunda e terceira geração, e especialmente dos avanços alcançados no campo da eficácia dos direitos fundamentais, bem como do modelo de Estado Democrático de Direito concebido por uma Constituição repleta de garantias individuais e coletivas, se estava bem a meio caminho do tema da judicialização de políticas públicas.

A consolidação da ideia de direito processual constitucional, da qual Ada Pellegrini Grinover é a maior responsável no país, e a visão de processo como instrumento hábil para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, aliadas à mutação do papel do Judiciário em face da omissão ou incorreção do Poder Público, apontava para um novo cenário na tutela de direitos.

Neste contexto, as políticas públicas são os vetores que conduzem o Estado à satisfação dos direitos fundamentais, previstos na Constituição, e na medida em que o judiciário controla essa atuação ou inação dos demais poderes, por meio do *judicial review*, está realizando, segundo a homenageada, controle de constitucionalidade.

Enfim, honrando sua raiz constitucional, Ada Pellegrini Grinover apontou uma vez mais, e com absoluto acerto, no sentido de potencializar a dimensão constitucional do processo, na qual esse é instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

3. O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O cerne do presente escrito é a seguinte passagem da homenageada:

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente

vinculado à política estatal. [...] O controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.¹⁴ (grifei)

Nessa passagem, anota Ada Pellegrini Grinover que o Judiciário, ao apreciar demanda na qual se discute certa política pública, em verdade realiza *controle de constitucionalidade* da ação ou inação dos poderes Legislativo e Executivo acerca dessa dada política, confrontando-a com os escopos do Estado segundo a dicção constitucional sobre o tema.

Eis o ponto central: nas ações de controle jurisdicional de políticas públicas ocorre *judicial review* da conduta dos outros poderes constituídos, portanto um verdadeiro controle de constitucionalidade.

Mas, a própria homenageada assevera que essa análise sobre a constitucionalidade da política pública – ou, mais comumente, da ausência ou imperfeição dela – não se opera num plano de confrontação direta e imediata; o contraste, se houver, deverá ser aferido em outro plano, mais delicado e complexo, analisando-se a própria política pública estatal (ou ausência dela) e os fins que a Constituição estipula para aquele direito fundamental a ser tutelado pela política pública.

O *modus operandi* desse tipo de controle de constitucionalidade é bastante diverso do clássico, e o *judicial review* ganha conotação mais ampla e complexa.

Como se verá, nessa forma de controle de constitucionalidade há a transmutação da ideia do processo como garantia de direitos individuais para a de controle de políticas públicas (um direito coletivo implementado pelo Estado).

3.1. O controle concreto de constitucionalidade e a adoção originária do judicial review no direito brasileiro: a obra de Ruy

Barbosa

Para poder notar as alterações de função e objeto no controle difuso de constitucionalidade brasileiro, com o advento do controle de judicial de políticas públicas, é necessário iniciar a partir da concepção original do *judicial review* no Brasil. Para tanto utilizar-se-á obra de seu maior expoente no país, Ruy Barbosa.¹⁵

Desde já é possível indicar que, mesmo com as distinções que há entre as duas formas de controle de constitucionalidade, existe entre elas uma base comum, que decorre da própria razão de ser do controle, ou seja, o *judicial review* concedido ao Poder Judiciário.

Nesse escrito, em que o Águia de Haia analisa hipótese concreta de atos do Poder Público emanados em abril de 1892 relativamente ao Estado de Sítio que ocorrera à época, em prejuízo às garantias individuais dos cidadãos envolvidos, dentre eles civis e militares, em flagrante desrespeito à Constituição Republicana de 1891, da qual Ruy Barbosa é o grande mentor. Para proceder à defesa dos cidadãos atingidos pelos atos de arbítrio do governo republicano, o insigne jurista – e ninguém melhor do que ele – faz extensa e profunda análise do modelo de controle de constitucionalidade instaurado pela Constituição de 1891 para extirpar qualquer dúvida sobre a possibilidade do Poder Judiciário (no caso, a Justiça Federal da época) analisar a constitucionalidade das medidas exaradas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse sentido, tais fundamentos são verdadeiras lições acerca do modelo de controle de constitucionalidade que à época o Brasil acabara de adotar, sob fortíssima influência do pioneiro modelo norte-americano criado pelo juiz Marshall.

Nas passagens que se seguirão desta obra que é um dos marcos teóricos fundamentais do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, Ruy Barbosa analisa um caso concreto acerca da violação a um direito individual clássico de primeira geração: o direito à liberdade dos indivíduos envolvidos.

Primeiramente destaca-se um trecho no qual Ruy Barbosa aponta a origem norte-americana do modelo de controle adotado à época entre nós:

Nesta excursão pelas novidades de um regimen inteiramente sem passado entre nós, atravez dos artificios, com que as conveniências e os infortúnios de uma epocha anormal lhe vão solapando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lampada de segurança será o direito americano, suas antecedentes, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dele, e a propria lei nos poz nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos orgânicos da justiça federal, que 'os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas da Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.¹⁶

É bem interessante para a análise do controle de políticas públicas como o autor pontua que nossa ideia de democracia e controle de poder é muito baseada na ideia de autoridade legislativa – representação pelo voto –, ao passo que para os americanos o sistema político como um todo, inclusive o império da lei, está subordinado à *supremacia da Constituição*, que se impõe inclusive sobre os poderes Legislativo e Executivo. Este elemento de que a Constituição contém o *núcleo fundamental da democracia de um povo* é muito rico para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade via políticas públicas na medida em que o Judiciário deverá compatibilizar tais políticas com os escopos perseguidos pelo Estado:

A nossa politica de phraseologia, a nossa ausencia de educação juridica, os vicios francezes de nossa disciplina intellectual levam-nos a confundir a nação com as assembléas representativas, e a usar indifferentemente da palavra *soberania*, quando nos referidos ao povo, ou quando nos referimos ao corpo legislativo. 'A revolução avesou-nos ao despotismo das assembléias' (dizia Laboulaye aos constituinte de 1871), 'e apenas de hontem para cá é que se principia a falar, entre nós, em

limites ao Estado. Si, entretanto, olharmos para a historia, veremos que o progresso da liberdade é simplesmente uma redução successiva do governo'. 'Os franceses' (poderíamos dizer os brasileiros) 'vêm nas camaras a voz da nação; e, como nada póde coartar a vontade nacional, tambem nos parece que nada póde limitar a auctoridade legislativa das assembleias. Identificamos o mandatario e o mandante, deploravel confusão, que confisca a soberania nacional em proveito de alguns homens, entregando-lhes o paiz á mercê. Para os americanos, ao contrario, a soberania é inalienavel; os deputados têm apenas um poder subalterno e derivado; nunca lhes seria dado esquecer que o povo é o seu soberano, e que não lhes assiste direito nenhum de excederem o mandato por elle conferido. Esse mandato é a Constituição'. Numa palavra, conclue esse eminente espirito, 'todo o systema politico dos americanos assenta no principio de que ha uma lei, a que o legislador está submetido. Essa lei, *dirigida contra a omnipotência das assembléas*, é a Constituição.¹⁷

Enfim, para Ruy Barbosa, o grande mérito da adoção, dentre nós, do modelo de *judicial review*, é a contenção de abusos do poder Legislativo. Em boa medida, e acrescentando-se à fala de Ruy, nos tempos atuais e relativamente às políticas públicas, não só a inoperância do Legislativo mas também, e principalmente, a do Executivo, na omissão ou equívoco na implementação de políticas públicas:

O merito capital da Constituição brasileira é ter aproveitado esta lição, buscando precaver-nos, pela transplantação da idéa americana, contra a tyrannia parlamentar, que os mais convencidos propugnadores do parlamentarismo constituinte confessam mais fatal aos direitos dos cidadãos do que qualquer outra tyrannia.¹⁸

Vê-se claramente nesse controle a ideia de supremacia do Judiciário em face da sistemática constitucional:

Fôra desse insulado, a idéia prima das federações é a limitação do poder legislativo pela Constituição e a expansão do poder judiciario como orgam supremo da

hermeneutica constitucional. ¹⁹

Hamilton escrevia, na sua apologia immortal do regimen americano: 'Se existe axioma politico irrefragavel, é o que prescreve ao poder judiciario extensão igual à do legislativo'. Com a mesma energia insiste Story neste dogma de politica constitucional, e, com elle, Kent, Hare, Cooley, todos esses luzeiros que illuminam a sciencia do direito federativo. E Tocqueville, cuja auctoridade não empallidece entre essas, diz: 'O âmbito do poder judicial, no mundo politico, deve ser commensurado ao do poder electivo. Si estas duas coisas não andarem a par, o Estado acabará por cahir em anarchia, ou servidão.' ²⁰

Não passou despercebido a Ruy Barbosa que nessa função de controladora do poder Legislativo, à magistratura deveria ser reconhecida legitimidade política para tanto. Valendo-se de uma passagem de Hamilton, defende que os tribunais devam ser considerados um “corpo intermediário entre o povo e a legislatura”, exatamente com a missão de controlá-la, sempre com base na Constituição. Essa visão é atualíssima e traz subsídios inclusive para fundamentar e legitimar, politicamente, o controle constitucional de políticas públicas:

Dizem que o corpo legislativo é o juiz constitucional de seus proprios poderes, e que sua maneira de interpretar os é obrigatoria para os outros ramos do governo. Mas podemos revidar que tal presumpção não é natural, desde que nenhuma clausula da Constituição deixa de inferil-a. Fôra suppor que a Constituição tivesse em mira habilitar os representantes do povo a substituírem *pela sua vontade* a de seus comittentes. *Muito mais razoavel será crer que ella contemplasse os tribunaes como um corpo intermediário ao povo e á legislatura, com o fim, entre outros, de prendel-a nos limites á sua auctoridade.* Interpretar as leis é jurisdicção propria e peculiar dos tribunaes. Uma Constituição é, de facto, e pelos juizes deve ser havida como a lei fundamental. *Aos juizes, portanto, compete verificar o pensamento della, assim como o dos actos legaes do corpo legislativo. Acontecendo haver desintelligencia irroconciliavel entre os dois, ha de necessariamente primar o de mais força; por outra: a Constituição deve prevalecer à lei, a intenção*

do povo á de seus agentes.²¹ (grifei)

Especificamente sobre a função e o objeto do controle de constitucionalidade pelo *judicial review*, há na clássica obra de Ruy Barbosa alguns aspectos relativos ao modelo adotado pela Constituição de 1891 que parecem destoar daquele modelo de controle realizado na judicialização de políticas públicas.

O primeiro dado destoante tem a ver com o contexto político-econômico da época, que notadamente era liberal e que por isso se distancia bastante do perfil dirigista e social da Constituição de 1988.²²

A partir dessa premissa liberal que está na base do pensamento de Ruy Barbosa e na adoção original do *judicial review* no Brasil, pode-se observar que há duas características básicas no modelo de controle difuso defendido por Ruy Barbosa: i) a inconstitucionalidade do ato legislativo deverá ter afetado um *direito individual subjetivo* – nunca é demais lembrar que no caso concreto sob análise do autor violou-se o direito liberal por excelência, a *liberdade* de seus consulentes – e; ii) daí decorre que haveria uma restrição quanto ao controle de atos dos demais poderes que tenham uma conotação que transcenda esses limites individuais subjetivos, como sói acontecer no controle de políticas públicas. Assim, o autor aponta a necessidade de uma certa limitação da atuação jurisdicional em tema de questões que não envolvam direitos individuais.

Vejamos:

A esfera do tribunal é unicamente decidir acerca dos *direitos individuaes*, não investigar de que modo o executivo (ou seus funcionarios) se desempenha de encargos commettidos á sua discreção [...]

Nestes três lances resae varias vezes a noção de que os tribunaes só não podem conhecer da inconstitucionalidade, imputada aos actos do poder executivo, quando esses actos se abrangem na categoria daquelles, que são confiados á sua discreção, e não interessam garantias individuaes. Si entendem com essas garantias, e não se comprehendem na acção

constitucionalmente discrecionaria do poder, esses actos constituem materia judicial. No caso contrario, são propriamente politicos".²³ (grifei)

Hare, no seu precioso curso de Constituição americana, examina uma serie de hypotheses, assignadas todas pelo mesmo cunho: poderes de ordem essencialmente discrecionaria, taes como o do presidente em optar e intervir, com as forças da União, entre dois governos coexistentes e rivales no mesmo Estado, ou o do Congresso em condemnar o governo de um Estado como não republicano, sob a faculdade, que, em termos indefinidos, lhe outorga o art. IV do pacto federal.

Toda a gente percebe que subordinar attribuições desta ordem á instancia revisora dos tribunaes seria grosseiro contrasenso e rematada confusão. É irregular, ou desastrosa a declaração de guerra? Intempestiva, ou perigosa a mobilização da milicia? desigual, ou oppressiva a fixação dos tributos? Parcial, ou inepta a ingerencia federal nas luctas intestinas dos Estados? São questões de natureza opinativa, que se resolvem, não de accôrdo com regras preestabelecidas e formaes, mas segundo o critério da observação, da previdencia, da utilidade. São, portanto, questões de governo. Incumbem á esphera do administrador, do estadista. A justiça, porém, gyra unicamente no circulo das relações, acerca das quaes o dever e o direito se determinam pela vontade positiva da lei.²⁴

O arbítrio, administrativo, ou legislativo, onde a Constituição o auctoriza, o arbitrio de cada funcção politica no circulo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuaes, ou collectivos, que a propria Constituição garante. 'A materia de um pleito é politica e alheia ao dominio da justiça', diz Pomeroy, 'tão sómente quando envolve a existencia *de jure* de um governo, ou a legalidade de medidas *puramente governativas* (*purely governmental*)'. Mas, si o acto não prende *exclusivamante* com interesses politicos, si, de envolta com estes, ha direitos individuaes, de existencia constitucional, que elle atropella, a jurisdicção dos tribunaes então é *innegavel*; por ella, de seu natural, abrange todo o campo das questões, onde se acharem *'fundamentalmente interessados o direito e a propriedade particulares'*. Esta distincção, respeitando a circunferencia privativa a cada poder nas extremas de sua discreção legal, não permite que essa

*circunferencia alongue arbitrariamente o seu diâmetro, ou seu multiplique em pretensões excêntricas ao seu objeto.*²⁵ (grifei)

Actos *políticos* do Congresso, ou do executivo, na accepção em que esse qualificativo traduz excepção á competencia da justiça, consideram-se aquelles, a respeito dos quaes a lei confiou a materia á discricção prudencial do poder, e o *exercício della não lesa direitos constitucionais do individuo.*

Em prejuízo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes.

[...] Numa palavra:

A violação de garantias individuaes, perpetrada á sombra de funções políticas, não é immune á acção dos tribunnaes.

*A estes compete sempre verificar si a attribuição politica, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida.*²⁶

Em realidade, tendo em vista a ideologia política, social e jurídica da época, é claro que não poderia ser outra a solução em face do exercício do controle de constitucionalidade de atos normativos. A evolução da ciência jurídica, e especialmente a ideologia da Constituição de 1988 é que propiciaram a expansão da função e do objeto do controle de constitucionalidade em sede de políticas públicas.

Contudo, muito embora haja diferenças substanciais entre os dois momentos históricos, decorrentes dessa mudança de paradigma constitucional de 1891 a 1988, no cerne da questão há, em comum entre ambas, o fato de ser o Judiciário autorizado a controlar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes como medida de contenção de forças e necessidade de salvaguardar e efetivar a tutela de direitos, e isso também pode ser observado nas referidas passagens de Ruy Barbosa.

3.2. O judicial review no direito brasileiro contemporâneo: Ada Pellegrini Grinover

O controle concreto de constitucionalidade via *judicial review*, conforme anotado no item anterior, passou por algumas mudanças, especialmente pós 1988, e, mesmo sem perder a sua essência de fazer com que o Judiciário anule os atos dos demais poderes que contrastem com a Constituição, se *expande* para permitir, além da mera nulidade, a *criação e a concretização da política pública* que a princípio caberia aos outros poderes.

Conforme também já referido (item 3), coube à Ada Pellegrini Grinover destacar que quando assim age o Judiciário faz controle de constitucionalidade da política pública – ou ausência dela.

Reconhecendo a origem norte-americana de nosso modelo de controle concreto, aduz a autora que:

Mas já em 1891 os Estados Unidos da América haviam introduzido em seu sistema a *judicial review*, a partir do controle de constitucionalidade inaugurado pelo juiz Marshall no famoso caso *Madison versus Marbury*, em que se afirmou a supremacia da Constituição, a ser aferida em relação à lei, que poderia assim ser fulminada. E não será demasiado lembrar que o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no norte americano.²⁷

O mais importante de se destacar, contudo, é que a autora anota com proficiência a guinada política pela qual passou o Estado brasileiro, e as consequências jurídicas daí advindas:

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. *Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever de um dare, facere e praestare, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a*

*função de controle do Poder Judiciário de ampliação.*²⁸
(grifei)

Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular, o art. 5º, inc. LXXIII, introduziu a seguinte redação: [...] Mas a Constituição de 1988 fez mais: *no art. 3º fixou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, da seguinte maneira: [...] E, para atingir esses objetivos fundamentais (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado tem que se organizar *no facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social. *É aí que o Estado Social de Direito transforma-se em Estado Democrático de Direito.*²⁹ (grifei)

Com esses preceitos Ada Pellegrini Grinover estabelece os fundamentos para sustentar a admissão do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil, com apoio em julgados paradigmáticos das Cortes Superiores, para a atuação do Judiciário em tema de políticas públicas: a garantia do mínimo existencial, a reserva do possível, a razoabilidade como ponto de adequação entre o fim buscado e as medidas empregadas, e as vias processuais adequadas para se buscar a implementação de políticas públicas.

Tendo em vista que *as políticas públicas são a forma de alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, o controle delas, realizado pelo Judiciário, não fere a tripartição dos poderes, nem são elas matéria que se albergam na redoma da antiga tese da inatingível discricionariedade administrativa.³⁰

De fato se está diante de uma ampliação de poderes atribuídos ao Poder Judiciário, para alguns chamado de ativismo judicial,³¹ que nos tempos atuais, e com vistas ao mister de efetivação dos direitos fundamentais, deverá assumir – não sem riscos de excesso no seu atuar, evidentemente – a responsabilidade na implementação de políticas públicas, o que se justifica também pela força normativa que se atribui aos preceitos principiológicos.

Interessante destacar que em passagem escrita logo após a edição da Constituição de 1988 Ada Pellegrini Grinover apontara exatamente a necessidade de um corpo de magistrados que tivesse

uma atuação mais condizente com as garantias que a recém Constituição previa.

[...] del quadro generale delle garanzie processuali civili nella nuova costituzione brasiliana, vi è ancora da aggiungere che agli accresciuti poteri del giudice ed al suo ruolo di protagonista come arbitro di nuovi conflitti, non dovrà corrispondere, in Brasile, un eccessivo timore di un ipotetico ed improbabile governo di giudici. I soprusi e la prepotenza ci sono sempre pervenuti, in cinque secoli di storia, dal Potere esecutivo. E se il giudice brasiliano ha un difetto, è piuttosto quello della timidezza, e non di un'audacia eccessiva. *Bisognerà, naturalmente, aperare un cambio di mentalità, sia del giudice (a cominciare dalla sua preparazione e dai criteri di selezione), sia dei diversi operatori del diritto, sia degli utenti stessi della giustizia.*³² (grifei)

Isso se aplica de maneira perfeita à atuação dos juízes em demandas envolvendo políticas públicas, especialmente no que ainda hoje é bastante ineficiente mas já era indicado pela autora como relevante, ou seja, a mudança de mentalidade, inclusive a forma de preparação e critérios de seleção dos juízes.

No mais, há de se destacar que ocorreu uma forte mudança no âmbito dos direitos constitucionais, que evoluíram sensivelmente *do individual para o coletivo*, por força do modelo constitucional adotado, de maneira que hoje, além dos direitos individuais liberais – de primeira geração –, a Carta é igualmente rica de direitos sociais e transindividuais – segunda e terceira geração –, que dão um novo contorno à atuação jurisdicional e ao controle de constitucionalidade.

Sem minimizar a importância das situações jurídicas estritamente individuais, o Direito moderno, notadamente no campo constitucional e processual, vem se desprendendo de uma atmosfera impregnada do liberalismo individualista para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social.³³

E é claro que a estreita relação que deve haver entre direito e processo se manifesta fortemente nesse tema. Ao controlar a constitucionalidade de uma dada política pública, caberá ao juiz, caso verifique o desvio dos fins constitucionais na atuação ou omissão do poder público, deverá impor decisão tipicamente de tutela específica, determinando a concretização de meios que garantam, no plano prático, a satisfação do direito fundamental que está sendo violado.

4. BREVE SÍNTESE CONCLUSIVA

É hora de concluir.

A obra de Ada Pellegrini Grinover é multifacetária, transitando, e mais do que isso, aproximando, fundindo, especialmente o direito processual e o direito constitucional, e fazendo surgir uma visão garantista e rica de interpretações principiológicas da atuação jurisdicional. É possível notar com clareza que a raiz constitucional da homenageada está presente e é o cerne das suas grandes contribuições ao processo.

O tema do controle de constitucionalidade se situa exatamente no epicentro das questões que ligam direito e processo, na medida em que a jurisdição, atuada por meio do processo, dá vida e corpo às normas constitucionais. O processo como instrumento de efetivação de direitos, nesse caso de direitos constitucionalmente reconhecidos.

A forte tendência recente de judicialização das políticas públicas no Brasil é argutamente considerada por Ada Pellegrini Grinover uma forma de controle de constitucionalidade, de cunho concreto, por óbvio. É evidente que essa alteração demanda o reconhecimento de legitimidade ao Poder Judiciário para adentrar nesses temas.

A partir dessa observação da homenageada é possível anotar uma séria de peculiaridades dessa forma de controle concreto de

constitucionalidade em relação ao tradicional e clássico controle difuso:

- i) o controle não se dá somente com base em direitos individuais, mas é próprio das políticas públicas a dimensão coletiva dos direitos violados;
- ii) o controle não se restringe a atos normativos emanados pelos poderes Legislativo e Executivo, mas especialmente sobre a ausência ou inadequações quanto a programas relacionados com direitos fundamentais constitucionalmente previstos;
- iii) o reconhecimento de inconstitucionalidade não implica a mera nulidade do ato impugnado, mas sim a necessidade de construção ou adequação da política pública violada pela inconstitucionalidade, seja por meio da constrição ao(s) poder(es) responsável(eis), seja pelo próprio Poder Judiciário em comando de tutela específica;
- iv) nesse sentido, o controle de constitucionalidade por meio da judicialização de políticas públicas tem *função* de implementar, concretamente, direitos fundamentais, e não tão somente ver reconhecida a sua inconstitucionalidade, e *objeto* mais amplo do que a tradicional proteção judicial de direitos individuais, abarcando especialmente os direitos de índole coletiva, como devem ser prioritariamente tratadas as políticas públicas.

Exatamente por conta dessas alterações na função e no objeto do controle concreto de constitucionalidade, demandando uma intervenção processual mais efetiva, é que a figura de Ada Pellegrini Grinover destaca-se como uma das mais aptas à contribuir para a defesa e a consolidação desse novo paradigma do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, que muito depende da ciência processual para conformar da maneira mais eficiente e garantista possível a atuação do Judiciário, via *judicial review*, a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Capital Federal Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 7. ed., 2004.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2014, 30. ed.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *O processo em sua Unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. (Coordenadora). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. In; GRINOVER, Ada Pellegrini;

WATANABE, Kazuo. (Coords.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Organizadores). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

[3] Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP–FDRP/USP. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP–FD/USP, sob orientação de Ada Pellegrini Grinover.

[4] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 02-03. *Vide* também GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua Unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, o qual está, igualmente, preñado de ensaios relacionando processo e Constituição.

[5] CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2014, 30. ed.

[6] Nota introdutória da obra GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. VII.

[7] Trecho da seção *As garantias constitucionais do processo*, do escrito, *Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatória*, in: GRINOVER, *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 15.

[8] GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 01.

[9] GRINOVER, *As garantias constitucionais do direito de ação*, *op. cit.*, p. 02.

[10] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 07.

[11] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 08.

[12] “Entre nós, o interesse pela matéria surgiu logo após, mediante três trabalhos doutrinários: foi pioneiro o de José Carlos Barbosa Moreira, preparado em Florença e publicado no Brasil, em 1977. Seguiu-se o de Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, consolidando palestras e conferências proferidas desde 1976. E, quase concomitantemente, o de Ada Pellegrini Grinover, que do segundo ainda não tivera conhecimento. O que demonstra, uma vez mais, a coincidência de esforços e a convergência de interesses, conquanto isoladamente manifestados, quando os tempos estão maduros para produzirem seus frutos. Multiplicaram-se, a partir daí, os trabalhos sobre o argumento, não se podendo olvidar, nessa sumária resenha, a importante monografia de Vincenzo Vigoriti, que surgiu na Itália, em 1979, nem o fato de a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo ter dedicado, em 1981, um inteiro semestre à matéria, integrante da disciplina ‘Processo constitucional’, dos cursos de Pós-Graduação.” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coordenadora). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 02.

[13] GRINOVER, *A tutela dos interesses difusos*, op. cit., p. 179.

[14] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. In; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150, p. 129.

[15] BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Capital Federal Companhia Impressora, 1893.

[16] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 15-16.

[17] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 27-28.

[18] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 37-38.

[19] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 80.

[20] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 85.

[21] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 71.

- [22] “D’antes a função do liberalismo era demarcar limites á potestade dos reis. A função futura do verdadeiro liberalismo será limitar a discreção do parlamento.” BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 35.
- [23] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 132-133.
- [24] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 136-137.
- [25] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 138-139.
- [26] BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 144.
- [27] GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 125.
- [28] GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 126.
- [29] GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 127-128.
- [30] “De mais a mais, a própria ideia de *soberania* do órgão legislativo ordinário está superada desde 1803, quando a Suprema Corte norte-americana, apreciando o célebre caso *Marbury versus Madison*, formulou a teoria da *judicial review*, pela qual se reconheceu competência ao Judiciário para invalidar os atos legislativos contrastantes com a Constituição”. GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 169-170.
- [31] “A expressão *ativismo judicial*, mais ligada à terminologia norte-americana, é empregada de diferentes maneiras. O núcleo central do conceito, entretanto, relaciona-se com a amplitude da intervenção do Judiciário no controle das políticas legislativas e executivas. V. Lawrence Baum, *A Suprema Corte Americana*, 1987, p. 17-19.” BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 7. ed., 2004, p. 127, nota 18.
- [32] *In: Le garanzie del processo civile nella nuova costituzione brasiliana*, in: GRINOVER, *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, op. cit., p. 110.
- [33] GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 140.

LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Igor Rafael de Matos Teixeira Guedes³⁴

Resumo: A legitimidade processual é tema de primordial importância para o estudo do processo, sendo esta uma das condições da ação, o que justifica seu necessário conhecimento. Ao se tratar da legitimidade no processo coletivo, esta tem relevante destaque pois é ponto controverso de sua espécie. Conforme se analisa, a legitimação ordinária, extraordinária e autônoma, são as espécies trabalhadas neste estudo, merecendo destaque a que é tida como uma nova classificação para o processo coletivo, sobretudo na ação de improbidade administrativa. Nesse aspecto, analisa-se o papel do ministério público nesta ação e as possibilidades de atuação, delineadas pela própria lei. Também neste quesito o destaque está quanto a participação do Ministério Público enquanto parte e como fiscal da lei, dada o entendimento da impossibilidade, ainda que discutível, da realização desta dupla participação. Para isso, será realizada pesquisa de forma teórico bibliográfica.

Palavras-chave: Legitimidade; Ministério Público; Improbidade Administrativa; Processo Coletivo

INTRODUÇÃO

O estudo do processo civil coletivo tem-se apresentado como de primordial importância frente as peculiaridades de suas ações e a proporção dos resultados destes processos.

Nesse sentido, o presente estudo visa analisar as questões da legitimidade no processo coletivo, especialmente nas ações de improbidade administrativa. Busca-se uma análise para compreender a legitimidade e a forma de sua realização do processo coletivo.

Sabe-se que há grande divergência acerca da legitimação ativa nos processos coletivos, vez que a doutrina se divide em entender se tratar de legitimação extraordinária e outra parte pela existência de uma nova espécie de legitimação, exclusiva das ações coletivas, chamada de legitimação autônoma ou legitimação processual coletiva.

Além disso, ao abordar o estudo da legitimidade passiva, buscar-se-á na própria lei de improbidade administrativa seus apontamentos, trazendo consigo também o conflito quanto a possibilidade de mudança de pólo pelo ente público, ponto este também de conflito doutrinário.

Ademais, por se tratar de interesse coletivo, o presente artigo abordará o papel do Ministério Público na ação de improbidade administrativa bem como seu funcionamento, vez como parte processual legitimado pela própria lei, vez como fiscal da lei. Ponto este que também merecerá especial atenção, por divergência doutrinária sobre a possibilidade de participação dúbia enquanto legitimado e fiscal da lei.

A metodologia a ser utilizada no desenvolvimento do trabalho constituir-se-á de pesquisa teórico bibliográfica nas literaturas pertinentes ao assunto. Como método de abordagem a ser utilizado para aprimoramento da pesquisa será o método dedutivo e quanto aos métodos de procedimentos, pretende-se fazer a utilização do método analítico.

1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E LEGITIMIDADE

PROCESSUAL

Para se entender as questões de legitimidade no processo de improbidade administrativa, necessário definir o que é o objeto de combate desta ação, o desrespeito a probidade. Questiona-se assim, para a propositura da ação, como se daria a prática de ato de improbidade?

Improbidade administrativa pode ser definida como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. Desonestidade implica conduta dolosa, não se coadunando, pois, com o conceito de improbidade a conduta meramente culposa(SCARPINELLA BUENO, 2001, p.86).

A Lei de Improbidade Administrativa distingue três tipos de condutas ímprobas: os atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10), e os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Através desta distinção a lei possibilita abarcar quaisquer agentes públicos, bem como os agentes privados eventualmente beneficiados pelas condutas ali tipificadas(FERREIRA, 2019).

Nesse sentido, os artigos 9, 10 e 11 da lei 8.429/1992 definem a forma de enquadramento à aqueles que cometem atos de improbidade administrativa. Portanto, o ato de improbidade administrativa, atrelado aos artigos citados, nada mais é do que a violação a princípios constitucionais da administração pública atrelado à má-fé e deslealdade do administrador, não bastando a simples violação dos princípios para a configuração do ato ímprobo, sendo necessário também o elemento volitivo, representado pela vontade livre e consciente do agente público em realizar a conduta típica, por ação ou omissão.

Desta forma, compreendendo o objeto da ação de improbidade, qual seja, o ato ímprobo, a legitimidade para propô-

la passa a ser o tema a discutir. Para isso, importante definir o que seria a legitimidade em processo, como regra geral, para então estudar a legitimação no processo de improbidade.

Segundo Barbosa Moreira (1969, p. 10) legitimidade seria:

Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas *in statu assertionis* – isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso próprio do processo se apurará – coincidem com as respectivas situações legitimantes.

É, portanto, a qualidade que deve ter o sujeito para agir em uma ação, propondo ou contestando, mas de efetivamente participar do processo como sujeito, passível de realizar atos a sustentar seus argumentos.

Mais que isso, a caracterização do legitimado está na aparência de possuir o direito invocado de forma que isso lhe traga alguma vantagem, o que será comprovada sua pretensão somente após a decisão de mérito transitada em julgado.

Seguindo este entendimento, agora com relação as ações coletivas, imperioso apontar o que caracterizaria uma ação coletiva. Nas palavras do professor Luiz Manoel Gomes Junior(2013), são três os requisitos essenciais: “(a) um sistema de legitimidade diferenciado; (b) regime especial da coisa julgada e; (c) a defesa de direito coletivo.”

Neste trabalho abordar-se-á o requisito da legitimidade.

2. LEGITIMAÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Com relação à ação civil de improbidade administrativa, tem-se extensa interpretação e discussão sobre a forma de legitimação aplicada ao processo coletivo. Isso porque, parte da doutrina defende que a forma de legitimação derivaria de qual direito

coletivo se estaria discutindo, se difuso, coletivo ou individual homogêneo, enquanto que outra parte entende que independe da modalidade. Há ainda o entendimento de uma forma autônoma, diferente da extraordinária ou ordinária, apresentado pelo professor Luiz Manoel Gomes Junior.

Analisando o processo civil, este se apresenta como uma relação de interesses, em aquele que o propõe vislumbra alcançar o resultado do que lhe foi violado ou que entenda pertencer a ele. Sob esse aspecto, somente ele, indivíduo, poderia procurar resguardar seu direito. Em uma situação em que este está impossibilitado, pelo regramento processual, haveria então a figura da substituição processual. Sob esse aspecto, o entendimento doutrinário é que a substituição processual é gênero do qual a legitimação extraordinária seria espécie.

Novel entendimento é criticado sob o aspecto das ações coletivas,

(...) porque na hipótese de substituição processual, o substituído é afetado, positiva ou negativamente, em seu direito material pelos efeitos da decisão. Nas ações coletivas uma sentença de improcedência, independentemente do motivo, haja ou não suficiência de provas, não impedirá a tutela individual do direito, afastando assim elemento essencial da substituição processual (GOMES JUNIOR, 2013).

Ephraim de Campos Jr.(1985, p. 19) conceitua a substituição processual “(...) *quando a lei atribuir a alguém legitimação para pleitear, como autor ou réu, em nome próprio, direito(pretensão) alheio, com autonomia e exclusividade (...)*”.

Ao esclarecer sobre as ações coletivas, Teresa Arruda Alvim Wambier(1996) afirma que o que há nas ações coletivas “*é, sem dúvida, semelhante ao que ocorre na substituição e na representação, mas não se podem identificar os três fenômenos, já que os entes coletivos tem legitimidade ad causam também, o que não ocorre nem com o substituto nem com o representante.*”

Desta forma, chega-se então ao estudo direcionado da legitimidade na ação de improbidade, merecendo uma análise mais apurada quanto ao entendimento doutrinário, sobretudo sobre a natureza jurídica, se legitimação ordinária, extraordinária ou, autônoma.

3. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA E ORDINÁRIA

Nessa abordagem, entendendo a ação coletiva como legitimação extraordinária, abre-se necessariamente uma divisão quanto a isso, em razão da existência de mais de um legitimado para a causa.

A literalidade do art. 17 da lei 8429, cuja interpretação é pelo entendimento *numerus clausus*, cabendo ao Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, ou seja, aquela atingida pelo ato de improbidade, a legitimidade para propositura da ação, abaixo transcritas algumas delas nos termos elencados pela lei da Ação Popular 4.717/65:

União, Estados, Distrito Federal e Municípios; Autarquias; sociedades de economia mista; empresas públicas; fundações públicas; empresas incorporadas ao patrimônio público; empresas para cuja criação o erário tenha concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; empresas que recebam subvenções, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios do erário, bem como os consórcios públicos, desde que constituídos sob o regime de direito público(BRASIL, 1965).

Nesse diapasão, cabe, tão somente ao Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, a propositura da ação civil de improbidade administrativa, afastando-se para tanto, a identificação desta ação a ação popular ou ação civil pública, em que o número de legitimados ativos seria mais amplo.

Sob esse aspecto, afasta-se a hipótese da legitimação ser apenas extraordinária, em razão da literalidade do artigo. Em interpretação fidedigna, ao apontar a pessoa jurídica interessada, ou seja, aquela atingida pelo ato ímprobo avoca a ela uma legitimação ordinária e ao Ministério Público, não havendo ação da pessoa jurídica, uma legitimação extraordinária.

O professor Luiz Manoel Gomes Junior define que:

O que se tem é que a legitimidade somente pode ser analisada frente a um determinado ato – atual ou a ser praticado – pois inexisteria legitimidade incondicionada para qualquer situação fática, ou seja, uma legitimidade *ad causam* ampla e irrestrita. (GOMES JUNIOR, 2008, p.73)

Em que pese isso, Fredie Didier Jr. sustenta que a legitimação do processo coletivo “*é extraordinário: autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica discutida. Quando não há essa coincidência, há legitimação extraordinária*”(DIDIER JR, 2019, p. 211).

Entretanto, continua seu estudo afirmando que referido entendimento não é pacificado na doutrina, frente aos posicionamentos diferentes e com argumentos plausíveis para entender pela legitimação ordinária ou mesmo autônoma.

Pela simples leitura da lei, levando-se em consideração a taxatividade dos legitimados para propositura da ação civil de improbidade administrativa, entender-se-ia que a legitimação seria apenas ordinária vez que a lei determinou apenas ao Ministério Público e o ente atingido, entendendo portanto que o Ministério Público teria ordinariamente legitimidade para propositura da demanda.

Esta tese justificava-se historicamente em um tempo em que não se consagrara de lege lata o extenso rol de legitimados coletivos atualmente existente (art.5º, lei nº7347/1985, p.ex.). Defendia-se a legitimação ordinária como uma estratégia de ampliação do acesso À tutela

jurisdicional coletiva. Atualmente, não faz mais sentido defender essa tese, que de resto não é tecnicamente correta: o legitimado à demanda coletiva não vai a juízo na defesa de interesse próprio; o objeto litigioso do processo coletivo é uma situação jurídica de que é titular um grupo (coletividade), que não é legitimado para defendê-la em juízo; o interesse institucional não é o objeto do processo coletivo; ele é apenas a causa da atribuição da legitimação coletiva a determinado ente(DIDIER JR, 2019, p.211).

Sob esse aspecto, Kazuo Watanabe, antigo adepto do posicionamento de que se trataria de legitimação ordinária, reconhece que não é mais possível esta interpretação. (WATANABE, 2003, p.18).

4. LEGITIMAÇÃO PRÓPRIA DA AÇÃO COLETIVA

Em razão das peculiaridades desta ação coletiva e suas possibilidades, há a corrente que entenda estar-se diante de uma legitimação própria das ações coletivas, ao que se adere. Isso porque, utilizando-se das definições expostas para legitimação ordinária e extraordinária, as ações coletivas não se enquadrariam, na totalidade, em nenhum desses conceitos. Nesse sentido, há a proposta de que se denomine de “legitimação processual coletiva”, frente ao que manifesta as que possibilitam a propositura de demanda coletiva.

Assim define Luiz Manoel Gomes Junior(2008, p.85):

A nosso ver, nas Ações Coletivas estará sempre presente uma legitimação processual coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada. Haverá assim, no caso dos entes legitimados para atuar no pólo ativo das Ações Coletivas, sempre, uma legitimação

processual coletiva.

Esta mesma ideia é compartilhada pela doutrinadora Thereza Arruda Alvim Wambier, entretanto apenas denomina de legitimação autônoma, em razão da atuação se tratar por força de lei mesmo que não seja o autor o principal interessado, caso do Ministério Público, mas, não especificamente sendo realizado em nome próprio pelos entes legitimados, por isso o não enquadramento como ordinária ou extraordinária(WAMBIER, 1996).

Nas palavras de Didier Jr.,

Propôs-se, então, a designação legitimação autônoma para a condução do processo – tratar-se-ia de tradução de uma categoria desenvolvida pela doutrina alemã: *selbstandige Prozeßführungsbefugnis*. A proposta justifica-se da seguinte maneira: o legitimado não vai a juízo na defesa do próprio interesse, portanto não é legitimado ordinário, nem vai a juízo na defesa de interesse alheio, pois não é possível identificar o titular do direito discutido(DIDIER JR, 2019, p.213).

O doutrinador acima citado critica o entendimento de uma legitimação autônoma, sob o fundamento de que esta seria espécie da legitimação extraordinária, e por isso não comportaria uma interpretação separada(DIDIER JR. 2019).

Sob seus argumentos, consubstancia que a legitimação extraordinária autônoma existe quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. Para José Carlos Barbosa Moreira(1969), “*o contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário*”.

Entretanto, sob o aspecto lógico processual, sobretudo sob a nova ótica do Código de Processo Civil, em que visa simplificar os procedimentos, a interpretação dada por Luiz Manoel Gomes Junior(2008, p.85) parece adequar a legitimação a própria lei de

improbidade, assim afirmando: *“Haverá, assim, no caso dos entes legitimados para atuar no pólo ativo das Ações Coletivas, sempre, uma legitimação processual coletiva. Esta e a denominação que propomos, afastando a classificação fundamentada no tipo de interesse protegido.”*

Compreendendo a existência da ação e da legitimidade ativa, necessariamente haverá um agente que cometera o ato que ensejou a propositura da ação, é o que passa a analisar.

5. LEGITIMIDADE PASSIVA

Sob análise da legitimidade passiva para figurar na ação de improbidade, resta claro que a lei imputa à aquele agente ativo do ato ímprobo, sendo ele agente público, ou não, nos termos definidos pela própria lei de improbidade. Se incluem neste figura os agentes públicos e aqueles a ele equiparados, assim definidos no artigo 3º da lei. Além deste, também aquele que de qualquer forma induz, concorre ou se beneficia do ato (BRASIL, 1992) .

Cumprir destacar, que o ente prejudicado pelo ato ímprobo, pode figurar tanto no pólo ativo quanto passivo da demanda, em razão dos interesses próprios envolvidos, ou ainda não participar da demanda. De toda sorte, deve lhe ser oportunizado a escolha de participar ou não da demanda:

Assim, temos as seguintes possibilidades para a pessoa jurídica de direito público interessada: (a) contestar o pedido, se entender que o Ministério Público não tem razão; (b) ingressar no pólo ativo, se entender que o Ministério Público tem razão e; (c) aderir parcialmente ao pedido, em caso de reconhecimento pontual; (d) permanecer inerte, sem qualquer manifestação, não havendo qualquer consequência no plano processual ou no de direito material (GAJARDONI; CRUZ; GOMES JUNIOR; FAVRETO, 2014, p.321).

Desta forma, a participação do ente público no pólo passivo da demanda não o impossibilita de modificar o pólo, no decorrer da

demanda, sob o entendimento de Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto(2014), desde que demonstre a utilidade da defesa do interesse público com a mudança de pólo.

Em sentido contrário, Hely Lopes Meirelles(2.000, p.134):

(...) Tomada qualquer dessas posições, define-se a lide, não mais podendo alterar-se a defesa, mesmo que mude o governante ou a direção da entidade. Se assim não fosse, a cada mudança de governo ou substituição de diretoria abrir-se-ia nova oportunidade de defesa, incompatível com a fixação da lide. A Administração Pública é uma e perene, daí por que a mudança de seus agentes não modifica a situação processual assumida por seus antecessores.

Em que pese esta possibilidade de modificação de pólo, a legitimidade passiva é decorrente do cometimento do ato ímprobo, ou seja, por quem o cometeu, frente a literalidade da lei ao explicitar as possibilidades da figura passiva nesta ação.

6. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA

Determinadas as possibilidades e formas de participação nesta ação, enquanto legitimados ativa e passivamente, nos resta clarear quanto a permissiva contida no §4º do artigo 17 da lei de improbidade administrativa quanto a atuação do Ministério Público como fiscal da lei.

Nas situações em que o legitimado ativo é aquele atingido pelo ato ímprobo, o Ministério Público passa a atuar na ação como *custus legis*, não se tornando legitimado ativo ou passivo da demanda. É portanto chamado ao processo para manifestar quanto a legalidade do ato, sem contudo, formular pedidos.

Na ação de improbidade administrativa não há dualidade na atuação do Ministério Público: deverá o mesmo atuar como parte ou como fiscal da ordem jurídica, mas não nas duas posições (GAJARDONI; CRUZ; GOMES JUNIOR;

FAVRETO, 2014, p.321) .

Entretanto, ao figurar o Ministério Público como proponente da ação, exercendo a legitimidade ativa, resta observar que não caberá sua atuação, também como fiscal da lei. Nesse aspecto, o entendimento é que não poderá falar por duas vezes no processo, através do pólo ativo e por parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Também este entendimento comporta discussão, em razão de parte da doutrina entender que, ainda que esteja no pólo ativo, deverá haver a atuação do ministério público como fiscal da lei.

Nesse sentido, *“não parece correta a solução, pois são duas funções distintas, que devem ser exercidas por órgãos distintos do Ministério Público; ninguém pode atuar, com imparcialidade, como fiscal de si próprio”*(DIDIER JR., 2019, p.446).

Naquelas em que não atuar como autor devera o Ministério Público, obrigatoriamente, manifestar-se na condição de *custos legis*, sob pena de nulidade. Contudo, tendo sido a demanda coletiva por ele ajuizada, não poderá haver a atuação de outro representante na condição de *custos legis*, já que o órgão é uno e indivisível. Assim, não há necessidade/obrigatoriedade, nesta hipótese, da atuação do Ministério Público, através da Procuradoria Geral de Justiça(GOMES JUNIOR, 2008, p.87).

No entanto, concluir pela necessidade da dupla participação do Ministério Público significa desconfiar da atuação do próprio órgão, vez que, diferente das partes em processo, a atuação deste órgão deve ser marcada pela imparcialidade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao realizar o estudo sobre a legitimidade nas ações coletivas, pode-se perceber que o tema permeia de conflitos quanto a espécie

de legitimação, por divergências doutrinárias. Na ação de improbidade administrativa não é diferente.

Conforme explicitado, a discussão paira sobre se se tratar de legitimação extraordinária ou de uma nova espécie de legitimação, específica das ações coletivas, denominada de autônoma por alguns autores e de legitimidade processual coletiva por outro.

Fato é que o enquadramento com base na lei de improbidade administrativa que melhor se adéqua, é da legitimação autônoma ou processual coletiva, isso porque, através da conceituação básica, não seria ela extraordinária e tão pouco ordinária.

Ainda que se queira enquadrar a legitimação autônoma como espécie do que seria gênero a legitimação extraordinária, as características das duas não possibilitam esse enquadramento. Portanto, ficou demonstrado que, mesmo com a discussão jurisprudencial, a simplificação da legitimação como autônoma, ou seja, especial das ações coletivas, torna a interpretação a esses procedimentos mais próximos da nova dicotomia do processo civil.

Diante disso, a análise ao papel do legitimado passivo mostrou-se importante sob o aspecto que merece destaque quanto a possibilidade de mudança de pólo no decorrer do processo por parte do ente público, situação esta controversa na doutrina. Isso porque, parte dela entende que essa mudança a qualquer tempo traria insegurança jurídica e traria o risco de, em cada mudança legislativa, haver essa possibilidade. Sendo assim, esta poderia ocorrer uma única vez.

De outro lado, sustenta-se que a mudança pode haver a qualquer tempo de acordo com o interesse público, vez que o principal interessado seria o erário e, por esta razão, poderia realizar a modificação do pólo.

Ademais, ao abordar acerca do papel do Ministério Público na ação de improbidade administrativa, também de forma a respeitar os princípios da administração pública, destaque para a celeridade processual, não parece necessária a atuação deste órgão como parte através da legitimidade conferida pelo artigo 17 da lei e como

fiscal da lei, por razões óbvias de que sempre a atuação do ministério público deve ser pautada pela imparcialidade.

Nesse sentido, ainda que parte da doutrina acredite serem diferentes os papéis do Ministério Público como parte e como fiscal da lei, não justifica a dupla atuação do órgão tendo em vista o respeito a unidade e indivisibilidade do próprio Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. **Legitimação Extraordinária para a Causa**. Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio Grande do Norte (CEJ/RN) – Natal/RN, v. 9, n. 10, p. 97-123, dez. 2005.

BRASIL. **Lei n 4.717, de 29 de junho de 1965**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm acesso em 19 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm acesso em 19 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 19 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

CAMPOS JR. Ephraim de. **Substituição Processual**. São Paulo: RT, 1985.

DIDIER JR., Fredie. ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. Salvador: 13^a ed. Juspodivm, 2019.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. **O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública.** Rev. direito GVvol.15nº.3 -São Paulo,2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à lei de improbidade administrativa: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992.** 3. ed.–São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo.** Editora SRS. São Paulo, 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Sistema Coletivo: Porque não há substituição processual nas ações coletivas.** Revista de Processo–vol. 221/2013. p. 461 – 472 – Jul. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data.** São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária.** Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 404, p. 9-18, jun. 1969.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro, in Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais,** Coordenadores: Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O Direito Processual de estar em Juízo.** São Paulo: RT, 1996.

WATANABE, Kazuo. **Processo civil e interesse público:–o processo como instrumento de defesa social.** Carlos Alberto de Salles (org.) São Paulo: RT, 2003, p.18.

[34] Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna

SEGREDO DE JUSTIÇA: INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Luiz Manoel Gomes Junior³⁵

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira³⁶

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar os diversos aspectos do segredo de Justiça no Código de Processo Civil de 2015. Uma das finalidades é apontar a evolução da doutrina em relação ao tema, inclusive com destaques para as invocações do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Segredo de justiça, Publicidade processual; Novo Código de Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO

A matéria relacionada com a publicidade restrita, também denominada legalmente como *segredo de justiça*, sempre suscitou diversas polêmicas.

Se é certo que a regra básica a de que todos os processos judiciais sejam públicos, o fato é que há situações em que referida diretriz deve ser mitigada, sendo necessário que haja a restrição da publicidade.

O fato de estarmos vivendo em uma sociedade em que as pessoas passaram a ter uma curiosidade³⁷ sobre aspectos pessoais e familiares de terceiros, torna ainda mais sensível o tema, havendo assim a necessidade de uma nova abordagem da disciplina legal, já sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015.

Se antes tivemos a possibilidade de investigar a matéria na sequência da aprovação do Código de Processo Civil de 2015³⁸, com a evolução da jurisprudência e da doutrina, pertinente que haja a evolução do estudo, com novas abordagens, aprofundando a pesquisa.

2. A PUBLICIDADE PROCESSUAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Uma vez mais deve ser ressaltado que foi inequívoca a opção da Constituição Federal pela publicidade como regra, seja nos procedimentos administrativos (art. 37, *caput*, da CF-88), seja nos processos judiciais (art. 5º, inciso LX, da CF-88).

Desta forma, a viga mestra é a de que os procedimentos administrativos e processos judiciais sejam públicos, sendo a exceção que a tramitação ocorra com segredo de justiça. O objetivo é claro: a-) tornar viável que os atos praticados sejam fiscalizados; b-) uma garantia em favor do julgador perante a comunidade, ou seja, de que a atuação ocorreu com a indispensável imparcialidade³⁹.

Segundo Araken de Assis⁴⁰, duas são as finalidades da publicidade processual: a-) controle social de toda a atividade jurisdicional e; b-) preservar a imagem do julgador, afastando suspeitas.

Deve ainda ser anotado que tal garantia tem a natureza de direito fundamental, ou seja, o de assegurar a existência de um julgamento com o atendimento do postulado da imparcialidade⁴¹. Adequado ponderar que o Supremo Tribunal Federal tem sido *extremamente rigoroso* na defesa da total transparência dos atos processuais, considerando a relevância que é para a credibilidade do Poder Judiciário e de suas decisões com a mais ampla publicidade⁴².

Ao se verificar a questão sob a ótica do Direito Alemão, mas em situação perfeitamente adequada ao Direito Brasileiro, a

doutrina⁴³ deixou consignado que a finalidade fundamental da publicidade é também a de “(...) *robustecer a confiança popular na administração da justiça*”, já que não se pode admitir processos ou julgamentos de *portas fechadas*.

Contudo, é sempre relevante destacar que a disciplina processual em vigor encontra respaldo em expressa previsão constitucional (art. 93, inciso IX, da CF-88): “Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...). IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”, como sempre bem anotado por Arruda Alvim⁴⁴.

Pertinente ponderar que a publicidade restrita ou sigilo de justiça, será sempre uma exceção nos sistemas constitucional e processual.

3. A PUBLICIDADE RESTRITA (SEGREDO DE JUSTIÇA) NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

No Código de Processo Civil de 2015, a publicidade restrita, ou sigilo de justiça, vem disciplinada no art. 189, incisos I a IV⁴⁵, novamente de forma limitada, o que se justifica em decorrência da exceção deste tal tipo de restrição à regra da publicidade dos atos processuais, segundo uma clara diretriz constitucional.

Necessário ressaltar que o sigilo de justiça, está vinculado aos atos do processo e não à sua própria existência⁴⁶, que sempre será pública. Neste sentido: “(...). *O Código não explica a extensão do sigilo, que afeta todos os atos praticados no processo, como acima*

*ficou dito. Cumpre distinguir, porém, entre o sigilo sobre o conteúdo do processo, que a lei impõe, e o segredo quanto à existência mesma do processo, de que a lei não cogita; não impõe. (...)*⁴⁷.

Assim, a existência de um determinado processo não pode ser ocultada com a alegação de que o mesmo tramita em segredo de justiça. Já a decisão que decreta segredo de justiça é irrecorrível (art. 1.015, do NCPC)⁴⁸ e, portanto, desafia mandado de segurança (art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009), ainda que em tese.

Deve ainda ser esclarecido que a publicidade externa (*para terceiros*) pode ser restringida, mas não a interna (*para as partes do processo*)⁴⁹. As partes devem ter amplo acesso a todos os atos processuais. Não é nem devem, possuem o direito constitucional em atendimento aos postulados do contraditório e da ampla defesa.⁵⁰

Considerando as diversas especificidades, mostra-se necessária a análise de cada uma das hipóteses que justificam a tramitação do processo em segredo de justiça.

3.1.. Existência de interesse público ou social – art. 189, inciso I

A primeira situação fática que autoriza a adoção do segredo de justiça no âmbito do processo civil ocorre quando presentes o interesse público ou social. A inovação frente ao CPC/1973 foi a inclusão do termo *interesse social*.

De início, deve-se discordar, com a devida *vênia*, da posição de Pedro Henrique Nogueira⁵¹, qual seja, de que a opção legal foi por um rol de situações taxativamente previstas na lei.

A nosso ver a regra do art. 189, do Novo Código de Processo Civil não é taxativa, adotando esta posição Heitor Vitor Mendonça Sica⁵², ou seja, que o rol é exemplificativo.

O fato é que foram utilizados tantos conceitos vagos pelo legislador que há ampla liberdade do Juízo, dentro da prudência e

das regras constitucionais, para que possa haver o deferimento de pedido de tramitação de um determinado caso em segredo de justiça. Dois exemplos podem deixar tal ponto, como a existência de dados sensíveis no feito ou mesmo a extensão do patrimônio em discussão. Entende-se que não há uma clara opção pelo regime da *taxatividade*, especialmente quando considerada a riqueza das relações jurídicas e as suas particularidades.

Concorda com essa visão Fernando da Fonseca Gajardoni⁵³, ao citar como exemplo, processos que contenham dados empresariais ou de natureza estratégica para determinada pessoa ou empresa.⁵⁴

Aliás, como bem lembrado por Heitor Vitor Mendonça Sica⁵⁵, os segredos industriais recebem proteção constitucional (art. 5º, inciso XXIX, da CF-88), sendo mais uma situação em que justificável a tramitação com publicidade restrita do processo. Araken de Assis⁵⁶ menciona a possibilidade, por exemplo, de uma audiência de justificação ser feita em segredo de justiça, com os atos posteriores totalmente públicos, em uma situação que não estaria necessariamente *encaixada* nos termos das normas do Código de Processo Civil.

Seguindo referida trilha: “- O rol das hipóteses de segredo de justiça contido no art. 155 do CPC não é taxativo.–Admite-se o processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico”⁵⁷.

Correta a lição de Arruda Alvim⁵⁸ no sentido de haver uma *ampla liberdade de interpretação* do julgador para eleger as hipóteses em que seria adequada a tramitação com publicidade restrita. Temos que há conceitos vagos envolvidos, o que se traduz em uma maior possibilidade de enquadramento do caso concreto nas normas que incidem na espécie e que atuam no sentido de afastar, também por este fundamento, a posição de que estaria presente um rol taxativo.

Não sendo taxativo mostra-se necessário analisar os termos usados pelo legislador. Pedro Henrique Nogueira⁵⁹ argumenta

ainda que o conceito de interesse público ou social pressupõe a transindividualidade, ou seja, o interesse além das partes.

Não há como negar que se utilizados conceitos vagos (*interesse público ou social*), inexistindo uma delimitação clara pelo legislador, permite-se uma maior atuação dos aplicadores do direito, com uma liberdade mais ampla para analisar cada caso concreto e a sua adequação ao sistema normativo⁶⁰.

Não se aparta, aqui, cabe frisar, da anterior posição de que em princípio compete ao legislador disciplinar o que seja, quando houver a caracterização do *interesse público*⁶¹. Mas isso não soluciona o problema, sendo certo que será necessário analisar cada caso em concreto para ser decidido se há, ou não, interesse público ou social que justifiquem limitar o acesso aos dados do processo.

Dito de outra forma, entende-se que estará presente o interesse público ou social a justificar o segredo de justiça, quando a divulgação dos dados e dos atos processuais possa causar prejuízo aos interessados com violação ao direito constitucional da intimidade e da vida privada, como no caso de quebra do sigilo fiscal de uma das partes envolvidas⁶².

Outra hipótese em que se fará presente o interesse público e social, de modo a justificar o segredo de justiça, refere-se à demanda na qual esteja em discussão questões relacionadas com a propriedade intelectual de programa de computador (§ 4º, do artigo 14 da Lei 9.609/98⁶³), nos termos do precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁴: “*Medida cautelar de produção antecipada de provas—Para a análise do conteúdo da demanda será necessário apresentar informações confidenciais, tais como sistema e código de criação desses programas de computador, os quais devem ser protegidos mesmo durante eventual disputa sobre sua titularidade—§ 4º, do artigo 14 da Lei 9.609/98—Feito que deve tramitar em segredo de justiça — Recurso provido*”.

Também já foi reconhecida a excepcionalidade da medida autorizando o segredo de justiça, quando a parte autora, almejando o resguardo da sua intimidade, postulou a decretação

do segredo de justiça por ser portadora do vírus da AIDS, tendo seu pedido sido acolhido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁵.

No entanto, é pertinente acrescentar que simples interesse patrimonial não se confunde com interesse público ou social a justificar a decretação de segredo de justiça na linha da jurisprudência⁶⁶: *“Não estando em jogo a intimidade das partes e inexistindo interesse social, sendo a questão de caráter meramente patrimonial, impõe-se a publicidade dos atos processuais, conforme o disposto no artigo 155, do Código de processo Civil, e artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal”*.

A lição de Pontes de Miranda⁶⁷ continua atual: o *“(...) segredo de justiça pode ser ordenado sempre que se trate de matéria que humilhe, rebaixe, vexa ou ponha a parte em situação de embaraço, que dificulte o prosseguimento do ato, a consecução da finalidade do processo, ou possa envolver revelação prejudicial à sociedade, ao Estado, ou a terceiro. Interesse público é o interesse transindividual, tendo-se como individuais os interesses das partes e de outros interessados”*.

Adotando os mesmos fundamentos, há o magistério doutrinário de Hélio Tornaghi⁶⁸: *“(...). O interesse público é mais facilmente compreendido quando confrontado com o particular. Esse é o que decorre da utilidade para uma só pessoa ou para determinadas pessoas; aquele é o que provém da vantagem para um número indeterminado de pessoas. No interesse particular é sempre possível apontar os interessados; ao público, ao contrario, qualquer pessoa poderá estar ligada. O interesse público nunca é individual; é sempre coletivo, social. Este código substitui a expressão interesse social, do anterior (art. 5º), por interesse público. Se o fez por amor à eufonia, andou bem: a colisão de sons sibilantes (interesse social: sessoci) cria quase um paraquema; evita-la somente pode ser louvável. Mas se a razão de mudar foi a propriedade verbal, então, parece-me, ter havido um prurido exagerado; (...)”*.

Nesse sentido, tem-se que o segredo de justiça, na hipótese do inciso I, do art. 189, do Novo Código de Processo Civil, pode ser decretado *ex officio*, sem necessidade de qualquer provocação das

partes, mas nada impede a existência de requerimento do interessado e decisão do Poder Judiciário, sempre fundamentada.

Arruda Alvim⁶⁹ também defende que nesta situação existe uma *ampla liberdade de interpretação* do juiz, justificando que “*possivelmente poderá haver um dano maior decorrente da publicidade do que o representado pelo segredo de justiça*”, posição que conta com a nossa anuência, especialmente em uma sociedade em que tem prevalecido o interesse do público em ter acesso a todo tipo de detalhe pessoal de terceiros. Há clara diferença entre interesse público com o interesse do público.

Aliás, concordamos com Heitor Vitor Mendonça Sica⁷⁰, quando o mesmo defende que a restrição pode ser realizada em relação apenas a certos atos processuais (quebra de sigilo fiscal ou telefônico, por ex.), sem que haja a necessidade da publicidade restrita atingir todos os atos de um determinado processo, em atendimento aos postulados da proporcionalidade e da adequação⁷¹.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves⁷²: “*Se os dados exibidos forem sigilosos caberá ao juiz adotar medidas necessárias para assegurar confidencialidade. Trata-se de processo que não tramitará sem segredo de justiça, tendo apenas alguns documentos com a publicidade mitigada às partes e a seus patronos. Nos autos físicos resolve-se o problema com a criação de autos exclusivos para os documentos sigilosos, enquanto nos autos eletrônicos os documentos devem ser armazenados de forma a serem inacessíveis ao público*”.

Sem embargos, este entendimento deve ser adotado em consonância com a posição do Superior Tribunal de Justiça⁷³ no sentido de que todos os documentos do feito devem ser juntados, não havendo espaço para *pastas separadas* com atos sigilosos: “*4. As informações sigilosas das partes devem ser juntadas aos autos do processo que correrá em segredo de justiça, não sendo admitido o arquivamento em apartado. Precedentes: AgRg na APn 573/MS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 29.06.2010; REsp. n. 1.245.744/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell*

Marques, julgado em 28.06.2011; REsp 819455/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 17.02.2009”.

Outro ponto que merece reflexão é o de que não basta que a decisão judicial afirme que existe *interesse público* ou *social*, necessária se faz a indicação precisa do elemento fático que o justifique (art. 489, § 1º e seus incisos, do CPC/2015), sob pena da mesma ser considerada imotivada e, portanto, nula por ausência de fundamentação, especialmente por ser a restrição uma exceção no sistema.

No mais, ao contrário do que defende Fernando da Fonseca Gajardoni⁷⁴, acredita-se ser desnecessária a autorização legal expressa para que seja decretado o segredo de justiça parcial, ou seja, de partes do processo ou em relação a certos documentos. Dessa maneira, vale lembrar que *quem pode o mais, pode o menos*. Se o juiz pode determinar a tramitação de todo o feito em segredo de justiça, tal decisão pode abranger apenas parte do processo ou apenas um único ato, sem necessidade de uma expressa autorização legal.

3.2.. Processos vinculados ao Direito de Família – art. 189, inciso II

Na segunda hipótese disciplinada no Código de Processo Civil (inciso II, do art. 189, do NCPC), há uma opção mais precisa por parte do legislador, qual seja, nos processos relacionados com o Direito de Família (II—que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes – art. 9º, da Lei nº 9.278/96⁷⁵) será, obrigatoriamente, decretado o segredo de justiça, com acesso aos dados do processo limitado as parte e aos seus procuradores. Não há qualquer margem para a atuação do julgador, nestas hipóteses o segredo de justiça deve, *sempre*, ser decretado.

Adotou o legislador um critério claramente objetivo, sendo certo que a doutrina chega a afirmar se uma restrição *automática*.

⁷⁶ A nosso ver há inclusive o dever de reparar os danos morais no caso de indevida publicidade⁷⁷, aliás como em qualquer caso de violação à publicidade restrita.

Uma observação se mostra relevante: os processos que devem tramitar sob sigilo de justiça são apenas os relacionados com Direito de Família, processos anexos ou que tramitem por dependência, devem ter seus dados públicos, salvo mediante expressa e justificada decisão judicial em sentido contrário, enquadrando em uma das hipóteses legais.

Há uma diferença fundamental entre as hipóteses dos incisos I e II, do art. 189, do Novo Código de Processo Civil, mantendo aqui o mesmo regime do CPC/1973. No primeiro caso, há necessidade de decisão judicial, devidamente fundamentada, justificando a existência de interesse público que respalde a imposição da exceção que é o sigilo de justiça. Na segunda hipótese, a imposição do sigilo de justiça é decorrente de lei, ou seja, independe de qualquer decisão judicial. Como regra, na própria distribuição já há a indicação de que o processo irá tramitar em sigilo de justiça.

Aqui deve ficar uma crítica ao dispositivo: se a ação judicial for consensual, apenas com a divisão de bens, é injustificável a limitação da publicidade, mas o fato é que há regra expressa sobre o tema.

3.3. Processos que contenham dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade – art. 189, inciso III

O Novo Código de Processo Civil (art. 189, inciso III), inovou o sistema processual ampliando as hipóteses em que deve haver a tramitação do processo em sigilo de justiça.

Se a Constituição Federal protege a intimidade, a honra e o nome da pessoa, adequado que haja a possibilidade de evitar constrangimentos decorrentes da indevida publicidade do processo.

A doutrina⁷⁸ traz alguns exemplos, como no caso de o processo conter dados financeiros das partes⁷⁹, seus saldos ou movimentações bancárias, o fato de ser portador de alguma doença contagiosa. Há uma ampla margem nas hipóteses, o que realça o argumento de que, na prática, não se pode falar em disciplina *numerus clausus* na linha já indicada.

3.4. Processos que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral – art. 189, inciso IV

Outra novidade do Novo Código de Processo Civil (art. 189, inciso IV) é a previsão de que deverá ser decretado o segredo de justiça quando versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Aqui se verifica o requisito claro estipulado em lei: a confidencialidade deverá ser estipulada de forma inequívoca pelas partes, com a postulação em juízo de que o feito tramite em sigilo.

Há sérias dúvidas da constitucionalidade da referida norma, na medida em que estará sendo determinada a tramitação de um processo em segredo de justiça exclusivamente no interesse das partes, sem necessidade de qualquer justificativa, salvo a anterior vontade manifestada por elas.

Se o segredo de justiça é a exceção nos sistemas constitucional e legal, em princípio não se entende adequado que ele seja deferido apenas por simples conveniência.

Os argumentos de Pedro Henrique Nogueira⁸⁰ não nos convenceram. O procedimento arbitral é privado. Havendo a necessidade de colaboração do Poder Judiciário, por meio da carta arbitral (com função análoga à de uma carta precatória), para que a atividade estatal seja *secreta* deve haver clara necessidade fundamentada em lei, mas, desde que, com amparo constitucional. A publicidade é a regra e o segredo, a exceção.

De qualquer modo, incoerente restará o sistema processual, como bem lembrado por Fernando da Fonseca Gajardoni⁸¹, já que os contratos com a cláusula de confidencialidade não foram abarcados pela norma. Por coerência e frente ao Princípio da Igualdade Jurídica, constata-se que, em tais situações, poderá haver o pedido da parte para que seja decretada a tramitação do feito em segredo de justiça.

Se as partes podem convencionar que será necessário sigilo em suas relações jurídicas e comerciais, não parece que haja uma razoabilidade no benefício do segredo de justiça apenas em se tratando de arbitragem. O *fator de desigualação* adotado carece de fundamento lógico e, por consequência, cria um “*privilégio*” para algumas relações jurídicas (arbitragem) empresas em detrimento de outras, o que vulnera os Princípios Constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Aliás, como bem lembrado por Heitor Vitor Mendonça Sica⁸², os segredos industriais recebem proteção constitucional (art. 5º, inciso XXIX, da CF-88), sendo mais uma situação em que justificável a tramitação com publicidade restrita do processo.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça⁸³ reconheceu como adequada a decretação de segredo de justiça quando em discussão pontos vinculados a dados bancários. Como constou da ementa: “A pretensão de juntada aos autos, da ação de cobrança de honorários, do contrato de cessão de créditos firmado entre a instituição bancária e a sociedade empresária securitizadora, dotado de cláusula de confidencialidade, enseja a decretação do segredo de justiça por tratar de informações e dados de natureza privada prevalente, afetando a intimidade e a segurança negocial das pessoas envolvidas nos créditos cedidos, além de técnicas de *expertise* e *know-how* desenvolvidas pelas partes contratantes, afetando suas condições de competitividade no mercado financeiro, não constituindo mero inconveniente a ser suportado pelos litigantes e terceiros. O caso, portanto, também configura proteção de segredo comercial, a exemplo do que preconiza a regra do art. 206 da Lei 9.279/96”.

Este precedente autoriza a conclusão de que as partes podem, desde que adotados os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, havendo prejuízos na divulgação de determinados dados, convencionar a necessidade de que eventuais litígios tramitem em Segredo de Justiça, inclusive com fundamento no inciso III, do art. 189, do Código de Processo Civil.

De outra forma, ou será válido o pedido de tramitação do feito em segredo de justiça sempre que as partes convencionarem ou é inválida (aqui entendida *inconstitucional*) apenas em se tratando de arbitragem.

4. ACESSO DE TERCEIROS AOS DADOS DE PROCESSO QUE TRAMITA SOB SEGREDO DE JUSTIÇA – ART. 189, §§ 1º E 2º

O acesso aos autos e aos seus elementos, no caso de tramitação em segredo de justiça, inclusive o de pedir certidões de seus atos, é restrito às partes e aos seus procuradores.

Mas há exceção. O parágrafo 2º, do art. 189, do Código de Processo Civil permite que terceiro tenha acesso aos dados de processo que tramita sob segredo de justiça⁸⁴. Apesar do equívoco do legislador ao utilizar o termo *sentença*, poderá ser deferido o acesso a qualquer peça dos autos, desde que atendidos os requisitos legais.⁸⁵ Araken de Assis⁸⁶ argumenta que este tipo de acesso é “restrito, parcial e indireto”.

Contudo, será imprescindível a demonstração do *interesse jurídico*⁸⁷ que não se confunde com mero interesse econômico⁸⁸. Analisando tal aspecto, Hélio Tornaghi⁸⁹ argumentou que: “(...). Requisito para o atendimento ao terceiro é que ele demonstre interesse jurídico em obter a certidão, isto é, a relação que existe entre (interesse) ele e a utilidade da certidão, reconhecida e protegida pelo Direito. A proteção pode ser direta (direito subjetivo) ou reflexa (mero interesse decorrente de direito alheio). O interesse jurídico nem sempre

é econômico. Pode ser apenas moral ou até psicológico. A utilidade pode ser imaterial, como no caso da tranqüilidade, da paz, do sossego, da boa fama, da estima pública e assim por diante”.

Assim, entende-se que haverá interesse jurídico quando a decisão judicial ou algum dado existente no processo que tramita ou tramitou sob segredo de justiça possa afetar, *diretamente*, situação ou relação jurídica da qual o terceiro seja titular.

Deverá o interessado peticionar nos autos que estiverem tramitando sob segredo de justiça, ou que já esteja arquivado, indicando os motivos pelos quais postula o acesso. Antes de ser juntado ao processo, o pedido deve ser analisado pelo julgador. Se deferido, será cumprida tal providência, franqueando o acesso. Indeferida a pretensão, a petição será devolvida ao interessado⁹⁰, com a certidão do ocorrido nos autos pelo Escrivão Diretor para futuro conhecimento do caso, por exemplo, na hipótese de haver posterior reiteração do pedido, especialmente quando não indicados novos fundamentos o que levará ao indeferimento automático.

A questão relevante é se deve ser dada oportunidade para as partes originárias manifestarem-se quanto ao pedido. Entendendo o julgador, de plano, que o pedido deve ser indeferido, acredita-se que tal providência mostra-se desnecessária, até porque não há nulidade sem prejuízo. Havendo possibilidade de ser acolhida a postulação, mostra-se indispensável a prévia oitiva das partes envolvidas, sob pena de restar violado o princípio constitucional do contraditório.

O pedido formulado por quem não é parte pode ser considerada uma *intervenção de terceiros*, sendo que tanto a decisão que defere, como a que indefere o pedido está sujeita a interposição de agravo de instrumento (art. 1.015, inciso IX, do CPC).

Em arremate, em uma omissão inadequada, o legislador não tratou de disciplinar quando restará encerrada a publicidade restrita, ou seja, o segredo de justiça. Neste contexto, concordamos com a opinião de Araken de Assis⁹¹ de que a mencionada

limitação à publicidade dos atos processuais vigorará de forma indefinida, prolongando-se para a fase de cumprimento e mesmo após o seu arquivamento, havendo o acesso restrito a todas as decisões.

5. CONCLUSÕES

Deste modo, considerando os argumentos apresentados, é possível concluir que:

- a)** há um direito fundamental à publicidade dos atos processuais. A finalidade de tal postulado é clara: garantir o controle social sobre as decisões judiciais e preservar a imagem dos julgadores, garantindo a necessária imparcialidade.
- b)** há respaldo constitucional para a publicidade restrita (art. 5º, incisos V e X, da CF-88), sendo certo que as hipóteses previstas nos incisos do art. 189, do CPC/2015 permitem uma ampla possibilidade de aplicação pelos julgadores;
- c)** em termos de aperfeiçoamento do sistema processual de restrição da publicidade dos atos processuais (segredo de justiça) podem ser apontadas duas inovações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil: c.1-) possibilidade de ser decretado o segredo de justiça quando em discussão ou contenha o processo dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; c.2.-) quando o processo versar sobre arbitragem, inclusive o cumprimento de carta arbitral;
- d)** na doutrina há discussões sobre a constitucionalidade da regra do inciso IV, do art. 189, do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, a tramitação de determinado processo em segredo de justiça apenas em decorrência da conveniência das partes, sem necessidade da devida justificativa.
- e)** para ser admitida a constitucionalidade do inciso IV, do art. 189, do Código de Processo Civil de 2015 é necessário adotar a posição de que viável a decretação da publicidade restrita (segredo de justiça) quando nas relações contratuais for adotado pelos litigantes a denominada cláusula de confidencialidade.

f) desde que com a devida justificativa e após a oitiva das partes envolvidas, pode haver o acesso de terceiros a atos e ao próprio processo que estiver tramitando ou que tenha tramitado em segredo de justiça.

g) A postulação de interessados no sentido de obter acesso a autos com segredo de justiça pode ser considerada uma *intervenção de terceiros*, com a viabilidade do uso do agravo de instrumento (art. 1.015, inciso IX, do CPC) contra a decisão que defere ou a que o pedido.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. II.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 2.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel Willian & FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva Jus, 2019.

ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. II – Tomo I.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Sigilo do Inquérito Policial e o Advogado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. III. Luiz Guilherme Marinoni (direção).

DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 2.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Belo Horizonte: Renovar, 1998.

DOMINGO, Tomás. *Conflictos entre Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *A comercialização de um julgamento*. São Paulo: Folha de São Paulo, 03.06.2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. São Paulo: Gen-Editora Método, 2015.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel & Ferreira, Suzi Assis Borges Nasser Ferreira. *O segredo de justiça no Novo Código de Processo Civil – Análise das principais inovações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista de Processo vol. 250/2015.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, tomo III.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. *A política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. I. Cássio Scarpinella Bueno (Organizador).

THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva Jus, 2019.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, vol. II.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier, *et. all.* *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[35] Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor nos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna-UIT/MG e da Universidade Paranaense –Unipar/PR e dos cursos de Pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso -FESMP-MT. Atuou como Consultor da Organização das Nações Unidas – Relator da Comissão Especial do Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (2008-2010). Advogado. luizm@luizmconsultoria.com.br

[36] Doutora em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL/PR. Professora nos Programa de Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR/PR e da Universidade de Marília – UNIMAR/SP e dos cursos de Pós-graduação da Escola Fundação Superior do Ministério Público do Mato Grosso -FESMP-MT. Advogada. jussara@bflaw.adv.br

[37] Analisando a necessidade de publicidade, Marcelo Lei (*Efeito VLS*. São Paulo: Folha de São Paulo, Caderno *Mais*, 08.02.2004, p. 18) e Carlos Ayres Brito (*Santa Curiosidade*. São Paulo: Folha de São Paulo, 30.10.2005 – p. A-3).

[38] *O segredo de justiça no Novo Código de Processo Civil – Análise das principais inovações*. **São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista de Processo** vol. 250/2015, p. 133 a 146.

[39] Antonio Dall’Agnol (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 2, p. 242).

[40] *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. II – Tomo I, item 1.101, p. 1.295.

[41] Jonas E. M. Machado (*Liberdade de Expressão*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 561).

[42] Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 486). Segundo estes autores a Constituição assegurou a “*publicidade plena ou popular*”. Neste sentido: STF–HC nº 83.471-0, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.09.2003, DJU de 09.09.2003, p. 9.

[43] Othmar Jauernig. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 155. Deve ainda ser lembrado precedente originário do Superior Tribunal de Justiça (STJ – REsp. n.º 171.531-SP – Rel. Min. Franciulli Netto – j.11.04.2000) sobre o tema: “(...). *A questão do princípio da publicidade, ainda, extrapola o mero interesse das partes, pois, conforme o pensamento de Bentham, “A publicidade é a mais eficaz salvaguarda do testemunho e das decisões que do mesmo derivarem: é a alma da justiça e deve se estender a todas as partes do procedimento e a todas as causas”* (in Jeremias Bentham, *Tratado de Las pruebas judiciales, Buenos Aires, EJEA, 1971, v. 1, pp. 140 a 146, apud Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – Do formalismo no processo civil, 1997, Editora Saraiva, p. 80*). “Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, por sua vez, na obra *Constituição de 1988 e Processo – Regramentos e garantias constitucionais do processo, 1989, editora Saraiva, reafirmam a ampla publicidade dos atos processuais como corolário do devido processo legal, asseverando que está inserida “na órbita dos direitos fundamentais, como pressuposto do direito de defesa e da imparcialidade e independência do juiz (...)*”. Na jurisprudência: TJRS – Ag. In. n.º 70021165543, rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 27.09.2007 – DJ 11.10.2007.

[44] Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105.

[45] Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I–em que o exija o interesse público ou social; II–que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III–em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV–que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. § 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

[46] Araken de Assis. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. II – Tomo I, item 1.104.5., p. 1.299: “*A existência do processo em si não constitui objeto de sigilo. Por esse motivo, a divulgação do julgamento e do resultado da causa, coberta pelo segredo de justiça, não constitui transgressão ou ilícito*”.

- [47] Egas Dirceu Moniz de Aragão (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. II, p. 16/17).
- [48] Fernando da Fonseca Gajardoni. *Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. São Paulo: Gen Editora Método, p. 608 – nota 6.
- [49] Leonardo Carneiro da Cunha Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, vol. III, p. 47. Luiz Guilherme Marinoni (direção)
- [50] O tema tem clara orientação no âmbito penal com a Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal: “*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*”.
- [51] *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 657 – item 6. Também adotando a posição de se tratar de hipóteses *numerus clausus*—Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 699, nota 2.
- [52] *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. I. Cássio Scarpinella Bueno (Organizador), p. 743.
- [53] *Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. São Paulo: Gen Editora Método, p. 607 – nota 3.
- [54] Referida posição encontra amparo em precedente do Supremo Tribunal Federal: “*No âmbito do Direito Público, a Administração, também, está pautada por princípios basilares estampados no art. 37 da Constituição da República, dentre eles o da publicidade, preceito que recomenda a atuação transparente do agente público. Por se tratar de princípio, ele, também, comporta exceções, todas fundadas no texto constitucional, quais sejam: i) sigilo que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII da CRFB), e ii) que diga respeito à intimidade ou o interesse social (art. 5º, LX, da CRFB). Nesse contexto, é tarefa simples aceitar que a necessidade de preservação do sigilo bancário e empresarial pode estar contida nas exceções constitucionais, seja porque resultante da reserva de segurança da sociedade, ou por representar um desdobramento da preservação da intimidade ou do interesse social*” (STF – MS nº 33.340-DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 26.05.2015).
- [55] *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. I. Cássio Scarpinella Bueno (Organizador), p. 743.

[56] *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. II – Tomo I, item 1.104.1., p. 1.298.

[57] STJ – Ag. Reg. na MC nº 14.949-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.06.2009 – DJ 18.06.2009. No mesmo sentido: “- O rol das hipóteses de segredo de justiça não é taxativo, sendo autorizado o segredo quando houver a necessidade de defesa da intimidade” (STJ – REsp. nº 605687-AM, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.06.2005 – DJ 20.06.2005).

[58] Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105. Na prática haverá sem uma *carta em branco* na medida em que a decisão que determina a tramitação com publicidade restrita não desafia agravo de instrumento (art. 1.015, do CPC/2015).

[59] Pedro Henrique Nogueira. *Ibid*, p. 657 – item 7.

[60] Teresa Arruda Alvim Wambier (*Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* – São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paul: Revista dos Tribunais, Revista de Processo 98, ps. 304-305 e *Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória–Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: O que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 235,236 e 237, nota 74).

[61] “Num Estado democrático só ao legislador cabe, em primeira linha, a definição daquele que será o interesse público por excelência, <<o bem comum que constitui a raiz ou alma de uma sociedade política, englobando os fins primordiais que caracterizam e fundam o Estado>> (...) <<é o interesse público por natureza, a *salus publica*, que se pode exprimir sinteticamente na composição de necessidades do grupo para a realização da Paz social segundo uma ideia de Justiça. (...)” (Maria Fernanda dos Santos Maças. *A Suspensão Judicial da Eficácia dos Actos Administrativos e a Garantia Constitucional da Tutela Judicial Efectiva*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, ps. 212-213).

[62] Neste sentido: “Ademais, a garantia do sigilo fiscal será mantida com a simples determinação judicial de que o processo deve tramitar em segredo de justiça, assegurando-se a intimidade da parte (inciso LX do artigo 5.º da Constituição Federal) e impedindo-se, assim, o acesso aos autos de pessoas estranhas à relação jurídica litigiosa. Não se pode olvidar que o permissivo legal que autoriza a quebra do sigilo fiscal mediante ordem judicial encontra-se estampado no artigo 198, § 1.º, inciso I, do CTN, na redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar n.º 104/2001, devendo sê-lo interpretado em consonância com aquele preceito constitucional. “Em que pese a natureza da demanda não se encontrar no rol enumerado no inciso II do artigo 155 do Código de Processo Civil é plenamente cabível que o magistrado confira, ao seu critério, em virtude do interesse público, o processamento em segredo de justiça, consoante dispõe a regra aberta do inciso I do artigo 155 do Código de Processo Civil, em plena conformidade com o dispositivo constitucional do artigo 5.º, inciso LX, da Carta Magna. Assim, caberá ao magistrado, na origem, fundamentar eventual decisão que decrete o processamento em segredo de justiça. (...)” (TJRS – Ag. In. n.º 70013031950, rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. 22.12.2005 – DJ 27.01.2006). No mesmo sentido: TJSP – Ag. In. n.º 508.262-4/3-00, rel. Des. Boris Kauffmann, j. 28.08.2007. Contudo, se os dados cobertos pelo sigilo fiscal não forem juntados aos autos ou ficarem lacrados com acesso restrito às partes, não há razão para ser decretado o segredo de justiça: TJSP – Ag. In. n.º 7.152.980-5, rel. Des. Candido Além, j. 14.08.2007.

[63] § 4º, do art. 14, da Lei nº 9.609/98: *"Na hipótese de serem apresentadas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades"*.

[64] TJSP – Ag. In. n.º 520.906-4/1-00, rel. Des. Beretta da Silveira, j. 06.11.2007. Também já se teve como correta, até mesmo de ofício, a decretação do segredo de justiça quando no processo foi juntada foto de uma das partes nua (TJSP – Ag. In. n.º 337.975-4/6-00, rel. Des. A. C. Mathias Coltro, j. 10.10.2007). De outro lado, entendeu-se que o Processo de Falência, como regra, deve ser dotado de ampla publicidade sendo negado o pedido de decretação de segredo de justiça: TJSP – Ag. Reg. n.º 530.242-4/0-01, rel. Des. José Roberto Lino Machado, j. 26.09.2007.

- [65] TJSP – Ag. In. nº 501.335-4/6-00, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 14.06.2007: “*O intuito do segredo de justiça é garantir a privacidade e a intimidade dos envolvidos no processo, e, no caso em exame, seu deferimento não implicará em qualquer prejuízo à parte contrária.(...)*”. Contudo, de forma contraditória, há amplo acesso na internet no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo ao acórdão com os nomes das partes.
- [66] TJPR – Ag. In. nº 132.164-8, rel. Des. Wanderlei Resende, DJ 03.02.03. Um dos autores deste trabalho atua como advogado da entidade autora em um processo de indenização contra uma famosa cantora que lançou diversas ofensas no programa televisivo “Fantástico” da Rede Globo e, acionada judicialmente, postulou o resguardo da sua *intimidade* e que o processo corresse em segredo de justiça, o que não tem qualquer sentido: para ofender pode utilizar um programa de alcance nacional, mas sendo processada deseja que tudo corra em segredo do público e da imprensa.
- [67] *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, tomo III, p. 52.
- [68] *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, vol. II, p. 11.
- [69] Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 105. Na prática haverá sem uma *carta em branco* na medida em que a decisão que determina a tramitação com publicidade restrita não desafia agravo de instrumento (art. 1.015, do CPC/2015).
- [70] *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. I. Cássio Scarpinella Bueno (Organizador), p. 744.
- [71] Art. 773, do CPC/2015: “*O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados. Parágrafo único. Quando, em decorrência do disposto neste artigo, o juízo receber dados sigilosos para os fins da execução, o juiz adotará as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade*”.
- [72] *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 1204.
- [73] STJ – REsp. nº 1.349.363-SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.05.2013, DJe 31.05.2013 – recurso especial repetitivo.
- [74] *Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. São Paulo: Gen Editora Método, p. 608 – nota 5.

[75] Conforme bem apontado por Antonio Dall’Agnol (*Comentários ao Código de Processo Civil...*ob. cit., p. 244) e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: TJSP – Ag. In. nº 508.262-4/3-00, rel. Des. Boris Kauffmann, j. 28.08.2007. Há outras situações especiais que podem justificar o segredo de justiça: “(...). Além dos casos mencionados no próprio dispositivo, o Código ainda autoriza a que se procedam em segredo às justificações preliminares em arresto (art. 815), seqüestro (art. 823 e busca e apreensão (art. 841). Nessas três hipóteses, o interesse predominante é do próprio requerente, cuja pretensão poderia ficar comprometida sempre que, por ter conhecimento anterior à efetivação da medida cautelar, a parte contrária pudesse frustrar-lhe a realização, afetando, com isso, a própria solução, futura, do litígio.” (Egas Dirceu Moniz de Aragão. *Comentários ao Código de Processo Civil...*ob. cit., ps. 16/17).

[76] Leonardo Carneiro da Cunha Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, vol. III, p. 48. Luiz Guilherme Marinoni (direção)

[77] Neste sentido: “(...). Nome completo do autor divulgado com a publicação de decisão proferida em processo que tramita em segredo de justiça (ação de divórcio). Danos morais configurados, uma vez que houve descrição de acusações de ambas as partes, inclusive com citações vexatórias. Cabimento de reparação (...)” (TJSP–Apelação nº 0019263-04.2013.8.26.0506, rel. Des. Spoladore Dominguez, j. 05.07.2017).

[78] Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 700, nota 8.

[79] “Entretanto, no caso em análise, em virtude do vultoso patrimônio partilhável—quase quinze milhões de reais –, entendo que a matéria envolve a proteção e a intimidade dos envolvidos, justificando-se a restrição de publicidade dos atos processuais (CPC, art. 189, III)” (TJSP – Ag. In. nº 2046730-45.2017.8.26.0000, rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 29.06.2017).

[80] *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 658 – item 10.

[81] *Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral*. São Paulo: Gen Editora Método, p. 610 – nota 10.

[82] *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. I. Cássio Scarpinella Bueno (Organizador), p. 743.

[83] STJ – REsp. nº 1.082.951-SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 06.08.2015 – DJe 17.08.2015.

[84] Em algumas situações tem sido negado acesso aos autos até mesmo às partes e aos seus procuradores, em especial quando se trata de inquérito policial: TJRS – MS nº 70012494647, rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 21.09.2005. Contudo esta posição não encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: STF – HC nº 90.232-AM, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.12.2006 – DJU 02.03.2007. Na mesma linha: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*O Sigilo do Inquérito Policial e o Advogado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, p. 123/131). analisando o crime de violação a segredo de justiça, isto frente à regra do art. 325, do Código Penal, a doutrina deixa claro que o crime somente é cometido se realizado com dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de que o fato deveria ser mantido em sigilo (Celso Delmanto. *Código Penal Comentado*. Belo Horizonte: Renovar, 1998, p. 551).

[85] Como bem ponderado por Pedro Henrique Nogueira (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 658 – item 11).

[86] *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. II – Tomo I, item 1.104.4., p. 1.299.

[87] Araken de Assis. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. II – Tomo I, item 1.104.4., p. 1.299. Seria o mesmo interesse que justificaria o ingresso como assistente: “titularidade de relação jurídica conexa, dependente ou incompatível com a do objeto litigioso”.

[88] TJSP – Ag. In. nº 1.114.644-0/6, rel. Des. Cristiano Ferreira Leite, j. 06.06.2007.

[89] *Comentários ao Código de Processo Civil...* ob. cit., p. 12. Seguindo esta mesma posição: “Restrito porque somente será deferido o acesso àquele que demonstrar um interesse qualificado. O revogado Código falava em “requerimento motivado” (art. 19, parágrafo único), exigência que continua presente, desde que a demonstração da qualidade do interesse há de realizar-se ao juiz que dirige o processo, o qual, com discricionariedade, resolverá. Parcial porque dos processos que corram em segredo de justiça dar-se-á certidão apenas da parte dispositiva da sentença, excluídas, pois, as partes concernentes ao relatório e à fundamentação. Distinguindo o Código entre sentença, decisão interlocutória e despacho, há quem entenda inviável a concessão de certidão de decisões interlocutória ou de meros despachos proferidos em processos que corram em segredo de justiça. Factível, ainda, o deferimento de certidão do inventário e partilha resultante de desquite (hoje, separação judicial. Finalmente, indireto o acesso porque realiza-se ele através de certidão, que é ato do escrivão (art. 141, V), não tendo o terceiro juridicamente interessado direito de consultar os autos do processo (também não o têm os advogados que não o sejam das partes)” (Antonio Dall’Agnol. *Comentários ao Código de Processo Civil...* ob. cit., p. 245).

[90] Caso seja juntada, o peticionário terá que ter acesso aos autos, o que acabaria por afastar o efeito do segredo de justiça. Seria, na verdade, uma forma de burlar a restrição legal originária do segredo de justiça.

[91] *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. II – Tomo I, item 1.104.6, p. 1.300.

AÇÕES COLETIVAS: EVOLUÇÃO E DESAFIOS PARA UMA PERSPECTIVA TRANSFORMADORA DA JURISDIÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Juscelino Pires da Fonseca⁹²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar alguns aspectos das denominadas ações coletivas atinentes a evolução de seus conceitos e as discussões atuais da doutrina sob seus temas centrais. A proposta é apresentar historicamente a evolução do processo coletivo como um novo processo civil, indispensável à um acesso a justiça substancial aos jurisdicionados, na medida em que mescla a celeridade e economia processual, com igualdade e isonomia na relação jurídica buscando a efetivação de direitos fundamentais à sociedade contemporânea que tenta organizar-se por meio de grupos, classes, etc., e ter suas acepções institucionalizados.

Palavras-chave: Ações Coletivas; Conceitos; Acesso à Justiça; Direitos Fundamentais

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a analisar as Ações Coletivas sob o enfoque de sua evolução histórica e conceitual, com os desafios atinentes a formação de uma nova perspectiva de processo civil, do qual originou-se várias codificações, tendo como marcos principais

a Lei de Ação Civil Pública (1985) a Constituição Federal (1988) e o Código de Defesa do Consumidor (1990).

Além disso, busca-se apresentar formulações de que o Sistema Processual Coletivo, ampliou o acesso à justiça, principalmente porque tendo em vista o dinamismo da sociedade contemporânea caracterizada por relações jurídicas e sociais complexas, os conflitos de massa se apresentaram como um problema que não poderia ser solucionado pelo tradicional processo civil individual, calcado na defesa dos interesses particulares.

Por fim, trazemos à baila, preocupações com enquadramentos conceituais equivocados e principais divergências sobre esta matéria na atualidade, que ao nosso ver só serão amenizados com a criação de um Código de Processo Coletivo e o abandono pelos cientistas dos direitos da contumaz tentativa de enquadramento do processo coletivo aos procedimentos existentes e tão conhecidos do processo individual.

Ademais, durante a pesquisa realizada demonstramos a importância desta ciência, para fins de economia, celeridade processual, proteção de grupos, classes e minorias que poderão ter suas aspirações atendidas com relação jurídica em patamar de igualdade com os pretensos violadores destes direitos, sempre calcado na busca pela concretização de direitos fundamentais e da tutela jurisdicional.

2. EVOLUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

O Acesso à Justiça não existia no direito natural, posto que apenas com o surgimento do Estado de Direito, um terceiro imparcial passou a desempenhar as funções de dirimir conflitos e impor coercitivamente suas decisões. No Estado Liberal, assim definido como de culto a literalidade da lei, também não houve muito avanço, pois era assegurado apenas um acesso à justiça

formal e não efetivo (CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant, 1988, p.9).

O Estado Liberal foi criado com intuito de limitar a atuação do monarca, consagrando o princípio da legalidade. O problema é que tal abordagem excluía de sua apreciação os direitos sociais até porque a influência do Iluminismo racionalista, atrelado ao dogma de completude impedia a interpretação da lei, que aplicada em sua literalidade buscava ideais de segurança jurídica, mas afastava os jurisdicionados de uma participação efetiva, comprometendo o primado do acesso à justiça a privilegiar uma visão reducionista do direito (SOUZA NETTO, 2012, p. 5).

No mesmo sentido Mauro Capeletti e Bryant Garth (1988, p. 11-12), já diziam que o acesso à justiça estava em uma crescente de desenvolvimento, que novos direitos individuais e sociais surgiam e que seria necessário mecanismos para sua reivindicação sob pena de não ter sentido ser titular desses direitos, se não há como buscar sua implementação.

Com a mudança do Estado Liberal para o Estado Constitucional a concepção de acesso à justiça sofre grande transformação posto que a jurisdição passa a se utilizar de princípios e regras constitucionais, para interpretação do direito possibilitando ao cidadão um acesso mais amplo ao judiciário.

Devido ao dinamismo da sociedade faz-se necessário a adaptação dos textos normativos. A própria ideia da utilização de princípios já demonstrava imprecisão e limitação das regras como forma única de resolver conflitos e garantir o acesso à justiça. Surgiu a necessidade do direito ser visto como um instrumento de transformação social, mas para isso é necessário que se compreenda a realidade (SOUZA NETTO, 2012, p. 29).

Nesse contexto, surgiram conflitos que não encontravam amparo lógico-racional e jurídico na legislação codificada, necessitando de leis específicas a preverem tais comportamentos e com isso surgiu no Brasil com inspiração nos trabalhos do jurista Italiano Mario Capeletti a Lei da Ação Civil Pública (Lei7.347/85), marco da origem do direito coletivo no Brasil.

Nessa época (meados da década de 1980) o Processo Civil Brasileiro era atingido pela segunda onda renovatória de origem romano-germânica, que tinha como objetivo o tradicionalismo processual de cunho individualista (DINAMARCO, p. 155)

A preocupação da segunda onda renovatória, era demonstrar a lacuna do ordenamento jurídico processual, logo sua incapacidade de proteger os direitos coletivos, tendo em vista estar cunhado em uma relação de disputas entre particulares, para resolver seus próprios interesses, portanto uma visão individualista inapropriada para solucionar conflitos de massa, portanto de concepção social e coletiva.

Segundo Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988, p.12), diante da impossibilidade de todos os titulares de determinado direito difuso (ex: qualidade do ar) deduzirem suas pretensões em juízo, a solução seria nomear um “representante adequado”, que agiria em benefício dos pretensos afetados, sendo que ao fim a decisão judicial obrigaria a todos os membros da coletividade, protegendo os direitos difusos, importando em uma necessidade de alteração da noção tradicional de coisa julgada.

Segundo Teori Zavascki (2016, p. 13) as modificações no sistema processual ocorreram em duas fases, a primeira iniciada com a Lei de Ação Civil Pública, portanto com a introdução no direito positivo de mecanismos processuais desconhecidos atento a nova roupagem do direito processual que se agigantava por meio das ações coletivas, “*tutelando direitos e interesses transindividuais e a própria ordem jurídica abstratamente considerada*”. A segunda fase iniciou na década de 1990, especificamente a partir de 1994, com objetivo de aperfeiçoar e ampliar os instrumentos processuais existentes no Código de Processo Civil de 1973, já que a sociedade contemporânea apresentava novas peculiaridades.

A Constituição Federal promulgada no ano de 1988, foi um marco para o processo coletivo pois bipartiu o processo civil brasileiro em individual e coletivo prevendo em seu regramento os direitos transindividuais, para posteriormente com a emenda constitucional nº. 45, estabelecer a ideia de acesso a ordem jurídica

justa, portanto resolução de conflitos em tempo razoável como prevê o art. 5º LXXVIII da CF, em correspondência com o art. 2º do Código de Processo Civil, portanto avançando no conceito de inclusão jurisdicional.

Além disso, regulamentou o direito das partes a assistência judiciária gratuita integral, na forma do art. 5º LXXIV e a criação de juizados especiais cíveis e federais, posteriormente formalizados pelas leis 9099/95 e 10.259/2001, em que pese ter tratado em seu art. 5º XXXV do acesso à justiça de forma genérica (CARVALHO, 2016, p. 143).

Outras leis posteriormente foram sendo editadas a fortalecer o Sistema Processual Coletivo, do qual podemos citar, a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiência (lei 7.853 de 24.10.1989, a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Lei 7.913 de 07 de dezembro de 1989), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11.09.1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 11 de setembro de 1990), a Lei da Proibição da Administração Pública (Lei 8.429/92 de 02.06.1992), , e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica – Antitruste (Lei 8.884 de 11 de junho de 1994), e dos interesses das pessoas idosas (lei 10.741 de 01.10.2003, etc., com características peculiares, com objetivo de atender conflitos sociais, envolvendo um grupo ou categoria de pessoas (conflitos de massa), com mecanismos específicos, em ações com alto grau de dificuldade (GOMES, JÚNIOR, CRUZ, 2019, p. 2).

Porém, a legislação ainda é muito restrita quanto a este acesso pelo judiciário nas ações coletivas, em que pese a legitimação ampliada previstas constitucionalmente e pelo Código de Defesa do Consumidor que expressamente legitimou determinados entes para certas ações coletivas, como é o caso do Ministério Público, até porque a ideia é permitir a tutela coletiva dos direitos individuais ligados entre si pelo vínculo da homogeneidade (GRINOVER, *et al*, p. 709).

É evidente, que obstar ou criar entraves ao amplo emprego do processo coletivo quando discutidos direitos transindividuais (direitos difusos e coletivos) implica obstar o acesso à justiça, posto que não há como tutelá-los individualmente com a utilização dos instrumentos do processo civil tradicional, posto que o substrato jurídico-material indivisível, de caráter coletivo nos impõe tal constatação (TALAMINI, 2015, p. 2).

Ronaldo Lima dos Santos (2003, p. 61-62) diz que o processo coletivo surgiu para garantir o atendimento as reivindicações de uma sociedade de massa, que não se configura apenas pela quantidade de indivíduos que a compõe, mas pela supremacia de sua uniformidade social, no qual todos os componentes do grupo devem ser tratados de forma igual nos aspectos formais e materiais. Prossegue o autor demonstrando suas características: *“a) ausência de organização social; presença de uma agregação de indivíduos que, embora separados, desligados ou anônimos, possuem homogeneidade em relação a determinados comportamentos ou situações nas quais se encontram; b) os comportamentos são não-organizados, não-estruturados, não-coordenados; c) caracteriza-se pelo comportamento de massas, isto é, nele as pessoas agem individualmente, mas na mesma direção e com estímulos e condições idênticas; d) não se manifestam por meio de um grupo, mas individualmente de forma uniforme; e) massa não consiste num grupo, não pode interagir, mas pode ser levemente identificada pela uniformidade; há uma fluidez da personalidade –mais precisamente nas sociedades primitivas –para a impessoalidade, particularidade esta das sociedades modernas.*

É importante frisar, portanto, que o ponto de partida do sistema de processos coletivos, no Brasil, foi dar tutela a direitos que, naquele dado momento histórico (segunda metade do século XXI), não poderiam ser enquadrados nos mecanismos e instrumentos processuais positivados. Entretanto essa “urgência” em garantir meios para efetivação destes novos direitos, sem uma análise pormenorizada de conceitos fundamentais sobre a matéria alicerça-la como novidade na legislação, traz problemas quanto ao desenvolvimento da matéria a décadas, pela imprecisão por

exemplo em definir quem são os titulares dos direitos transindividuais? Os estudiosos atribuem essa titularidade, à “sociedade”, a “grupos” ou à “coletividade”, expressões genéricas e que servem muitas vezes apenas para dar uma aparência de efetivação dos direitos a esta categoria, que em muitos casos até desconhecem ou discordam da tutela eventualmente deferida na relação jurídica formada (VITORELI, 2019, p. 27).

Isso se deve também ao fato de que a tutela coletiva não foi bem compreendida sendo que a aprovação do Código de Processos Coletivo teria trazido com mais rapidez a clareza, proteção e importância que este instituto merece até porque previa a criação de varas especializadas e prioridade processual em ações desta natureza, conforme previa seu Anteprojeto em seu art. 10: “o juiz deve dar prioridade ao processamento da ação coletiva salvo quando não haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (CARVALHO, 2006, p. 205).

Ada Pellegrini Grinover (1984, p. 37), já dizia “*que o processualista tenha a coragem intelectual de admitir que hoje aflora no processo situações diversas daquela que constituíam o suporte dos institutos tradicionais. A tradição doutrinária não pode significar um obstáculo para repensar institutos, que há de ser moldados as novas situações*”.

José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 189) diz que a partir da Constituição Federal vigente as “*ações coletivas assumiram dimensão jamais vista no Direito Brasileiro. Isso se deve por evidente ao reconhecimento pelo Estado Democrático de Direito dos direitos transindividuais e da importância das formações sociais para a vida democrática nacional*”

Assim, faz –se necessário entender os mecanismos para efetivação das tutelas coletivas, e a relação entre os legitimados e detentores do direito, já que ao defender no processo o direito de uma coletividade, uma das pessoas lesadas, um ente ou pessoa pública, estará sendo potencializado o acesso à justiça, mas existem problemas que devem ser postos em discussão, pois nem todos os

titulares de direito poderão se manifestar, e como poderíamos garantir que a representação do legitimado na instrução processual está em conformidade com o que pleiteia o detentor do direito se não há prévia comunicação entre eles (VITORELLI, 2019, p. 13)

O processo coletivo é importantíssimo para garantir o acesso à justiça, porque mostra-se como um procedimento adequado e eficiente, para “quebrar barreiras”, mesmo quando esgotada as possibilidades de ação individual. A tutela do direito, ora desrespeitado que lese uma infinidade de pessoas pode ser resolvida conjuntamente com menor dispêndio de dinheiro e de tempo com uma única ação coletiva (MENDES & SILVA, 2018, P 238).

3. AÇÕES COLETIVAS: CONCEITO, REQUISITOS E RELEVÂNCIA

Com intuito de adentrarmos na discussão sobre os desafios do direito coletivo, como ciência autônoma do direito na resolução de conflitos de massa, faz-se necessário inicialmente conceituar a própria ação coletiva, sendo que o tema demanda grandes discussões doutrinárias em que pese ter se firmado no Brasil a mais de cinquenta anos, com a publicação da lei de Ação Popular (lei 4.717/65) tendo como marco histórico que a consolidada a promulgação da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7347/85).

Luciano Velasque Rocha (2002, p. 269), definiu ação coletiva há 17 anos atrás partindo da diferenciação da legitimidade ativa e da coisa julgada, com o processo civil tradicional, asseverando que a exata definição passava pela análise da possibilidade de legitimados pleitearem direitos alheios em juízo, e pela extensão da coisa julgada além das partes processuais.

De forma bem simples poderíamos definir ação coletiva como sendo uma demanda que origina um processo coletivo, que pode ser ativo ou passivo. Esse processo coletivo deve ter caráter litigioso e coletivo, sendo que uma das partes da ação deve ser coletiva

(grupo, categoria ou classe) (DIDIER JR, ZANETI JR, 2016, p. 32).

Em Contraponto Antônio Gidi (1995, p. 160), diz que para definição de uma ação coletiva faz-se necessário 03 requisitos, quais sejam Legitimidade, o objeto do processo e a coisa julgada.

Para Luiz Manoel Gomes Jr e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (2019, pag. 292), a ação coletiva possui 03 (três) requisitos, quais sejam um, sistema de legitimidade diferenciada, o que significa um rompimento com as ideias clássicas de legitimidade ordinária e extraordinária, sendo que a exata noção de legitimidade partiria de uma previsão legal.

No mesmo sentido Thereza Alvim (1996, p. 118), defende a autonomia e exclusividade da tutela coletiva, devendo ser visto como uma novidade que difere e, portanto, não se enquadra aos conceitos de legitimidade até então positivados seriam uma espécie de legitimação própria e autônoma.

Além disso, a ação coletiva deve possuir um regime especial da coisa julgada, no qual os efeitos que dela irradiam tem caráter ampliativo (além das partes processuais) com aplicação da *secundum eventum probationis* (prova dos fatos) e por fim seu objeto ser um ou mais direitos coletivos, posto que a ação deve se concentrar na defesa de direitos coletivos, ainda que de forma accidental como no caso dos direitos individuais homogêneos (GOMES JR, CRUZ, 2019, p. 292).

Ora, ao tratamos de direitos coletivos, não nos parece correto, por obviedade buscar o resguardo do direito de um único indivíduo, mas também não é apenas a existência de uma pluralidade de indivíduos, ora titulares de pretensões homogêneas, que justificarão por si só o uso das ações coletivas.

Na visão de Eduardo Talamini (2015, p. 339), é preciso que além da tutela do direito de múltiplos indivíduos, ainda haja uma possível lesão ou ameaça que tenha o condão de atingir um número significativo de indivíduos seja ele indeterminado ou não, desde que demonstrado cabalmente a potencialidade de lhes causar lesão. Prossegue o autor que apenas nestas circunstâncias há

configuração do interesse difuso (conflito de massa), gerando a necessidade da tutela coletiva. Posteriormente, já no curso do processo, durante ou finda a instrução processual, já no momento de habilitação de interessados para a liquidação e execução individuais, é possível se deparar com a diminuição ou até inexistência dos indivíduos envolvidos, mas tal situação não desconfigura a ação coletiva pois a revelação da tutela coletiva se revela no resguardo e proteção do interesse difuso, no sentido de coibir condutas potencialmente lesivas em proporções significativas.

O Sistema Processual Coletivo ainda trouxe várias espécies de instrumentos para a tutela coletiva, como a Ação Civil Pública, a Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação de Improbidade Administrativa, no âmbito eleitoral a Ação de impugnação de mandato eletivo, até mesmo a ação penal condenatória (DIDIER JR, ZANETI JR, 2016, p. 33).

O processo coletivo é tão importante que vários instrumentos processuais utilizados no processo civil individual, surgiram através deste, como é o caso de cláusulas gerais, antecipação de tutela, e provimentos de natureza mandamental e executiva (CARVALHO, 2016, p. 205)

4. DESAFIOS DE CONCEITUAÇÃO: NATUREZA JURÍDICA, TITULARIDADE E COISA JULGADA NO DIREITO COLETIVO

No Código de Processo Civil de 1973 em seu art. 6º existia uma previsão que apenas os detentores do direito teriam legitimidade para pretendê-los em juízo. Essa disposição possuía correspondência com a Constituição Federal de 1967.

Entretanto a Constituição Federal a partir do ano de 1988 trouxe à figura da representação coletiva potencializando o acesso à justiça, por meio da tutela dos direitos transindividuais, posto que a partir desse momento o titular do direito material não precisa ser

necessariamente o titular do direito de ação, de forma que entes poderiam representar grupos ou classes de indivíduos (SILVA, p. 260).

O Código de Defesa do Consumidor potencializou a legitimação para ações coletivas em colaborando com a previsão constitucional de 1988, sendo que os legitimados podem ser o próprio cidadão (ação popular), órgãos públicos (Ação Civil Pública) e até partidos políticos, associações civis e sindicatos (MENDES, p. 245).

Desde então inúmeros debates na doutrina, sobre qual a natureza jurídica do legitimado no processo coletivo se intensificaram, sendo que para Freddie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr (2016, p. 177), trata-se de legitimidade extraordinária, posto que o titular do direito material será um grupo, ou uma coletividade enquanto que o direito de ação é promovido por ente que não possui relação com o direito ora discutido.

Acelino Rodrigues Carvalho (2003, p.275) defende que a forma como é posta a definição em ordinária e extraordinária pela doutrina sob o enfoque de coincidência entre o titular do direito e o titular da ação é equivocado, sendo que ordinária é quando algo ocorre sob determinadas circunstâncias normais, comuns e corriqueiras e extraordinária quando considerada, anormal, eventual, de forma que a legitimação nas ações coletivas deve ser considerada ordinária porque, deve ser algo comum a organização de comunidades para postular em juízo seus direitos a saúde, educação, sendo certo que isto ocorrerá sob a modalidade de substituição processual.

Entretanto, não nos parece adequado tais conceitos, posto que as ações coletivas são inovações legislativas, uma espécie de terceiro gênero, que não se afigura no binômio legitimação ordinária/extraordinária. Ora, como defender ser ordinária se há um direito coletivo no qual nem sempre o autor da ação será detentor do direito material? Por outro lado, ao enquadrar as ações coletivas como de legitimação extraordinária limitar-se-ia o

conceito, não abrangendo todas as situações, vez que o legitimado coletivo defende direito próprio, ainda que haja similitude com o direito da comunidade/coletividade. (GOMES JUNIOR, CHUERI, 2013, p. 462)

A mesma senda trilha a substituição processual, quanto a sua inaplicabilidade no processo coletivo, pois tal instituto deve ser definido como aquele no qual o autor da ação é titular do direito invocado, sendo que a decisão pode afetar terceiros que não participam da relação jurídica processual. Ocorre que o substituído não pode ser parte, mas em uma das espécies de ação coletiva, qual seja ação popular em havendo habilitação de outro cidadão inadapável estará o procedimento. Soma-se a isso o fato de que a decisão gera reflexos ao substituído, e que a sentença de improcedência, não impede a tutela individual do direito (GOMES JUNIOR, CHUERI, 2013, p.462).

Se a legitimidade causa discussões acaloradas do ponto de vista doutrinário, melhor sorte, não há quanto a titularidade do direito material. Ora, se na ação coletiva os titulares do direito são a coletividade (grupo, associação, classe, etc.), estas precisam ser bem definidas, pois, se levamos em consideração a ideia de legitimação extraordinária, o autor da ação deve compreender quais as pretensões destes indivíduos, a fim de pleitear a tutela adequada, que não pode ser abstrata e deve retratar a realidade vivida por estes indivíduos (VITORELLI, 2019, p. 10) .

O problema é que nas ações transindividuais temos exatamente a situação oposta, na qual os titulares do direito são indeterminados. Por esta razão apesar de entender que o legislador pretendeu com as ações coletivas ampliar a proteção ao máximo de indivíduos, é arriscado agir em nome de pessoas sem conhecer seus reais propósitos sob pena do resultado da demanda ser contrário ao interesse de quem se buscou proteger (VITORELLI, 2019, p. 11).

Em que pese as ponderações postas sob discussão o Brasil adota uma legitimação plúrima -com vários legitimados- e mista, no sentido de ter sua composição baseada em entes da sociedade civil

como associações, sindicatos, partidos políticos e órgãos do poder público, cito, Ministério Público e Defensoria Pública (DIDIER JR, ZANETI JR, 2016, p. 182).

Segundo Edilson Vitorelli (2019, p. 13), ainda podemos ter dificuldades em estabelecer quem decidirá a melhor forma de solução do litígio em caso de serem possíveis várias formas de resolvê-lo ou minorar suas consequências, classificando as pretensões das ações coletivas em simples e complexas. A primeira se refere a pretensão unívoca e de fácil compreensão, já na segunda nem a pretensão, tampouco a tutela é unívoca, como é o caso de conflitos socioambientais, com múltiplos contornos, na qual fica difícil estabelecer no caso *in concreto* qual das formas disponibilizadas possibilitarão a prevenção ou reparação do dano coletivo, pelo qual o autor indaga a quem caberá a escolha entre uma das formas de agir para evitar ou minorar o dano. Seria esta decisão do legitimado coletivo?

Além dessa questão chamada pelo autor de complexidade, ainda há o problema da conflituosidade que seria basicamente os titulares do direito (conhecidos) divergirem entre si sobre qual a tutela adequada, e neste caso pairaria a dúvida sobre como agir. Teria o juiz possibilidade de adequar o feito a sua forma de pensar ou o legitimado decidir sobre o que lhe parecera à melhor solução? (VITORELLI, 2019, p. 14).

Antônio Gidi (1995, p. 26), traz outro conceito tortuoso, qual seja, que as ações coletivas podem trazer prejuízo as partes, posto que estão ausentes do processo, justificando que se a ação não for julgada por insuficiência de provas não poderá ser reproposta, e o direito discutido será fulminado. Mesmo a sentença de procedência poderia ser vista por esse prisma como deflagradora de prejuízo, já que uma vez reconhecido o direito sobre um prisma, as outras possibilidades que com ela são contraditórias, restar-se-ão excluídas.

José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 190), retrata a questão da ação de procedência ter o condão de gerar prejuízos, dizendo que as peculiaridades que rejam um caso concreto, poderão dar

ensejo a variadas formas de reparação do dano, que se exercidas de determinada forma excluirão sua prestação de outra, citando o exemplo de uma empresa de saneamento de esgoto que foi condenada a implementar o sistema de esgoto em certo prazo. Ora, se o juiz decidir este “certo prazo” com base no que o legitimado requereu impedirá que outros indivíduos ausentes no processo o peçam posteriormente em prazo menor. No mesmo sentido, a decisão que fixa a forma de “implementação de esgoto”, pode não ser a mais adequada aos anseios daquele grupo, ou ainda que prestada não repare eventuais prejuízos que buscou-se coibir, mesmo assim o manto da coisa julgada impede que a ação seja reproposta e rediscuta-se por outros indivíduos daquela coletividade forma diversa de implementação do esgoto.

Eurico Zecchin Maiolino (2018, p. 62), diz que o “*direito brasileiro não condicionou a extensão subjetiva da coisa julgada à representação adequada*”, mas enumerou seus legitimados no Código de Defesa do Consumidor (art. 82 da lei 8078/90), impedindo que em caso de improcedência do pedido os terceiros ausentes nos autos sejam maculados em suas esferas individuais, de forma que a coisa julgada seria *secundum eventum litis*, ou seja somente terá validade para beneficiar ou seja *in utilibus*.

Sobre este prisma de representatividade adequada, é a lição de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p. 244), que em nossa legislação a representação é *ope legis e não ope judicis*, de forma que foi estabelecido legitimados (Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, entes federados, etc.), no que difere estruturalmente do modelo norte-americano no qual o juiz afere se há representatividade adequada levando em consideração aspectos diversos como “*histórico de atuação, a capacidade financeira do advogado etc*”.

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, havia uma tentativa de aproximar os conceitos individuais e coletivos, tornando possível sua coexistência de forma integrada, com o art. 333 que previa a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva que foi vetada.

Mas talvez isso sequer fosse necessário, ou até impossível, posto que na visão de Edilson Vitorelli (2019, p.17) é um erro tentar separar mecanicamente “o indivíduo da sociedade”, ou seja os direitos coletivos dos individuais, porque ainda que a lesão atinja a todos, dificilmente o será com a mesma intensidade, e reciprocamente os direitos individuais repercutem no grupo que condiciona o primeiro, haja vista a própria configuração de sua estrutura social.

Ainda nos deparamos com a discussão sobre as chamadas ações coletivas passivas, que são reconhecidas e definidas por Freddie Didier Junior e Hermes Zaneti Jr (2016, p. 457-458), quando “*um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial*”, ou seja para sua configuração deve haver ajuizamento de uma ação coletiva contra uma coletividade, proposta contra um “representante adequado, presente o interesse social, sendo que a coletividade será sujeita de “um dever ou estado de sujeição”.

Em sentido contrário Edilson Vitorelli (2018, p. 311), diz que as ações coletivas passivas não existem no Brasil, e só causariam injustiças se existissem, visto que onde surgiram (Estados Unidos), são raras. Prossegue o autor, dissertando que não há sequer uma definição precisa de “representatividade adequada” e que essa imprecisão geraria utilidade mínima em favor da coletividade, mas em contraponto favoreceria o direito individual, com alta possibilidade de prejudicar grupos sociais principalmente os vulneráveis, com uma coisa julgada perniciososa aos ausentes que não teriam sequer conhecimento da decisão, e possibilidade de lesão direta a seu patrimônio pessoal.

Luis Manoel Gomes Junior e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (2019, p. 300-301)) asseveram que apesar dos problemas conceituais envolvendo a ideia de representatividade adequada e abrangência da coisa julgada, as ações coletivas passivas existem no direito brasileiro, e tem sua utilidade, servindo como instrumento de controle.

No mesmo sentido Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p. 252), diz que as ações coletivas foram de fato inicialmente criadas para defesa desses direitos no âmbito do polo passivo, como no caso da ação popular, mas na Constituição Federal em seu art. 8º III, ao tratar de sindicatos o legislador, não impôs limitações a atuação no polo ativo ou passivo. Além disso é possível justificar a utilização das ações coletivas passivas pelo princípio de acesso à justiça/ inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV CF), e em ações incidentes ou derivadas (ações rescisórias, reconvenções, embargos de terceiro, etc.), havendo portanto um grupo de ações coletivas passivas que se originam da própria ação coletiva, sendo que apesar de não serem tão comuns essa modalidade é presente no direito brasileiro.

Por fim ainda destacamos a questão da imprecisão conceitual de que os direitos transindividuais são de “todos” e que “todos” serão lesados em caso de dano ao bem tutelado. Ora essa ideia mascara muitas vezes a impossibilidade de definir de forma objetiva quem é o titular do direito, até porque ainda que a lesão diga respeito a poluição ambiental de determinada cidade, é notório que haverá prejuízo e portanto eventual lesão ao limitado número de moradores da localidade, sob pena de interpretação diversa levar a conclusão que todos os indivíduos do planeta são lesados em causas que envolvam danos ao meio ambiente (Vitorelli, 2019, p. 28.).

Essa ideia, porém, de estender os efeitos dos danos a coletividade em escala global, erigindo o sistema coletivo a um patamar transnacional, possui adeptos, sendo defendido por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva (2018, p. 241), que argumentam que os danos de massa não respeitam fronteiras entre estados ou barreiras geográficas (...) *“Um dano ambiental, um produto defeituoso, uma prática fraudulenta em determinada ação na bolsa de valores, uma empresa com filial em diversos países, que viole os mesmos direitos básicos do trabalhador, em todos eles são apenas alguns exemplos que podem se estender para uma dimensão bem além das fronteiras de um país”*(...).

No mesmo sentido é a visão de Michelle Taruffo (2012, p. 26), para quem a administração da justiça e o resguardo de direitos, no mundo globalizado não pode sofrer limitações de soberania de Estados, lesões de grande repercussão a uma infinidade de indivíduos deveriam ser tutelado por um “sistema transnacional de proteção ao patrimônio transindividual da humanidade”, que hoje é inexistente.

Em agosto deste ano, foi noticiado que ocorreu um vazamento de petróleo cru no oceano, com potencial devastador ao meio ambiente. O jornal Correio do Povo no dia 08 de novembro de 2019, trouxe dados que o óleo derramado no mar, atingiu o Brasil por quase 2 (dois) mil Km em sua costa, se estendendo por 409 praias de vários estados do país, esse é o típico caso que um tribunal internacional poderia atuar. Como não há, cabe ao Estado-País, tutelar a parcela desse patrimônio atingido que se encontrar em seu território.

Assim, é necessário grande responsabilidade ao tratarmos de um tema tão volúvel quanto ações coletivas, pois como já ressaltado não é um tema o qual estamos habituados e que possui uma amplitude colossal, regulando uma faceta diferente da realidade, constituindo portanto um novo processo civil, de forma que apenas os operadores do direito que abandonarem os padrões tradicionais do processo serão capazes de entendê-lo, recepcioná-lo e sobretudo reconhecê-lo como indispensável para implementar as necessidades do nosso tempo, em que os grupos, classes, massas definitivamente passaram a organizar-se, e pleitearem seus direitos (ALVIM, *et. al*, 2014, p. 11).

5. CONCLUSÕES

O Sistema Processual Coletivo brasileiro, se desenvolve de forma lenta e gradual, já tendo impactado em larga escala na

potencialização do acesso a justiça do jurisdicionado que isoladamente, fazendo uso de técnicas legislativas voltadas aos processos individuais, teria seu direito cerceado.

Entretanto, a distância cronológica entre as codificações a reger os processos coletivos e a própria dificuldade de entendimento dos conceitos estruturais destas ações, impedem a emancipação desta ciência como autônoma e porque não dizer a própria efetivação dos direitos dos jurisdicionados que necessitam dos institutos coletivos para evitar ou reparar danos não regidos pelo processo civil tradicional.

Ora, o dinamismo da sociedade, caracterizada pela complexidade cada vez mais aparente dos conflitos na ordem jurídica e social, gera uma propensão a danos em massa, os quais somente com as concepções estruturadas do sistema coletivo conseguiremos sobrepujá-las ou ao menos atenuá-las.

Como consequência, o presente trabalho se propõe a trazer uma reflexão sobre o processo coletivo enquanto instrumento capaz de assegurar a concretização de direitos fundamentais em larga escala, a uma infinidade de indivíduos, e de forma rápida e efetiva, já que a sociedade moderna, despertou sua consciência e exige direitos a educação, saúde, moradia, meio ambiente saudável, etc. e a existência de uma ciência autônoma do direito consolidada, que proteja os indivíduos contra lesões massificadas, é requisito fundamental para a efetivação de um estado democrático de direito, em sintonia com as necessidades da nossa sociedade atual.

Ademais, as ações coletivas garantem o acesso à justiça substancial e não apenas meramente formal, concedendo ao jurisdicionados celeridade e economia judicial e processual. Além disso, este acesso à justiça é identificado com obediência aos primados de isonomia e segurança jurídica já que ao tratar em único processo de causa que afeta centenas, milhares de pessoas haverá decisão uniforme a todos os envolvidos.

Outrossim, necessário se faz entender os conceitos estruturais deste novo tipo de ação e suas peculiaridades, visto que

inconciliável o tratamento destas ações aos procedimentos e mecanismos das demandas individuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº13.105 de 16 de março de 2015 – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 de novembro de 2019.

ALVIM, Thereza. **O Direito Processual de Estar em Juízo**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1996.

ALVIM, Thereza Arruda., BENJAMIM, Antonio Herman., GRINOVER, Ada Pelegriini., VIGORITI, Vincenzo. **Processo Coletivo. Do Surgimento a Realidade**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Substituição Processual no Processo Coletivo. Um Instrumento de Efetivação do Estado Democrático de Direito**. São Paulo Editora Pilares, 2006. <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/vazamento-de-%C3%B3leo-afeta-a-409-praias-do-nordeste-1.378843>, acessado em 01 de dezembro de 2019.

DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. vol. 4: Salvador, JusPodivm, 10ª edição, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros 1999.

_____. GOMES, JÚNIOR, Luiz Manoel. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. **Ações Coletivas Passivas- Um diálogo**

com a doutrina-Primeira Parte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. REPRO 287.

_____. GOMES, JÚNIOR, Luiz Manoel. CHUERI, Miriam Fecchio Chueiri. **Sistema Coletivo: Porque não há substituição processual nas ações coletivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 REPRO 221.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. MAIOLINO, Eurico Zecchin. **Coisa Julgada nas Ações Coletivas.** São Paulo: Revistados Tribunais, 2018. REPRO 123.

_____. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Ações Coletivas Transnacionais.** São Paulo: Revistados Tribunais, 2018.

_____. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e SILVA. **A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas.** São Paulo: Revistados Tribunais, 2012. REPRO 209.

_____. José Laurindo de Souza Netto. **A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade.** Lisboa: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil: terceira série.** São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. ROCHA, Luciano Velasque. **Por uma conceituação de ação coletiva.** São Paulo: Revistados Tribunais, 2002. REPRO 107.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.** São Paulo: LTR, 2003, p. 61 -62.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Eduardo Talamini. **Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. REPRO 241.

_____. TARUFFO, Michele. **Notes on the collective protection of rights.** *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions.* Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012.

_____. VITORELLI, Edilson. **Ações Coletivas Passivas: Porque elas não existem e nem deveriam existir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. REPRO 218.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos Litígios Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ZAVASCKI, Teori. **Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[92] Mestrando em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR), Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Pós-Graduando em Direito Público pela Faculdade Estácio (ESTÁCIO). Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Pós-Graduando em Direito Imobiliário pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Advogado. juscelinoadvocacia@gmail.com.

GARANTIA DE PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA SOB O PRISMA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE CONCLUSÃO PARA DECISÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Miriam Fecchio Chueiri⁹³
Luiz Manoel Gomes Junior⁹⁴

Resumo: O acesso à justiça expresso na Constituição Federal garantiu o direito a todo o cidadão de ter sua tutela jurisdicional. Como direito existencial, o acesso à justiça promove a proteção ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Não obstante a possibilidade de tutela jurisdicional deverá ser concedida pelo Estado de maneira equânime, justa e adequada. Nesse sentido, o Código de Processo Civil passou a agregar, expressamente, meios que possibilitem o acesso à justiça de forma isonômica, justa e adequada, como a ordem cronológica de conclusão para proferir sentenças ou acórdãos, expressa no artigo 12. Para tanto, faz-se uma abordagem sintética dos princípios fundamentais constitucionais expressos no atual Código, bem como doutrinária, para compor a análise do presente trabalho.

Palavras-chave: Ordem cronológica de conclusão; Preferência na ordem cronológica; Princípio da dignidade humana; Acesso à justiça; Tutela jurisdicional.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito introduzido no ordenamento pátrio com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, passa a produzir efeitos na interpretação e aplicabilidade dos demais códigos.

No decorrer dos anos a interpretação jurisprudencial teceu os liames entre o Direito Processual Civil e a Constituição Federal. De modo que apenas alterações pontuais no Código de Processo não foram suficientes para se obter um sistema expresso condizente com a nova leitura voltada em promover a proteção e o desenvolvimento do ser humano.

A garantia de acesso à justiça, instituída pela Constituição Federal, aplicada isoladamente ocasionou o aumento expressivo de demandas judiciais, problemas estruturais e procedimentais.

A questão da razoável duração do processo e economicamente viável passou a ser discutida, bem como, a necessidade de decisões justas e adequadas por meio de um processo equânime.

Nesse sentido, o legislador e o Conselho Nacional de Justiça passam a criar possíveis soluções para promoção do acesso à justiça respeitando preceitos constitucionais.

Contudo, a Lei nº 13.105 de 2015, amplamente debatida por juristas, acaba por agregar, de forma expressa, os ditames necessários aos envolvidos no processo de como deverão proceder tornando-o meio efetivo de garantir direitos.

O processo deixa de ser apenas uma formalização burocrática, lenta, desigual e economicamente inviável, para cumprir o propósito de garantir acesso à justiça a todo cidadão. O direito a ter acesso à tutela jurisdicional refere-se a um direito inerente ao ser humano, correspondente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, ter acesso à justiça não é suficiente para garantir a dignidade do ser, é preciso que esse direito seja concedido de maneira justa e isonômica.

Uma das formas de garantir o processo equânime e célere compõe o expresso no art. 12 do Código de Processo Civil. O artigo, antes da publicação da Lei nº 13.105/2015, inicialmente previa como dever/obrigação, aos juízes e tribunais, o respeito à

ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. Contudo o texto expresso no art. 12 foi alterado pela Lei nº 13.146 de 2015, passando a incluir o termo *preferencialmente* no texto, concedendo subjetividade à aplicabilidade da ordem aos julgadores.

A despeito da alteração e das exceções expressas no art. 12, pretende-se analisar no presente trabalho, por meio da legislação e doutrina, como os julgadores poderão manter o acesso à justiça em cumprimento aos princípios constitucionais, promovendo assim a dignidade humana.

2. O VIÉS PRINCIPIOLÓGICO NA EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL

Há muito observa-se por meio da doutrina nacional e internacional a necessidade de efetivação do direito processual de forma célere e eficaz, não apenas concedido dentro de um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88), mas que a decisão proferida seja justa e adequada ao cumprimento satisfativo do direito pretendido.

O acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) como garantia processual constitucional, pautado no direito de petição, confere a todo cidadão a busca da tutela processual. Ainda, a tutela no âmbito interpretativo atual, não se refere à mera solução do conflito, sendo, o processo um meio de concretização de direitos fundamentais.

O processo, por si só, sem direito material, consiste numa *armadura sem corpo*. Obviamente, aquele que veste a armadura não sabe se ganhará a batalha. Por esse motivo, quando se ingressa com uma ação judicial não sabe se pode afirmar que o autor é *titular de direito certo e indiscutível*. Não obstante, o Estado deverá fornecer esta armadura a toda pessoa com o objetivo de fazer valer seu *direito de petição e contraditório em juízo* (art. 5º XXXIV, "a", XXXV e LV, da CF/1988) (ARAÚJO, 2016, p.

41).

Após a Constituição Federal de 1988, o Estado torna-se o garantidor do instrumento que permite ao cidadão buscar o direito material positivado nos códigos e legislações esparsas. A possibilidade de acesso à justiça fez impulsionar uma grande demanda de processos judiciais, que acabou por entrar em confronto com a falta de estrutura apta a corresponder a tal demanda.

Surge então um problema: acesso à justiça *versos* concessão da tutela adequada em um prazo razoável. As críticas ao sistema pelos próprios aplicadores do direito, baseiam-se na crise do legalismo processual, na insuficiência estéril e o seu “descumprimento com os valores que informam a sociedade plural” exigindo um redimensionamento do papel do julgador (ARAÚJO, 2016, p. 43).

Nesse sentido, a Lei nº 13.105/2015 serviu como base para ampla discussão acadêmica antes de sua promulgação, no intuito de prever expressamente regras, princípios processuais e constitucionais para atender às demandas sociais, ou seja, garantir o acesso à justiça em conjunto com a aplicabilidade efetiva de outros direitos e garantias fundamentais.

Assim, para a concessão de uma tutela justa e adequada é mister a observância de um prazo razoável. Como exemplo, o pedido de concessão de determinado medicamento ou cirurgia a paciente que sem a procedência de seu pedido de forma célere poderá sofrer prejuízos irreparáveis ou até mesmo vir à óbito.

Além da tutela cautelar e antecipada, incluídas no Código de 1973 e modificadas à tutela urgência e evidência no atual Código de Processual Civil, há outras formas que permitem a celeridade processual.

Outros princípios devem ser observados conjuntamente, para um processo adequado e célere, como os expressos no art. 7º⁹⁵, 8º e 12 do atual CPC.

O princípio da isonomia aplicada ao processo civil requer que as partes sejam tratadas de forma igual, para que se tenha um processo justo. Entretanto, para que a igualdade exista de forma justa há que respeitar as diferenças.

A ordem cronológica expressa no art. 12 materializa a isonomia processual constante no art. 7º, “evitando-se a realização de tratamentos diferenciados e injustificáveis entre os processos que tramitem perante um mesmo órgão jurisdicional” (MEDINA, 2015, p. 65).

A aplicabilidade da isonomia por meio da imparcialidade judicial, possibilita a igualdade de tratamento às partes ao exercício de direitos e faculdades processuais, inclusive no que tange à manutenção de ordem cronológica para julgamento.

Intenta-se, com o atual Código, que a lista pública mantenha a imparcialidade e igualdade de julgamentos, consolidando um dos meios para o processo célere, diversamente de processos de outrora que acabavam por ter tratamento diferenciado ou sendo decididos rapidamente ou com demora exacerbada, tornando-se um obstáculo à concessão da tutela dentro dos moldes protegidos pelo Estado Democrático de Direito.

Para Alexy, o direito do homem ao direito positivo:

não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, mas a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é justamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observância dos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo, nisto, que o direito positivo deve respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem para ser legítimo, portanto, para satisfazer sua pretensão de correção, expressa-se a prioridade dos direitos do homem (2011, p.47).

Por conseguinte, não apenas o cenário democrático pós Constituição de 1988 requer que o sistema processual seja norteado por princípios, mas também faz parte da diretriz da Declaração dos Direitos Humanos adotada pela Organização das

Nações Unidas e, recepcionada por diversos países. Prevendo em seus artigos que a proteção à direitos mediante um processo justo e realizado por juiz imparcial é garantia de concreção da liberdade e da igualdade, e tratar o ser humano de forma igual e livre significa tratá-lo de forma digna.

A visão do processo como um direito fundamental tem como alvo principal a Constituição alemã, que utilizou com primazia a expressão 'direitos fundamentais' (*die Grundrechte*) para elencar o círculo de proteção essencial ao ser humano para a fundamentação de sua dignidade (*Menschewürde*). [...] O desenvolvimento dos direitos fundamentais visa a estabelecer esse *estatuto mínimo* que preserve o ser humano em sua integralidade existencial (vida, dignidade, felicidade). (ARAÚJO, 2016, p. 52).

Assim, o processo serve como instrumento, como meio, garantidor de dignidade, pois possibilita que o cidadão seja ouvido pelo Estado para ter a tutela adequada alcançada (ARAÚJO, 2016, p. 53). Contudo, não há que se falar em concreção da dignidade por meio do processo, se não cumpridos os demais princípios fundamentais processuais e constitucionais agregados. Não haverá dignidade se a tutela buscada não for célere e isonômica.

A proteção à dignidade mediante o processo civil tem sua devida importância expressa no art. 8º do CPC/2015 ao asseverar que ao “aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Por certo, como princípios carregados de valores, não podem ser definidos abstratamente, se não de acordo com o caso concreto e em conjunto com as regras. Mesmo assim, Sarlet discorre sobre o assunto, considerando que a dignidade humana cuida-se “[...] de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade [...] passou a ser habitualmente

definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal [...]” (SARLET, 2002, p. 39).

Como qualquer conceito, se analisado abstratamente, se torna vago e impreciso, como afirma Sarlet (2002), a cada caso, no âmbito processual, será possível analisar de que forma o juiz deverá proceder.

Contudo, abstratamente é possível se afirmar, baseado no atual Código de Processo Civil, conjuntamente com a Constituição Federal e legislações recepcionadas, como a Declaração dos Direitos Humanos, que o processo, como meio garantidor de acesso à justiça, deverá conceder a todo o cidadão o seu direito, e para que este seja concedido em respeito à dignidade humana, a igualdade e a celeridade são necessárias.

3. ART. 12 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CUMPRIMENTO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O art. 12 do Código de Processo Civil incluído pela Lei nº 13.146 de 2015, previa em seu texto original a obrigatoriedade dos juízes e tribunais em atender a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

Polêmica extirpada com a alteração do *caput* do art. 12 pela Lei nº 13.265/2016, que passou a incluir o vocábulo *preferencialmente* no texto, concedendo maior flexibilidade e aplicabilidade prática efetiva ao dispositivo.

O §2º expressa, de forma exemplificativa, exceções à ordem cronológica. Iniciando pelas “sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido”. As proferidas em audiência incentivam a celeridade por meio da oralidade processual; as homologatórias (art. 487, CPC, de conciliação, transação, reconhecimento jurídico do pedido, ou, art. 485, VIII, desistência do pedido) por se tratarem de atos relativamente simplificados, por tanto, não dispendem de tanto

tempo; as liminares de improcedência do pedido, “são excepcionais e pautadas em fundamentação objetiva relativa a precedentes dos Tribunais Superiores, do tribunal local, ou mesmo quando se consumem a prescrição e a decadência” (ARAÚJO, 2016, p.126-127).

Os incisos II e III, que se referem à demandas repetitivas, intentam apreciar e aplicar o uso de precedentes. Trata-se de um dos focos pretendidos pelo atual Código de Processo Civil, expressa também no art. 926 do CPC. Como afirma Didier Júnior:

Prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e obrigatórios, sendo eles: a) o dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade; e d) o dever de coerência (2015, p. 115).

Dever que protege, entre outros, o princípio da isonomia que vincula o uso do processo como instrumento de promoção da dignidade humana. Isso porque, a uniformização por súmulas e jurisprudência estável gera a segurança jurídica de que as partes serão tratadas igualmente em situações similares. Em respeito à integridade de julgamento ao observar suas complexidades, a concretização da Constituição e do sistema de normas, as relações entre o direito processual e material, bem como, a argumentação necessária à precedentes mediante teses favoráveis e contrárias (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 129), pretende-se, portanto, o fim de alcançar a concessão do direito ao ser humano de forma justa e adequada.

Há exceção no julgamento dos embargos de declaração (V), pois enquanto não decididos a atividade processual ficará paralisada (ARAÚJO, 2016, p. 128).

Também, as decisões proferidas com base nos arts. 485 (sentenças processuais) e 932 (tomadas em juízo unipessoal do

relator dentro de hipóteses legalmente admitidas) (ARAÚJO, 2016, p. 127-128).

Por fim os processos criminais, nos locais onde exista vara única, terão preferência por se tratarem de um limite à liberdade do cidadão, direito constitucionalmente protegido.

[...] percebe-se que são muitas as exceções criadas à ordem cronológica de julgamento dos processos, o que colocará o sistema à prova quanto à sua real operacionalidade. O art. 12, §3º, procura sistematizar a ordem cronológica para as preferências legais. Determina que será criada lista própria para o registro das preferências; contudo, *será necessário analisar um meio de solução para a disputa entre as preferências que não poderá ficar adstrito ao critério cronológico e deverá ser ponderado pelo juiz no caso concreto*, cujo controle será feito pela motivação (art. 489, II do CPC) (ARAÚJO, 2016, p. 129) (grifo nosso).

Eis aqui o motivo de críticas à referida alteração da Lei nº 13.256/2016, que acaba por tornar critério subjetivo aos magistrados, ao incluir o vocábulo *preferencialmente* para a ordem cronológica.

A despeito do caráter subjetivo, as situações expressas nos parágrafos do art. 12 deverão ser atendidas. Ademais, o §1º é expresso ao exigir uma lista pública dos processos, com intuito de preservação da ordem cronológica. “A ordem cronológica, como critério preferencial, somente cumpre sua finalidade por meio da publicidade” (ARAÚJO, 2016, p. 124).

Para que haja uma ponderação adequada, deve-se observar que os direitos fundamentais adstritos no atual Código de Processo Civil, intentam um acesso à essência de uma tutela que há de ser justa e efetiva. Para tanto, o exercício formal dos instrumentos procedimentais deverá seguir o liame entre princípios constitucionais e processuais (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 683).

Como afirma Theodoro Júnior, em comentários ao projeto do atual CPC, “há de se observar um ‘modelo social de processo’, que

esteja atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela aos direitos subjetivos em crise” (2013, p. 684).

O direito a ter direitos e de forma igualitária, compõe direito fundamental existencial ao ser humano. Para tanto, utiliza-se da teoria de Rawls, para afirmar que a justiça existirá quando houver igualdade, esta deverá ser observada não por meio do utilitarismo que procura apenas obter a maior quantidade de resultados satisfatórios, mas por meio de uma justiça procedimental pura, quando:

[...] as distribuições de vantagens não são julgadas em primeira instância, confrontando-se um estoque de benefícios disponíveis com desejos e necessidades de dados indivíduos conhecidos. A distribuição dos itens produzidos se realiza de acordo com o sistema público de normas, e esse sistema define o que produzir, quanto produzir e por quais meios. Também define as exigências legítimas que, quando cumpridas, produzem a distribuição resultante. Assim, nesse tipo de justiça procedimental, a precisão da distribuição se fundamenta na justiça do sistema de cooperação dos indivíduos engajados. Não se pode julgar a distribuição separadamente do sistema do qual resulta ou do que os indivíduos fizeram, de boa-fé, à luz das expectativas estabelecidas (RAWLS, 2008, p. 106).

De maneira sintética, o juiz ao analisar as situações que serão postas à frente para julgamento, não expressas nos parágrafos do art. 12, deverão compreender a interpretação de que há pessoas que demandam uma cooperação social para que tenham os mesmos direitos que outros favorecidos pela sociedade, ou seja, terão preferência a ter sua tutela julgada à frente de outros. Eis a importância do atual Código Processual prever os princípios fundamentais, exigindo dos juristas, todos os envolvidos no processo, a sua observância.

Nesse sentido, a preferência da ordem cronológica se utilizará dos princípios fundantes da proporcionalidade e da razoabilidade para julgamento. Se o resultado obtido respeita o teor de justiça,

estar-se-á preservando o tratamento digno ao ser humano por meio do processo.

Tratar o ser humano de forma digna no acesso à justiça pelo processo justo, requer do julgador a observância dos princípios fundamentais no momento da decisão judicial, como expresso no art. 1º, na sua ordenação, disciplinação e interpretação. Portanto, o procedimento de preferência na ordem cronológica de conclusão requer amplitude e aplicabilidade principiológica, e assim, como em uma decisão judicial, o julgador deve fazer uso dos princípios fundamentais para resolver questões conflitantes procedimentais.

Para a análise de qual caso terá preferência sobre outro, em relações às questões não previstas pelo CPC, adentra-se no âmago da hermenêutica jurídica, como possível critério de auxílio a solucionar futuros impasses e, especialmente, no intuito de manter a imparcialidade jurisdicional e a justiça social. Nesse sentido, a ponderação também utilizada nos procedimentos pode ser aplicada nos termos da estrutura apresentada por Alexy:

[...] a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização (2011, p. 110).

No acesso à justiça, como mencionado o princípio da igualdade é o princípio fundante, mas para que haja ponderação na ordem de julgamento, compreende-se que “diferenciações são permitidas se para elas existem fundamentos razoáveis” (ALEXY, 2011, p. 51). O que demonstra o início de ponderação na aplicabilidade do art. 12 do CPC. Portanto, seria preferencial o julgamento de processos que a parte com idade igual ou superior a sessenta anos, incapazes, com doença grave.

A teoria de Alexy possui um referencial moral, valorativo, em relação ao julgador. Doutrinadores como Streck, contrariarão essa

teoria no sentido de que, usar de valores pessoais para decidir seria incorreto para uma hermenêutica realmente justa e adequada. Utilizando-se de Heidegger (o Dasein), Dworkin e Habermas, Streck (2011) defende que o julgador deverá julgar despido de suas concepções, observando a história social construída e existente no momento do julgamento, bem como, o ordenamento jurídico, sempre respeitando a hierarquia constitucional, utilizando de regras e princípios para obter a norma adequada ao caso concreto. O valor existe, mas ele advém dos valores que compõe as regras e princípios fundamentais constitucionais.

Compreende-se que há uma valoração que o julgador deverá utilizar para ordenar, disciplinar e interpretar, mas como o próprio art. 1º do CPC expressa “conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, bem como, as disposições do código.

Para reforçar a aplicabilidade adequada dos fundamentos do Processo Civil Constitucional, assim como as decisões judiciais dependem de motivação (art. 489, II do CPC), também dependerá a preferência para conclusão preferencial dos processos. A publicidade complementa o cumprimento da imparcialidade e igualdade na conclusão do julgamento, mas a motivação promove a racionalidade do julgador no âmbito do exposto no art. 8º do CPC.

“A motivação é a garantia de explanação do móvel do julgador e o controle sobre sua adequação” (ARAÚJO, 2016, p. 154), ou seja, é a forma que o Estado possui para manter as decisões coerentes quanto às regras e princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Será a partir dos valores inerentes ao ordenamento que o julgador se baseará ao decidir sobre a preferência para proferir a sentença ou acórdão.

Respeitados a completude sistêmica e principiológica do processo atual, voltado ao Estado Democrático de Direito, é possível a concessão da tutela jurisdicional justa condizente com a proteção aos direitos do cidadão.

Assim como as demais searas do direito passaram a valorizar o *ser* ao invés do *ter*, os direitos existenciais, defendidos com base nos princípios fundamentais constitucionais, acabam por fazer parte do âmbito processual, quando o processo se torna, então, o meio para a concreção de direitos.

Para o ser humano existir e sobreviver em sociedade, a Constituição lhe garante o direito de que o plano de saúde cumpra o contrato, de fornecimento de medicamento, de acesso à tratamento médico, de que a obrigação seja cumprida, de que o divórcio seja concedido, de que os alimentos sejam fixados, de que o dano moral e material seja indenizado, para que o incapaz seja protegido, de que a propriedade seja protegida, etc., o direito material como um todo, se perfaz mediante o processo. É o processo que permite que o ser humano tenha acesso efetivo à justiça.

4. CONCLUSÕES

O acesso à justiça como meio garantidor do ser humano ter direito à tutela jurisdicional, de forma igualitária, justa e adequada, é dever do Estado. Nesse sentido, em cumprimento à Declaração dos Direitos Humanos e aos ditames constitucionais, do Estado Democrático de Direito, o processo passa a ser o meio de promoção da dignidade humana.

Contudo, não basta ter a possibilidade expressa de acesso à justiça, essa deve ser concedida igualmente a todo o cidadão, e que seja justa e adequada. Ademais, para que se obtenha tais critérios, é necessário que o processo ocorra dentro de um prazo razoável, pois a tutela tardia, não será justa.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil, agregou expressamente princípios constitucionais em seus artigos, especialmente como analisados os arts. 1º, 7º e 8º, com intuito de

promover o real Estado Democrático, voltado ao desenvolvimento e promoção do ser humano.

O art. 12 que prevê a ordem cronológica de conclusão para sentenças ou acórdãos condiz com o atual espírito codicista processual constitucional. Entretanto, após a alteração da Lei nº 13.256/2016, o termo *preferencialmente*, passou a estar expresso no *caput* do art. 12, tornando, mesmo com algumas exceções, a ordem subjetiva. Situação que poderá causar impasses de como proceder para dar preferência ao julgamento ou acórdão em determinados casos, não inclusos nas exceções exemplificativas do referido artigo.

De maneira sucinta, abrangendo os princípios constitucionais expressos no atual Código de Processo Civil, acredita-se que a conjugação da proporcionalidade e da razoabilidade permitirão ao julgador criar uma ordem adequada de conclusão, respeitando a dignidade do cidadão de obter uma tutela jurisdicional justa e adequada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Org./trad. Luís Afonso Heck. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil: parte geral**. Tomo I. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência**. Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, v. 18, n.36, ano 2015, p. 114-132.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. 3 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a EC

77/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Novo Código de Processual Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLITE, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. Constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011(a).

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011(b).

_____. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos**. v. 1, n. 1. ano 2010. In: CULLETON, A.S. *Sentidos y Esperanzas*. Hendu Revista Latino Americana de Derechos Humanos, p.93-105. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br>>. Acesso em: 18 de jun.2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os Novos Rumos Projetados para o Direito Processual Civil Brasileiro (PL 8.046/2010). NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). **Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária**. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas S.S., 2013, p. 681-689.

[93] Doutora em Direito (Processual Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora titular da graduação em Direito da Unipar *capus* de Cianorte. Professora do Programa de Mestrado em Processo e Cidadania da Unipar.

[94] Doutor em Direito (Processual Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Processo e Cidadania da Unipar e da Universidade de Itaúna-MG.

[95] Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INTERESSES DIFUSOS NO BRASIL

Lilian Cristina Pinheiro Goto⁹⁶

Resumo: Este estudo tece breve análise sobre os interesses difusos no Brasil. As transformações decorrentes da Revolução Industrial demonstraram a necessidade de revisão dos valores tradicionalmente aceitos, fazendo nascer uma nova forma de tutelar os conflitos sociais decorrentes deste processo renovatório, revestindo-se de uma “aura” coletiva de proteção ao “bem comum”. A presença da tutela coletiva tem suas primeiras expressões com a Lei da Ação Popular, com os direitos difusos ambientais *lato sensu*, a Lei 6.938/81 (que concedeu ao MP a titularidade para ingresso de ações ambientais de responsabilidade civil e penal), a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Constituição Federal de 1988, que resguardou a tutela coletiva de interesses ou direitos transindividuais sem limitar o objeto do processo, a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.078/90–Código de Defesa do Consumidor, criador de um novo grupo de interesses ou direitos individuais homogêneos, a Lei 10.671/2003 – Estatuto do Torcedor, a Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso. Há na utilização dos meios coletivos de proteção à direitos, maior eficácia protetiva, posto que se coadunam com uma tendência globalizante de produção em larga escala que necessita de resolução em massa dos conflitos de massa. Neste sentido faz-se necessária a utilização de instrumentos processuais adequados na proteção a direitos transindividuais ou individuais homogêneos para se alcance a efetivação da justiça.

Palavras-chave: Direito Transindividual; Interesses Difusos; Processo Coletivo.

1. INTRODUÇÃO

Notoriamente houve nos últimos anos um crescente volume de conflitos oriundos de um processo histórico, de industrialização, globalização e consumo. Neste sentido a mentalidade social acompanhou tais mudanças, com reflexos para o ordenamento jurídico de forma a contemplar e disciplinar a proteção aos direitos coletivos.

A necessidade de se repensar o direito sob a perspectiva da era da coletivização de conflitos deixa clarividente que para acompanhar esta sociedade, no que tange a resolução de controvérsias dela oriundas, é preciso adequar-se ao fenômeno jurídico das tutelas transindividuais que ultrapassam a esfera individual, atingindo interesses de toda coletividade e conduzindo ao acesso efetivo da justiça.

As ondas de acesso à justiça, de Capelletti e Garth (1978), atingiram o Brasil contribuindo para o excesso de demandas com profundas transformações no campo democrático, em um contexto pós-ditadura, que dá especial atenção aos movimentos sociais com a promulgação de uma Constituição Federal Democrática e diversas leis esparsas que surgem como adequação aos conflitos de massa que se coadunam com a tendência mundial de produção e consumo de massa.

Sequencialmente, é de se atentar para a EC 45/2004 (que constituiu o Conselho Nacional de Justiça para avaliação das Cortes estaduais de justiça), a Lei 6.938/81 (que concedeu ao MP a titularidade para ingresso de ações ambientais de responsabilidade civil e penal), a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Constituição Federal de 1988, que resguardou a tutela coletiva de interesses ou direitos transindividuais sem limitar o objeto do processo, a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, criador de um novo grupo de interesses ou direitos individuais homogêneos, a Lei 10.671/2003 – Estatuto do Torcedor, a Lei

10.741/2003 – Estatuto do Idoso, que representaram um alargamento no número de litígios.

As mudanças ocorridas se mostraram condizentes com o processo globalizante tendente à publicização do Direito que, conforme José Carlos Barbosa (Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, nº 61, p. 187) recebe o “impacto da propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa e, por que não, processo de massa?”

2. O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Questões relacionadas ao acesso à justiça quase sempre remetem-nos ao projeto Florença, onde Capelletti e Garth desenvolveram na década de setenta uma teoria que se tornaria a “onda” da vez, por décadas, com reflexos em diversos países.

Pela tradução da obra original por Ellen Gracie Northfleet (1978), “acesso à Justiça” é termo de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, de forma que o sistema seja acessível a todos e deva produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, tendo como premissa básica a justiça social e o acesso efetivo.

Neste sentido, a efetividade perfeita de acesso à justiça poderia traduzir-se na completa “igualdade de armas”, tornando-a utópica em sua plenitude, mas possível de atacar os obstáculos impeditivos de se chegar à ela.

A obra de Capelletti batizou com “ondas” as chamadas fases de acesso à justiça. Na primeira haveria assistência judiciária aos pobres. Na segunda haveria a representação dos direitos difusos.

Na terceira haveria um novo enfoque de acesso, criando-se mecanismos para representação de interesses públicos.

No Brasil o processo histórico de acesso à justiça às pessoas de baixa renda se iniciou em doses homeopáticas. Os antigos juizados de pequenas causas e os atuais juizados especiais deram a oportunidade de ingresso ao judiciário à pessoas de baixa renda, já que a justiça só poderia ser obtida por quem pudesse pagar o preço. Da mesma forma foi possível verificar a proteção aos direitos difusos e os direitos a bens públicos. Por meio de Ações Civis Públicas direitos ao meio ambiente e direitos do Consumidor passaram a ter especial proteção, quiçá pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

A constituição pátria estabeleceu como um dos deveres do Estado a garantia de acesso à justiça a todo cidadão como corolário da preservação da justiça e da paz social.

Predispõe o artigo 5º, em seu inciso XXXV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O espírito do texto constitucional, como meio de transposição das barreiras obstaculizadoras da efetivação de direitos e garantias, pretendeu uma aproximação ao conceito de cidadania em seu grau mais elevado.

O Brasil democrático, decorrente de um processo histórico e à luz de uma Constituição garantidora, estimulou a busca pelo direito, encorajando o acesso ao Poder Judiciário na solução dos conflitos. Aliado a isso verificou-se que o acesso ao consumo de massa promoveu também novas controvérsias responsáveis por uma judicialização excessiva no âmbito das relações sociais.

De um lado a expansão dos conflitos judicializados tornou-se cada vez mais frequente. De outro constatou-se a dificuldade do

Poder Judiciário em dar vazão à quantidade exponencial dos processos. A problemática surgiu então de uma regra básica da economia, se entram mais processos a cada dia do que são julgados, a conta simplesmente não vai fechar. Assim, diante da necessidade de tornar efetiva a realização da justiça, foram criados mecanismos de controle e fiscalização, como o CNJ.

Na prática o relatório Justiça em Números divulgado este ano revelou o aumento da produtividade dos magistrados, com recorde de julgados.

Mas buscar a celeridade da justiça com o pensamento voltado para critérios quantitativos talvez não seja o caminho adequado de condução à uma justiça realmente justa. Isto porque o grau de complexidade de determinados casos exigirão uma análise mais apurada, leia-se uma sentença mais elaborada, com a devida motivação, o que fica impossível de se concretizar quando se trabalha como uma máquina que precisa atingir metas.

Os custos elevados decorrentes do congestionamento e morosidade processuais levam à busca de alternativas viáveis de solução dos litígios, demonstrando a importância do auxílio das novas tecnologias à disposição da justiça.

A leitura que se faz é de que assim como em outras searas é preciso pensar urgentemente em alternativas viáveis que tornem factível a qualidade dos julgamentos.

3. OS INTERESSES DIFUSOS

3.1. Interesse em suas diversas acepções

Há para o termo interesse diversas acepções conhecidas. Segundo a definição clássica de Henri Capitant (Depalma, 1973) o interesse é *un avantage d'ordrepecuniaire* ou *moral* (vantagem da ordem pecuniária ou moral). O interesse é uma ponte de ligação

de uma pessoa com algum bem da vida que represente algo que importe a ela ou que apresente uma situação de vantagem. Neste sentido o interesse processual integra as condições da ação, sob a égide do Novo Código de Processo Civil, a teor do artigo 17 e juntamente com a legitimação para agir.

Para Mancuso (2019, p.26) a diferença entre os interesses lato sensu e o interesse jurídico está no conteúdo axiológico do primeiro ser amplo e variável, na medida em que sua valoração é deixada ao livre arbítrio do sujeito e o interesse jurídico tem seu conteúdo valorativo prefixado na norma de regência.

No que tange a terminologia, “interesse” é palavra que se apresenta em vários ramos de conhecimento, podendo, por exemplo, aparecer com significado de lucro, renda, ganho se analisado sob a perspectiva econômica.

Já o interesse de agir, para jurisdição, acompanha um titular legítimo que pode dele se socorrer respaldado pela legitimação ordinária e, em alguns casos, extraordinária. O interesse possui ainda conotações sociais, que desemboca no interesse social, público e geral, referindo-se a interesses metaindividuais que perpassam o indivíduo isolado.

Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1980) a palavra “social” se encaixaria em situações diferenciadas, com diferentes contextos, o que revelaria certas nuances de significação. O “interesse social”, por exemplo, quando adota o sentido de interesse exclusivo de uma pessoa jurídica, é uma alocação indicadora de interesses individuais, apenas exercidos coletivamente, ou seja, neste sentido o “social” não corresponde necessariamente ao “bem comum”, havendo que se atentar para utilização genérica dos termos de acordo com a situação fática, contextual, analítica e global.

Na concepção de Edmond Bertrand (1950, p. 37) os interesses individuais, quando exercidos coletivamente, ficam impregnados com uma certa “aura” coletiva, de modo que não podem mais ser assimilados a interesses individuais, *tout court*.

Assim, de acordo com Mancuso (2019, p. 38), os interesses individuais homogêneos seriam individuais em sua essência, mas o modo de manejá-los processualmente seria coletivo, para que se evite a atomização da macrolide em multifárias e repetitivas demandas individuais, tonando-os episodicamente coletivos e consentindo na prolação de uma sentença de condenação genérica, fixando a responsabilidade dos réus pelos danos.

O “interesse social” seria aquele de consulta da maioria social, como no plebiscito, o que reflete os aspectos valorativos mais importantes de dada sociedade e o que ela entenderia por bem comum a todos, a proteção da *res publica*, a tutela dos bens eleitos como de maior relevância.

3.2. Caminhos que conduzem ao coletivo

As sociedades evoluíram deixando transparecer a vontade humana de viver em grupos em busca de suas realizações pessoais, até como meio de proteção. Para isso, houve até mesmo a renúncia à certas vantagens pessoais para sustentar os interesses coletivos de todo grupo ao qual se pretendeu filiar.

A coletivização chegou até mesmo a gerar certa despersonalização dos indivíduos, que passaram a valer pelo que representavam no grupo, mas não exatamente pelo que eram em si mesmos. Nesta perspectiva é possível entender que com o processo de monetarização da sociedade os seus integrantes passaram a ser mais interessantes pelo que têm e pelo que representam do que por quem de fato são.

A aglutinação de interesses coletivos surge como medida adequada para otimizar e racionalizar o trabalho, já que os interesses são mais eficazmente exercidos coletivamente.

Mancur Olson (1978, p. 51) lembra que, nas sociedades primitivas, havia pequenos grupos primários, porque isso bastava às exigências de então, e que hoje eles foram substituídos por grupos maiores e infinitamente mais poderosos, porque se

constatou que essa exacerbação é necessária para a consecução do objetivo comum.

3.3. A ascensão do coletivo

A onda de renovação que tende ao aumento das manifestações coletivas é fruto das mudanças de uma sociedade líquida e plural, de democracia participativa, que desloca o conceito de jurisdição e consente nova leitura a fim de reconhecer que a resolução de conflitos pode e deve ser realizada também por outros órgãos e instâncias (jurisdição compartilhada) para que se alcance um resultado justo, ajustando a equação do custo-benefício com tempo tempo razoável.

Nesta toada tem-se que o acesso à justiça nos moldes do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal implica também o acesso à ordem jurídica justa, cabendo ao Judiciário organizar serviços além dos processos judiciais, mas com mecanismos específicos de solução das controvérsias como tem sido os procedimentos adotados nas audiências de mediação e de conciliação.

É inútil ignorar ou tentar minimizar os interesses coletivos e os grupos, já que a própria natureza humana é coletiva.

O Brasil em sua Carta Constitucional protege a democracia participativa, permitindo sindicatos e associações integrarem a gestão da coisa pública com atuação nas instâncias primárias e judicial (arts, 1º, V e parágrafo único; 205, 216, § 1º, e 225), com alargamento da legitimação ativa para a defesa dos interesses metaindividuais e com espaços cada vez mais largos que se abrem para, por exemplo, intervenções dos *amicus curiae* no âmbito judicial, como nas ADIns e ADCons (Lei 9.868/1999, § 1º, do art. 9º; § 1º, do art. 12-E; § 1º. Do art. 20; Lei 9.882/1999, § 1º do art. 6º) e em tantas outras ocorrências, tais como o procedimento para edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante do STF (Lei 11.417/2006, § 2º, do art. 3º).

Para Márcio Flávio Mafra Leal (1998, p. 53) o papel das ações coletivas, na medida em que veicularam outros direitos difusos ao lado de movimentos sociais, emergiram na sociedade capitalista contemporânea, incluindo direitos de crianças, adolescentes, idosos, índios, aborígenes, portadores de deficiência, sem-casa (homeless), internos e egressos do sistema penitenciário, gays e lésbicas, e outros não necessariamente incluídos na categoria considerada “minoría”, mas dentro de um determinado contexto conflitual frequentemente permanente em situação de desvantagem ou vulnerabilidade.

No atual CPC o juiz pode, quando deparar-se com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei 7.347/85, e o art. 82 da lei 8.078/90, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva (CPC, 139, X).

3.4. Interesse individual e interesse coletivo

Os processos históricos de dominação demonstraram sempre algum tipo de proteção, mesmo que miserável, para fazer gerar a sensação dos miseráveis de estarem sendo tutelados. Tal fenômeno, conforme Mancuso (2019) ocorre entre colonizador e colonizado e aconteceu no Brasil após a abolição da escravatura, momento em que os escravos que se sentiram “desamparados” com a liberdade, tiveram por escolha manter suas amarras, ofertando seus serviços aos seus senhores para que permanecessem “na segurança” das terras de seus patrões.

Rousseau (1762) em *Do Contrato Social*, afirmava que, se cada homem cedia uma parte da sua liberdade para a formação da sociedade civil, era, justamente, com vistas ao favorecimento de cada indivíduo.

Assim, um critério basilar para identificação de um interesse como sendo individual consiste em examinar, sob os ângulos do

prejuízo e da utilidade, como por exemplo no caso de um acidente automobilístico do qual resultem danos materiais gerará interesses individuais (ao ressarcimento, ao recebimento do seguro).

Já no caso dos interesses coletivos, Grinover (1984) enfatiza o requisito da determinação de grupo para que seja o interesse coletivo configurado, quando os define como “os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega.

Os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado, e não ao homem isoladamente considerado. É o homem enquanto membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos.

Seriam, conforme Celso Bastos (1981) interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado.

4. APLICAÇÃO DAS TUTELAS COLETIVAS

A sociedade moderna urge pela resolução de seus conflitos de massa e os institutos processuais tradicionalmente utilizados tendem à insuficiência. É neste momento em que se torna imprescindível a utilização das Ações Coletivas, sendo necessária sua divulgação e as vantagens de utilização deste instituto como forma de qualificação em seara de Direito Coletivo a todos os operadores do Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se assim que com o incipiente século XXI e os numerosos avanços científicos e tecnológicos, o judiciário transformou-se em verdadeira fábrica processos decorrentes da multiplicação das demandas judiciais e da facilitação de acesso à justiça refletindo uma sociedade de consumo de massa e de processos de massa.

Diante de tal realidade é possível perceber a necessidade de criar mecanismos adequados que auxiliem de forma efetiva na resolução das controvérsias, como no caso dos processos coletivos como instrumento adequado para dar maior efetividade no acesso à justiça.

Dessa forma as ações coletivas são de suma relevância, pois permitem que os atos processuais praticados tenham melhor aproveitamento, evitando contradições nas decisões proferidas e respeitando princípios como o da economia processual e efetividade da justiça.

Por fim, é possível afirmar que o acesso à justiça de forma coletiva protege garantias constitucionais e conduzem à celeridade processual. Certo é que sempre haverá resistência às propostas que sejam minimamente renovadoras, mas elas devem ocorrer para que haja progresso.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista de Processo*, n. 23, São Paulo: RT, jul. – set., 2002.

BERTRAND, Edmond. *Del l'ordre économique à l'ordre collectif. Le droit privé français au milieu du xxe siècle – Études offertes à Georges Ripert*. Paris: Libr. Gen. Droit Jurispr., 1950. T. 1.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccvil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Vade mecum jurídico 2005. Leme: RCN Editora, 2005.

_____. Lei nº 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 artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos e dá outras providências. Vade mecum jurídico 2005. Leme: RCN Editora, 2005.

_____. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 de novembro 2019.

BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

CAPITANT, Henri. Interesse (verbetes). In: COULTURE, E. Vocabulário jurídico. Trad. A. H. Guaglianone. Buenos Aires: Depalma, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.

Conselho Nacional de Justiça–CNJ. Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/#/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 25 novembro. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 2006. T.I.

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. Ações coletivas: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir. 9ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo-SP, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984._____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, São Paulo, n. 61, ano 16, p. 187-200, jan.-mar. 1991.

OLSON, Mancur. Logique de action collective. Trad. Francesa. Paris: PUF, 197

[96] Graduada em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR) e Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Pós-graduada em Direito do Consumidor pelo Instituto Damásio Educacional e Pós-graduanda em Direito Ambiental pela Faculdade Unileya. E-mail: lgot@tjpr.jus.br

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Maria Andréia Lemos⁹⁷

Resumo: Este artigo, revisando jurisprudência e bibliografia, foca decisão recente do Supremo Tribunal Federal, sobre a incidência da imprescritibilidade em ações objetivando ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. Busca aferir se os argumentos utilizados nas teses, tanto para infirmar quanto para afirmar a prescrição, fizeram o devido enquadramento do instituto para ações de natureza condenatórias, na qual se enquadra. Outro objetivo é verificar se levaram em conta a garantia de preservação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à ampla defesa. A importância do trabalho é patente diante da necessidade de verificar se o órgão máximo do país, incumbido de proteger as regras constitucionais, cumprem de fato o seu *mister*.

Palavras-chave: Imprescritibilidade; Direitos fundamentais; Ressarcimento; Dano ao erário; Improbidade administrativa.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe analisar o Recurso Extraordinário 852.475/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal nas sessões dos dias 02 e 08 de agosto de 2018, cuja relatoria do acórdão coube ao Min. Edson Fachin, conforme ata publicada no DJE 164, divulgado em 13/08/2018.

Por maioria de votos, apreciando o Tema 897 da repercussão geral, o citado Tribunal deu parcial provimento ao recurso para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao Tribunal recorrido para que, superada a preliminar pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, fosse apreciado o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.

Nesse julgado ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Na sessão de 08 de agosto, reajustaram seus votos, para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso⁹⁸.

Ao final do julgamento restou fixada a tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

O Recurso Extraordinário em análise foi interposto em ação de improbidade administrativa na qual se pleiteou a aplicação, aos réus, das sanções previstas no art. 12, II⁹⁹ e III¹⁰⁰, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), inclusive o ressarcimento. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia dado provimento ao recurso de apelação, reformando em parte sentença que julgara parcialmente procedente os pedidos, para reconhecer a ocorrência de prescrição¹⁰¹.

A questão posta para análise é a hipótese de ofensa ao art. 37, §5º da Constituição de 1988, que estabelece: *a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.*

A par dessa leitura, o enfoque dado neste trabalho é analisar a coerência, a partir da revisão da doutrina e da jurisprudência, dos

argumentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na defesa da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, quer para confirmar quer para infirmá-la.

Assim as perguntas que se apresentam são: o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que a imprescritibilidade não atinge as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, fez o devido enquadramento do instituto para ações condenatórias? Levaram em conta a garantia de preservação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à ampla defesa?

Antecipando de algum modo o resultado deste estudo, verificou-se que sequer foi levado em conta pelos julgadores o conceito de prescrição ou a distinção desta com a decadência para identificar as ações imprescritíveis, ou mesmo a possibilidade de que haja violação à garantia da ampla defesa com o passar do tempo. Contudo, nem tudo está perdido, embora o desacerto da decisão, como se demonstra adiante, é preciso considerar que houve algum avanço ao reconhecer a aplicação da prescrição para as ações baseadas em atos culposos.

2. DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Prescrição e decadência são institutos de direito material e dizem respeito, essencialmente, à perda do direito de ação ou do próprio direito após determinado lapso temporal. Embora semelhantes, a distinção entre os dois institutos nem sempre é tarefa fácil.

A conceituação mais encontrada nos livros é exatamente esta, a prescrição extingue o direito de ação e a decadência extingue o próprio direito.

Conquanto esta distinção básica seja muito utilizada até os dias atuais, o professor Agnelo Amorim Filho, da Faculdade de Direito da Universidade da Paraíba, no artigo publicado em 1961¹⁰², já sustentava carecer de base científica, dizendo ser absolutamente falha e inadequada, uma vez que a distinção é concebida pelos efeitos ou consequências.

No artigo o professor Agnelo Amorim Filho propôs um critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, a partir de três regras, sendo:

- 1) todas as ações condenatórias¹⁰³ (e somente elas) estão sujeitas a prescrição;
- 2) os únicos direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os direitos potestativos¹⁰⁴ e, assim, as únicas ações ligadas ao instituto da decadência são as ações constitutivas¹⁰⁵ que têm prazo especial de exercício fixado em lei; e
- 3) são perpétuas (ou imprescritíveis) todas as ações declaratórias¹⁰⁶, e aquelas ações constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício.

Para chegar a essa diferenciação, o professor partiu dos conceitos estabelecidos por Chiovenda¹⁰⁷ que distinguiu os direitos subjetivos em duas grandes categorias: a primeira, dos direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo, denominados *direitos de prestação*. A segunda, dos denominados *direitos potestativos*, compreendendo os poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas. E ainda da classificação das ações em três grupos principais: condenatórias, constitutivas e declaratórias.

A partir desta análise o professor afirma que as ações condenatórias e constitutivas correspondem, com rigorosa precisão, àqueles dois grandes grupos definidos por Chiovenda. Assim as ações condenatórias são meios de proteção daqueles

direitos suscetíveis de violação (direitos a uma prestação) e as ações constitutivas são meios de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação (direitos potestativos). Distinguindo-a das duas ações anteriormente referidas, a declaratória¹⁰⁸ têm então por objetivo conseguir uma “certeza jurídica”. Ou seja, tão somente, saber se seu direito existe ou excluir que exista o direito do adversário. Pleiteia, no processo, a certeza jurídica e nada mais.

No caso dos direitos potestativos (ao contrário do que ocorre com os direitos suscetíveis de lesão) o decurso do prazo sem o seu exercício implica na extinção deste, no caso a decadência, pois embora não suscetível a lesão o legislador definiu prazos para o seu exercício, visando à paz social, pois o que causa inquietude social não é, propriamente, a existência da pretensão (pois deles não se irradiam pretensões) nem a existência da ação, mas a existência do direito, tanto que há direitos desta classe ligados a prazo, embora não sejam exercitáveis por meio de ação, afirma o professor.

Utilizando-se os critérios propostos pelo professor Agnelo Amorim Filho que conclui serem imprescritíveis tão somente as ações declaratórias e as constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício, forçoso concluir que a decisão vertida pelo Supremo Tribunal Federal para as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa não podem ser alcançadas pela imprescritibilidade já que a pretensão posta na ação é de condenação do agente público a ressarcir o dano ao erário, portanto, ação condenatória que é atingida pela prescrição.

3. POSICIONAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabeleceu no §4º do art. 37 que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Para regulamentar tal comando foi editada a Lei Federal nº 8.429/1992 que estabelece em relação ao prazo prescricional para a interposição das ações pretendendo a condenação por ato de improbidade administrativa:

“ART. 23. AS AÇÕES DESTINADAS A LEVAR A EFEITOS AS SANÇÕES PREVISTAS NESTA LEI PODEM SER PROPOSTAS:

- I—até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
- II—dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego
- III—até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.”

Conquanto a norma acima mencionada estabeleça que as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas na lei de improbidade administrativa podem ser propostas no prazo de cinco, ou dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão, deve-se observar que o §5º do art. 37 da CRFB/88 estabelece textualmente que *a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*.

Passados mais de 30 anos de sua edição, esse comando constitucional ainda provoca dissenso na doutrina e jurisprudência

que buscam compreender o alcance da ressalva constante da parte final do §5º, art. 37 da CRFB/88 (ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento).

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem se debruçado sobre essa discussão sem conseguir, até o momento, um posicionamento unânime entre os seus integrantes. No julgamento do MS 26.210/DF em sessão realizada em 04/09/2008, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu-se, por maioria, pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário e fixou a tese: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, vencido o Ministro Marco Aurélio.

O assunto foi novamente discutido, na sessão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal na sessão de 25/06/2013 no AI 744973 AgR/SP, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux. Naquela assentada a Turma decidiu por unanimidade que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento contra os agentes públicos que *ilicitamente* causaram lesão ao patrimônio público”.

O assunto voltou a ser objeto de análise pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 669.069/MG¹⁰⁹, cujo relator foi o falecido Ministro Teori Zavascki, na sessão de 03/02/2016. Nesse julgado o relator propôs a fixação de tese segundo a qual “a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”. No entanto, o Ministro Dias Toffoli discordou desse posicionamento, sendo acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio que sugeriu manter a discussão restrita às balizas objetivas do processo. É que o caso não tratava de um conflito de interesses a envolver uma ação do Poder Público contra um servidor, considerado o direito de regresso, mas, sim, uma ação indenizatória, portanto, patrimonial, tendo em conta acidente automobilístico. Portanto, sem qualquer

conotação de improbidade administrativa, deixando evidente que o assunto causa incômodo aos membros daquele Tribunal.

Após longa discussão entre os ministros no RE 669.069/MG, se deveriam ou não abarcar a análise da incidência da imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade administrativa, acordaram em deixar de fora o assunto e limitaram o Tema 666 a: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Nesse caso, a decisão também se deu por maioria.

Por último, em 2018, veio o julgamento do RE 852.475/SP, cujo objeto envolvia diretamente a incidência da imprescritibilidade em ação de ressarcimento por ato de improbidade administrativa. A decisão transitou em julgado em 06/12/2019.

Na discussão entre os ministros foram levantadas duas teses:

- 1) “A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal”. Apresentada pelo Relator Ministro Alexandre de Moraes.
- 2) “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Apresentada pelo Ministro Edson Fachin.

Após longa discussão, e a revisão de votos por parte de três Ministros que já haviam votado pela aplicação do instituto da prescrição, foi vencedora a tese aberta pela divergência, mantendo-se o entendimento firmado em 2008 no MS 26.210/DF

4. TESE DEFENDIDA PELO RELATOR DO RE

Para sustentar a tese de que “a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal”, o Ministro Alexandre de Moraes salientou que o elemento histórico é fundamental para a definição do conteúdo da parte final do §5º, art. 37 da CRFB/88 (ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento), pois, durante a Assembleia Nacional Constituinte, a redação inicial do § 4º do art. 44 – equivalente ao atual §5º do art. 37 – do Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização foi elaborada da seguinte forma: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS”.

Segundo o Ministro, quando da apresentação do Projeto de Constituição (B) da Comissão de Sistematização, foi acolhida a emenda de Plenário 2P02039-9 que excluía essa expressão clara e incisiva – “QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS” –, tendo sido, conseqüentemente, expurgada do texto, conforme se verifica pela leitura de seu §5º do art. 38 (correspondente ao atual § 5º do art. 37). Assim, antes de ser uma decisão isolada da Assembleia Nacional Constituinte, a exclusão dessa hipótese de imprescritibilidade foi uma clara e consciente opção em privilegiar a segurança jurídica, restringindo ao máximo essas excepcionalidades que causavam grande desconforto nos debates entre os constituintes.

Sustentou ainda Alexandre de Moraes que o legislador constituinte reservou a imprescritibilidade apenas, e tão somente, para os crimes de racismo (inciso XLII do art. 5º), ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV do art. 5º) e os bens públicos (§ 3º do art. 183).

Portanto, a ressalva que permaneceu no §5º, art. 37 da CRFB/88, mesmo após a retirada da expressão “QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS”, teve por finalidade evitar, principalmente, uma anomia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no §4º, art. 37 da Constituição como atos de improbidade administrativa. Assim, a preocupação do legislador constituinte foi legítima, pois, em virtude da exigência do §4º, bem como da forma e gradação da aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, poderiam surgir dúvidas sobre a recepção do ordenamento jurídico que, desde a década de 1940, permitia ações de ressarcimento no caso de improbidade administrativa, apesar da inexistência de conceituação e de tipificação específica dos denominados “atos de improbidade administrativa”. Ou seja, a ressalva da parte final do §5º, art. 37 não teria pretendido estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado “ato de improbidade” (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986), mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.

O Ministro Alexandre de Moraes salienta ainda que essa possibilidade de afastamento da tese de imprescritibilidade pela interpretação histórica havia sido sustentada pelo Ministro Roberto Barroso, em voto no julgamento do RE 669.069/MG:

“A regra geral no Direito brasileiro é a prescricibilidade, salvo as exceções inequívocas, que estão na Constituição, que são: o crime de racismo e as ações de grupos armados contra o Estado democrático e contra a Constituição. Portanto, nesses dois casos,

eu não tenho dúvida. Esse dispositivo, que nós estamos debatendo, que é o 37, § 5º, ele tem um componente de obscuridade, na sua locução final, quando ele fala—apenas para retomar a discussão na companhia de todos: Art. 37. ... § 5º—A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Eu pedi uma breve pesquisa histórica para ver se os trabalhos constituintes esclareciam exatamente, o que se quis dizer com esta cláusula. E verifiquei, Presidente, que, numa redação anterior, penúltima redação antes da aprovação do texto final, essa cláusula dizia: “Ressalvadas as respectivas ações, que serão imprescritíveis”. E, aí, esta locução final caiu, na última versão do texto constitucional, o que aumentou um pouco a perplexidade a ponto de sugerir que talvez a interpretação histórica seja no sentido de que o constituinte não quis tornar essas ações imprescritíveis”.

No entanto, esse posicionamento do Ministro Roberto Barroso, reafirmado no voto proferido na sessão de 02 de agosto de 2018, quando se formou a maioria pela prescritibilidade, foi reformulado para a sessão de 08 de agosto, deixando evidente a pressão a que foi submetido no intervalo entre as duas sessões¹¹⁰.

5. TESE DEFENDIDA PELO RELATOR DO ACORDÃO NO RE

A segunda tese, de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, surgiu a partir da divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin (após a reformulação de seu voto), foi construída com a defesa de que a prescrição, efetivamente, é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, compreende a prescrição uma dimensão relevante, específica, do princípio da segurança jurídica, que é princípio de caráter vinculante e estruturante no Estado de Direito Democrático, no entanto, a sua compreensão é

de que se deve fazer uma interpretação sistemática, especialmente dos parágrafos que estão fechados em um mesmo dispositivo, no caso os parágrafos 4º e 5º do art. 37 da CRFB/88, entendendo que a matéria diz respeito à tutela dos bens públicos e que a segurança jurídica nessa perspectiva não leva, necessariamente, nada obstante que seja tanto um princípio normativo quanto um ideal republicano, a autorizar a proteção, pelo decurso do lapso temporal, a quem causar prejuízo ao erário e locupletando-se da coisa pública.

Compreende o Ministro que a imprescritibilidade constitucional dá afirmação da importante proteção da coisa pública da qual cada um de nós também somos titulares e cada cidadão é, ainda que indiretamente, titular. Assim, o voto foi construído sob as seguintes premissas: *Primeira*—a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. *Segunda*—Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). Nesse mesmo rol está o dispositivo previsto no art. 37, §5º, CRFB. *Terceira*—o texto constitucional é expreso ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. Logo em seguida, porém, decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de recomposição) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. *Quarta*—São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa.

Observa-se que, com exceção da interpretação história utilizada na tese vencida, ambas fazem referência aos mesmos artigos da CRFB/88 (art. 5º, XLII e XLIV, art. 183, §3º) que estabelecem como imprescritíveis os crimes de racismo, ação de grupos

armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e os bens públicos para afirmar ou infirmar seus argumentos. Ao passo que a tese vencida conclui que o constituinte fez uma clara opção pela incidência da imprescritibilidade somente nos três casos citados, a tese vencedora argumenta a ausência de limitação a estas três hipóteses para defender que o art. 37, §5º, CRFB encontra-se no mesmo rol, ainda não esteja registrado textualmente em sua redação. Tal situação só reforça a fragilidade dos argumentos apresentados nos votos.

6. DIVERGÊNCIA TAMBÉM NA DOUTRINA

Na doutrina também não faltam divergências sobre o alcance da ressalva constante no §5º, art. 37 da CRFB/88.

Marcelo Figueiredo¹¹¹ afirmar que “o artigo 37, § 5º, da CF determina, em última análise, é que a lei indique os prazos prescricionais das pretensões ressarcitórias em face do Estado, ressaltando seu direito de regresso em face do causador do dano,” conclui então que o artigo 23 da Lei 8.432/1992 não viola o artigo 37, § 5º, da CF e, conseqüentemente, estabelece os prazos prescricionais para a “ação de improbidade administrativa”, inclusive no que diz respeito ao ressarcimento dos danos ao erário.

Com posicionamento semelhante Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz¹¹² diz que “as ações de ressarcimento por dano ao erário, por ato de improbidade, não são e não podem ser, jamais, imprescritíveis, inclusive por serem ações condenatórias, que, por regra, e em razão de segurança jurídica, estão sujeitas a prescrição.”

De fato, sob o enfoque da classificação apresentada pelo professor Agnelo Amorim Filho, sendo as ações de ressarcimento por dano ao erário, por ato de improbidade administrativa, de natureza condenatórias sujeitam-se a prescrição.

Além de tratar de ação de natureza condenatória e da incidência do princípio da segurança jurídica, Nelson Nery Junior

e Rosa Maria de Andrade Nery¹¹³, acrescentam, para confirmar a incidência da prescrição, o princípio da proibição de excesso a indicar a “necessidade de haver prazo de extinção da pretensão do estado para o ressarcimento do erário pelos danos causados por ato de improbidade administrativa”.

O princípio da proibição do excesso é parâmetro importante por impor a adoção de técnicas tendentes a coibir a atividade estatal de forma excessiva ou de forma insuficiente para proteção dos direitos fundamentais.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁴ sustentou até a 26ª edição do seu Curso de Direito Administrativo, a tese da imprescritibilidade. Nas edições seguintes passou a defender a existência de uma “imprescritibilidade limitada” compreendendo que a ausência dessa limitação de lapso temporal esbarra no direito de defesa, que é muitíssimo caro ao sistema constitucional, vez que com o passar do tempo fica cada vez mais difícil obter os documentos necessários para defesa.

De outro lado, há na doutrina espaço ainda para os que acompanham os argumentos do voto vencedor no julgado analisado neste texto, em que pese passem ao largo dos critérios para definição de (im)prescritibilidade em função da natureza das ações ou mesmo da minimização ou eliminação prática do direito de defesa.

Nessa linha, Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹⁵ sustenta que “ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrera quanto ao ressarcimento dos danos.” E Pedro Roberto Decomain¹¹⁶ diz que “os prazos prescricionais previstos pelo art. 23 da Lei não alcançam as ações de ressarcimento. Os referidos prazos, portanto, somente abrangerão as demais sanções previstas pelo art. 12 da Lei 8492/1992.”

Os autores apenas reafirmam o posicionamento a partir de uma interpretação literal do comando constitucional, sem levar em conta a natureza da ação ou a garantia de preservação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à ampla defesa.

7. AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADAS NA PRÁTICA DE ATO DOLOSO

A Lei Federal nº 8.429 de 02 de junho de 1992, veio dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacionale reuniu os atos em quatro grupos: 1) os que importam em enriquecimento ilícito por auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade (art. 9º); 2) os que causam lesão ao erário por qualquer ação ou omissão, *dolosa* ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres (art. 10); 3) os que por ação ou omissão conceda, aplique ou mantenha benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem *ocapute* o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 (art. 10-A¹¹⁷); e 4) os que atentam contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Portanto, à exceção do art. 10-A, todas os demais incluem no rol de condenações possíveis o ressarcimento.

Quanto ao dolo, firmou Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a tipificação da improbidade administrativa para as hipóteses dos artigos 9º e 11 reclama a comprovação do dolo e, para as hipóteses do artigo 10, ao menos culpa do agente¹¹⁸.

8. CONCLUSÃO

Como demonstrado até aqui o tema da (im)prescritibilidade nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa não guarda consenso, quer na jurisprudência, quer na doutrina.

Se por um lado a tese vencida no julgamento do RE 852.475/SP, demonstrou pela interpretação histórica do §5º do art. 37 da CRFB/88, que o legislador constituinte não quis utilizar a expressão ‘imprescritibilidade’ no referido texto, ao revés do que fizera nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição, concluindo que o instituto da prescrição é a regra estabelecida visando a estabilização das relações sociais por meio do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, a tese vencedora, partindo do mesmo pressuposto de que o instituto da prescrição visa a estabilização das relações sociais, conclui que o mesmo art. 37, §5º determina que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticadas por qualquer agente, mas decota de tal comando as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de recomposição) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.

As duas teses sequer tangenciaram o tema natureza da ação para definir a incidência ou não da prescrição, ignorando a classificação das ações e a regra de que as ações condenatórias, como é o caso, são atingidas pelo referido instituto, muito embora, ambas concordem que a prescrição milita em favor da estabilização das relações sociais, sem, contudo, abordarem a necessidade de garantir a preservação dos direitos fundamentais.

Em qualquer situação os direitos fundamentais não podem ser relativizados. A imprescritibilidade afeta o direito de defesa, à medida em que os mecanismos de provas a que podem lançar mão os acusados ficam cada vez mais mínguados com o distanciamento dos fatos pelo passar do tempo, inclusive porque o direito de ação transcende à própria vida do acusado.

Com essa compreensão, os questionamentos feitos na introdução desse texto, se o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que a imprescritibilidade atinge as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, fez o devido enquadramento do instituto da imprescritibilidade para ações

condenatórias, pode-se responder negativamente, pois a imprescritibilidade só atinge as ações declaratórias e aquelas ações constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício. Do mesmo modo que não levaram em conta a garantia de preservação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à ampla defesa, que resta certamente violado à medida do distanciamento pelo tempo entre a data do fato e da propositura da ação.

Em que pese os equívocos apontados é de se reconhecer que a decisão significa algum avanço já que limita a imprescritibilidade às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato *doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, assim pode construir o seguinte quadro:

LEI 8.429/92	INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO
Art. 9º	NÃO
Art. 10 (se culpa)	SIM
Art. 10 (se dolo)	NÃO
Art. 10-A	SIM
Art. 11	NÃO

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL, Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou

fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União de 03/06/1992. Disponível em

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatuizada-pl.html>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 744.973 São Paulo. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 25 de jun. de 2013. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2665838>

_____. Mandado de Segurança 26.210/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 04 de set. de 2008. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>

_____. Recurso Extraordinário 852.475/SP. Plenário. Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, julgado em 02 e 08 de ago. de 2018. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portall/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>

_____. Recurso Extraordinário 669.069/MG. Plenário. Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 03 de fev. de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 798.434/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 19 de abr. de 2016. Disponível em https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1505116&num_registro=201502491052&data=20160525&formato=PDF

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR, Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-sentenca-constitutiva-e-execucao-forcada/>>. Acesso em 03 jan. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A Prescrição nas Ações de Improbidade Administrativa (Artigo 23, I, II, e III da Lei n.8.429/92)*. Revista Jurídica ESMP-SP, V.13, 2018, p. 74.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, JUNIOR, Luiz Manoel Gomes e FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429, de 02 de junho de 1992*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012..

[97] Advogada. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Pós-Graduada *lato sensu* (Especialista) em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas). Pós-Graduada *lato sensu* (Especialista) em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas). Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais (UIT). E-mail: m.a.lemos@hotmail.com.

[98] A mudança de posicionamento por estes Ministros ocorreu após a repercussão dada pela mídia sobre a mudança de posicionamento do STF que, pela primeira vez, reconheceria a prescribibilidade das ações civis públicas objetivando ressarcimento ao erário. Por exemplo: “No STF, maioria é a favor da prescrição do ressarcimento por improbidade. Votação foi interrompida com placar de seis votos a dois e vai ser retomada. Segundo entendimento, responsáveis deixam de estar sujeitos à punição. Por Jornal Nacional em 03/08/2018 21h55” disponível em <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/08/03/no-stf-maioria-e-a-favor-da-prescricao-do-ressarcimento-por-improbidade.ghtml>>. Acesso: 03 jan. 2020; IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Maioria no STF é a favor de prescrição de dever de ressarcir erário em cinco anos. Por CONJUR em 02/08/2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/maioria-stf-favor-prescricao-dever-ressarcir-erario>>. Acesso: 03 jan. 2020.

[99] Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...) II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

[100] Art. 12 (...) III—na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

[101] O caso concreto envolve a alienação de dois automóveis de propriedade pública, um Ford Royale e uma Kombi, da Volkswagen. O problema de fundo é que o Ford Royale havia sido avaliado em R\$ 16.739,00 e foi vendido por R\$ 13.500,00; e a Kombi foi avaliada em R\$ 3.920,00 e foi vendida por R\$ 1.800,00. Em termos pecuniários, o caso envolve o importe de R\$5.359,00, sendo praticamente irrelevante para chegar à Corte Superior do país, no entanto, o tema discutido é de extrema relevância para inúmeras ações judiciais envolvendo a questão da (im)prescritibilidade relativamente ao dano ao erário advindo de atos de improbidade administrativa.

[102] AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

[103] Lança-se mão da ação condenatória quando se pretende obter do réu uma determinada prestação (positiva ou negativa), pois, “correlativo ao conceito de condenação é o conceito de prestação”. Deste modo, um dos pressupostos da ação de condenação é “a existência de uma vontade de lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação. Por consequência, não podem jamais dar lugar a sentença de condenação os direitos potestativos” (CHIOVENIDA, op. cit., 1/267 APUD AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961).

[104] O direito potestativo não se relaciona a qualquer prestação do sujeito passivo, razão pela qual não pode e nem precisa ser “executado”, no sentido de serem praticados atos materiais consistentes na efetivação de uma prestação devida (conduta humana devida), de resto inexistente neste vínculo jurídico. O direito potestativo é direito (situação jurídica ativa) de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas que envolvam outro sujeito (que se encontra em uma situação jurídica passiva denominada de estado de sujeição). O direito potestativo efetiva-se normativamente: basta a decisão judicial para que ele se realize no mundo ideal das situações jurídicas. É suficiente que o juiz diga “anulo”, “rescindir”, “dissolvo”, “resolvo”, para que as situações jurídicas desapareçam, se transformem ou surjam. Situações jurídicas nascem, transformam-se e desaparecem no mundo do direito, que é um mundo lógico e ideal. (DIDIER JR, Fredie. *Sentença constitutiva e execução forçada*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-sentenca-constitutiva-e-execucao-forcada/>>. Acesso em 03 jan. 2020.

[105] A ação constitutiva (positiva ou negativa) cabe quando se procura obter, não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior. (AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961)

[106] O autor que requer uma sentença declaratória, não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão-somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia, no processo, a certeza jurídica e nada mais. (Chiovenda, *Instituições*, 1º, vol., págs. 265 e 303 APUD AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961).

[107] CHIOVENDA. *Instituições*, 1/67 APUD AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

[108] Salienta, entretanto que as sentenças condenatórias e as constitutivas também têm certo conteúdo declaratório, ao lado do conteúdo condenatório ou constitutivo, pois toda sentença deve conter, necessariamente, a declaração da existência da relação jurídica sobre a qual versa. O que as distingue das declaratórias propriamente ditas é que, nestas, tal conteúdo é total, ao passo que nas outras duas espécies é parcial.

[109] O recurso foi interposto pela União para impugnar acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, mantendo o conteúdo da sentença, reconheceu estar prescrita a ação de ressarcimento de danos materiais promovida com fundamento em acidente de trânsito.

[110] Para justificar sua mudança de posição o Ministro Roberto Barroso afirmou em seu novo voto que: “Antes do término desse julgamento, tendo levado em conta os argumentos jurídicos, e muitos argumentos que me foram trazidos ao longo desse intervalo que mediou o primeiro julgamento do outro, sobre as dificuldades, quando não impossibilidade de recuperação, muitas vezes, de dinheiros desviados, em que há uma delonga administrativa, há uma delonga no processo penal, eu me convenço de que, como regra geral, a prescribibilidade, neste caso, não produz o melhor resultado para a sociedade.”

[111] FIGUEIREDO, Marcelo. *A Prescrição nas Ações de Improbidade Administrativa (Artigo 23, I, II, e III da Lei n.8.429/92)*. Revista Jurídica ESMP-SP, V.13, 2018, p. 74

[112] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, JUNIOR, Luiz Manoel Gomes e FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429, de 02 de junho de 1992*. 3.ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 417.

[113] NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 455.

[114] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1064/1065.

[115] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 695.

[116] DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 381.

[117] Artigo acrescido pela Lei Complementar nº 157, de 29/12/2016.

[118] STJ–AgRg no AREsp 798.434/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

PRECEDENTES, JURISPRUDENCIA E SÚMULA: APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES

Pedro Francisco Ribeiro¹¹⁹

1. JURISPRUDENCIA

Não se pode relegar que a atividade judicial se apresenta como fonte imprescindível do sistema processual, neste sentido, a jurisprudência, mesmo não sendo originária do ato legislativo, mas como o Poder Judiciário representa a concretude do Direito legislado, tem-se então que a jurisprudência contribui para o aperfeiçoamento das leis, demonstrando o direito como ele se relaciona com a sociedade, como ela advém do poder Estatal, no caso, o Judiciário, logo se apresenta como uma fonte direta do Direito, podendo ser utilizada de forma obrigatória ou facultativa (ARAÚJO, 2016, pg. 276).

Destaca o artigo 926 da lei nº 13. 205/2015 que a jurisprudência deve ser: Íntegra, Uniforme,

Estável e coerente, não obstante há de se ressaltar que expressão “jurisprudência” em sentido amplo compreende os precedentes e as súmulas, pois se relacionam, daí tem-se que:

- Dos precedentes extrai uma *ratio* relativamente geral, obtida a partir de um julgamento de um caso e que deve ser aplicado a outros casos;
- Enquanto que a Jurisprudência se extrai uma síntese que é apresentada em forma de enunciado de súmula dos tribunais;

- Logo pode se referir a Jurisprudência ao tratar de precedentes e súmulas, visto estar presente: a uniformidade, a estabilidade e a coerência.

Por jurisprudência tem-se que: Jurisprudência é o conjunto de decisões proferidas pelos juízes e tribunais, no entanto há controvérsias na jurisprudência quando há disparidade entre as decisões sobre um mesmo tem, sendo assim, a jurisprudência deve ser considerada na fundamentação das decisões judiciais, quando se torna constante e uniforme, visto que quanto maior for o nível de uniformidade dos julgados que a formaram, mais força de convencimento tem a jurisprudência, tornando-a dominante (MEDINA, 2016, pg. 84).

O conjunto formado por cada caso resolvido, julgado de forma isolada, forma uma jurisprudência, quando alguma dessas decisões que utilizam essa jurisprudência, se afirmam de forma categórica, ou por analisar o caso de forma mais aprofundada, se destacam pela relevância, sendo reconhecido em julgados e decisões posteriores, diz-se então que esta decisão é um precedente.

Afirma o Art. 926 § 2º CPC “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

Logo os precedentes – precedentes e julgados que o seguem, reunidos formam uma jurisprudência constante e por consequência motivam a edição de um enunciado sumular.

Conforme Victor Nunes Leal – Sobre enunciado de sumulares “Distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação; atribui á jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem”.

Afirmando a importância dos enunciados de súmulas, sendo estas sínteses da jurisprudência dominante, que se formou a partir de precedentes, ou seja, de julgados significativos, que se destacaram proferidos em um mesmo sentido.

Dessa forma: Jurisprudência dominante trata-se de um enunciado mais geral e abrangente, enquanto que Precedentes trata –se ainda de peculiaridades examinados na jurisprudência, ao passo que casos vão sendo julgados, identifica-se um denominador comum entre esses, formando a jurisprudência constante.

2. ENUNCIADO DE SÚMULA

o aspecto mais geral, extraída e comum aos casos julgados anteriormente, é sintetizado em um enunciado de súmula, redigido com uma linguagem que se aproxima de um texto legal, de forma geral e abstrato, como exemplo tem-se a súmula nº 525 do Superior Tribunal de Justiça:

A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais.

(Súmula 525, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 27/04/2015)

Neste exemplo em que tratava sobre a personalidade jurídica das Câmaras de Vereadores, um dos primeiros casos julgados foi o REsp nº 25.565, sendo que vários outros julgados foram proferidos e criando uma jurisprudência constante sobre o tema, não se referindo mais a aspectos constantes em julgados passados, não tendo como referência um precedente, numa clara observação que pode se ter uma jurisprudência sem referência a um caso específico, que se destacou pela sua relevância, ou seja, um caso referenciado onde a partir dele se faz menção em outros julgados.

Como já foi dito precedentes ligam-se a circunstâncias do caso, enquanto que súmulas ou enunciados de sumulas, ligam-se ao extrato da solução jurídica aplicável, destarte, nem sempre identifica-se o precedente deles.

3. AS BASES BRASILEIRAS E A INFLUENCIA DO DIREITO COMPARADO

A lei nº13. 105/2015º, Código de Processo Civil, apresenta uma preocupação com a jurisprudência, dizendo que a mesma deve ser íntegra, uniforme e coerente, no entanto, isso não quer dizer que a jurisprudência deva valer mais do que a lei, nem tampouco que devemos assumir o modelo precedentalista como o *common law*, pois essa euforia por utilizar modelos de institutos jurídicos de outros países pode levar a uma aplicação errônea. Neste sentido temos os Recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida que mesmo ainda não sendo julgados no mérito é chamado de *leading case*, no entanto ele sequer foi julgado.

Um outro exemplo a demonstrar é o que cabe reclamação quando a decisão não aplicar tese jurídica firmada em acórdão proferida em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, pela lei teremos um “precedente a priori”, diferente do precedente do *common law*, que só é reconhecido pelo tratamento que os juízes futuros lhe der.

Contrariamente Humberto Theodoro Junior, et. al., menciona que:

O Novo Código de Processo Civil traz significativa inovação em seu microssistema, instituindo no ordenamento jurídico modelo que se aproxima daquele utilizado na *common law* através dos denominados precedentes judiciais. Ao passo que nesses países o que se pretende atualmente é uma flexibilização da estabilidade dos precedentes (*stare decisis*), o Brasil segue justamente no sentido oposto, buscando fortalecer e unificar a volátil jurisprudência dos tribunais pátrios. (JÚNIOR et al, 2015. p. 279).

No entanto existe um denominador comum entre o direito comparado e o nosso, qual seja, a preocupação com a certeza de orientação do direito, manifestada por uma

jurisprudência íntegra, cabendo ao julgador, ao se deparar com institutos jurídicos com conteúdos vagos e cláusulas gerais, um especial modo de atuação na sua interpretação.

4. STAR DECISIS E CIVIL LAW

Esse efeito está expressamente previsto no art. 102 , III , § 2º da CF, que determina que as decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade vinculam “os demais órgãos do Poder Judiciário”, vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Portanto o stare decisis é a obrigatoriedade de cumprimento das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato, já que possuem efeito vinculante tanto em relação ao próprio órgão prolator da sentença (efeito horizontal) quanto aos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública (efeito vertical).

4. JURISPRUDENCIA ÍNTEGRA E O MODELO PRECEDENTALISTA

A doutrina se esforça para explicar as bases do sistema precedentalista brasileiro a partir do *common law* aliado a doutrina

do *stare decisis* na busca se alcançar uma jurisprudência íntegra.

Vale dizer que o precedente e as súmulas não podem valer mais que a lei, dessa forma, ao analisar um precedente o juiz deve identificar a norma que o embasa, visto que uma decisão judicial não pode ser criada a partir do “nada”.

Cabe ao Juiz produzir julgados modelares capazes de gerar confiança aos cidadãos, para isso devem ser bem fundamentados, exigindo para tal um compromisso político dos juízes.

Nota-se que as súmulas vinculantes, pelos seu caráter vinculante também merecem a mesma preocupação, por se tratar de uma norma subconstitucional, conforme Art. 103-A, §3 – CF: “a violação a uma súmula vinculante pode ser oferecida Reclamação ao STF, o que não ocorre mesmo com texto constitucional” (NEVES, 2015, pg. 422).

Quanto a importância, já foram editadas súmulas vinculantes que não tiveram como base reiteradas decisões (casos idênticos). No mesmo diapasão, nota-se que já foram editadas súmulas vinculantes a partir de “casos parecidos” apenas, e ainda, foram editados súmulas vinculantes a partir de um único caso, sendo que as súmulas são indispensável para indicar, dentre vários modos, qual o mais adequado para interpretar o texto constitucional.

5. APROXIMAÇÃO: SÚMULA VINCULANTE

Ao analisar especificamente o artigo 927 do Código de Processo Civil, verifica-se que alguns incisos foram criados com o novo código sendo que outros já existiam, no entanto ainda não apresentava eficácia vinculante, dessa forma o novo Código de Processo Civil veio reforçar o contido nos artigos 102, §2º e 103-A, *caput*, da Constituição Federal, visto que no art. I e II do art. 927, determina aos juízes e tribunais que observem os julgados do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de

constitucionalidade, o mesmo devendo ocorrer com os enunciados de súmula (DUARTE, 2016).

Conforme Teresa Arruda Alvim, 2019.

Com o RE avulso (sob regime de repercussão geral) faz-se o exercício da procura da *ratio* e esta deve, na verdade, constar da tese jurídica enunciada. Obviamente nem todo RE lida com situações de massa! Mas todos geram, sim, repetitivos ou não, precedentes vinculantes para ser aplicados em a casos idênticos, ou análogos!

Idênticos se se tratar de recurso extraordinário repetitivos,

Análogos quando se estiver diante de recurso extraordinário avulso.

A tese firmada na decisão que julga o Recurso Especial repetitivo, deve ser aplicada em casos suspensos que aguardam o julgamento daquele recurso, existindo a possibilidade de controle via Reclamação.

A ideia pura de integridade da jurisprudência não trata de um precedente a ser cumprido, remetendo sim para o ato de internalização do sentido daquele texto, dessa forma o *stare decisis* parte de um único julgado que pode servir de precedente, já a jurisprudência íntegra decorre de uma série de casos julgados em um mesmo sentido.

6. ENUNCIADOS DE SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA – SÚMULAS EM GERAL E VINCULANTES

O enunciado compõe as súmulas dos Tribunais, e representam o que a jurisprudência pacífica ou dominante, do tribunal tem decidido. No entanto algumas vezes é abandonado o entendimento de uma súmula, e outra é editada tratando da mesma matéria.

Às vezes a lei, com texto geral e abstrato pode dar margem a interpretações diferentes, dessa forma, a súmula desempenha papel

importante, pois registra qual interpretação, ou sentido da norma, de acordo com a jurisprudência, é a mais correta, instruindo dessa forma julgamento posterior, e ainda, como a súmula revela a interpretação da jurisprudência tida como correta, então ela pode ser invocada nas fundamentações das decisões judiciais.

7. SENTIDO DE PRECEDENTES, DE ACORDO COM O CPC

Conforme a lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil revogado, referia-se a precedente apenas como julgamento que daria origem a uma sumula, que por conseguinte daria uniformidade a jurisprudência, já o novel Codex, lei nº 13.105/2015 em seu art. 489, §1º, V e VI, o precedente é colocado ao lado de súmula e jurisprudência, nos levando a crer não haver identidade entre essas figuras.

O art. 926, §2º da mesma lei, dispõe que os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, aduzindo que se está diante de uma decisão proferida por algum tribunal, e que se aplica aos tribunais superiores, aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, que em conjunto com outros entendimentos alinhados poderão justificar a criação de enunciado sumular, enquanto o art. 927, se refere a súmula, jurisprudência (pacificada ou dominante) e a tese adotada que deve ter uma relação direta com a *ratio decidendi*.

Dessa forma, pode-se dizer que qualquer decisão de qualquer Tribunal tem potencial para se tornar um precedente. No entanto ressalta-se a necessidade dessa decisão trazer consigo características especiais para ser considerada precedente, e que tal atributo seja reconhecido pelos operadores do direito que mais adiante lhes fizerem menção, tomando-o como base para resolver problemas subsequentes.

Dessa forma, há de se considerar que para haver o reconhecimento substancial do precedente se faz necessário manejar com decisões proferidas com respeito ao contraditório,

participação efetiva de *amicus curiae*, publicidade plena do procedimento, fundamentação exauriente em resposta a todos os argumentos relacionados ao problema, visto que o reconhecimento formal da força vinculante de determinados precedentes, está relacionada a sujeição de reclamação das decisões que o desrespeitam.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, F. C. **Curso de Processo Civil: Parte Geral**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 124-130.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar. 2015.

BRASIL. Lei Nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Brasília, DF, fev. 2016.

DUARTE, L. A. **AmbitoJuridico**, 2016. Disponível em: ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-e-o-artigo-927-do-novo-codigo-de-processo-civil/

JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio QUINAUD. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 279.

MEDINA, J, M, G. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pg. 71.

NEVES, D. A. A. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 422.

[119] Mestrado do programa de Pós-Graduação em Processo e Cidadania da Universidade Paranaense – Unipar.

CONSIDERAÇÕES SOBRE AÇÕES COLETIVAS E MEDIDAS ESTRUTURANTES

Raquel Lauriano Rodrigues Fink¹²⁰

Resumo: Este estudo traz breves reflexões sobre a necessidade de adaptação das formas de prestação jurisdicional, mormente no que tange as ações coletivas, em razão da complexidade das relações e interesses que as envolvem, visando o atendimento de direitos constitucionalmente assegurados, de modo que a tutela jurisdicional seja efetiva. A pesquisa relaciona-se à aplicação das medidas estruturantes como forma de atribuir efetividade às decisões judiciais e sua aplicação no sistema processual brasileiro. Para tanto, inicialmente, foi abordada a questão da inércia do Poder Público em concretizar direitos fundamentais e o consequente aumento da litigiosidade decorrente da busca pela efetivação destes direitos através da prestação jurisdicional. Tratou-se do sistema processual coletivo no Brasil e a necessidade de sua adequação à tutela dos anseios sociedade e, em seguida, apresentar as *structural injunctions* como instrumento de efetivação das decisões judiciais para, então, relacionar a viabilidade da aplicação de medidas estruturantes no sistema processual pátrio e sua aplicação nas ações coletivas.

Palavras-chave: Medidas estruturantes; Ações coletivas; Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

É inegável que as relações interpessoais e jurídicas se tornaram mais complexas na contemporaneidade, mais precisamente após a Revolução Industrial, em decorrência do contexto histórico, econômico e social.

Os anseios sociais já não se limitavam à uma visão etérea de direitos individualmente garantidos e passaram a exigir uma maior participação social na efetivação de direitos coletivos e a construção de instrumentos processuais específicos que viabilizassem a tutela dos direitos coletivos.

Neste contexto surge a tutela coletiva no sistema jurídico brasileiro. Ademais, verificou-se uma explosão de judicialização dos conflitos ante a ineficiência e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo e buscando no Judiciário a efetivação de direitos constitucionalmente previstos. Assim, é que segundo Oliveira (2009, p.34) as ações coletivas surgiram para resguardar os direitos (coletivos) não resguardados pela lei, dada à visão individualista dos direitos.

Não obstante a evolução da legislação processual no que pertine às tutelas coletivas, iniciada no âmbito nacional com a lei da Ação Civil Pública em 1985, foi com a Constituição Federal de 1988 ao prever um vasto rol de direitos e garantias individuais e coletivos que as tutelas coletivas receberam lugar de prestígio como instrumento de redução das demandas individuais e, de outro lado, que dessem efetividade aos direitos mediante a prestação jurisdicional de forma coletiva.

Sobre a evolução e as mudanças do sistema processual civil em adaptação ao crescimento das demandas coletivas Teori Zavascki (2014, p.21) afirma que

É o reflexo dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas. O conjunto de instrumentos hoje existentes para essas novas formas de tutela jurisdicional, decorrentes da primeira onda de reformas, constitui, certamente, um subsistema processual bem caracterizado, que se pode, genérica e sinteticamente, denominar de processo coletivo.

Contudo, não obstante a relevância do sistema processual coletivo é certo que muitos direitos constitucionalmente previstos deixam de ser atendidos, mesmo diante da entrega da tutela jurisdicional, pois os litígios são complexos e multifacetados e, muitas vezes envolvem interesses públicos. É neste conjunto que se estende a análise das medidas estruturantes, instituto advindo do direito processual estadunidense que tem como *leading case* o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, cuja construção doutrinária foi inicialmente proposta pelo norte-americano Owen Fiss, como forma de dar efetividade às decisões judiciais.

Neste prisma é que se pretendeu analisar a aplicabilidade das decisões estruturantes no sistema processual pátrio, notadamente, nas ações coletivas, utilizando-se o método analítico-descritivo na abordagem dos temas relacionados ao objeto do estudo, bem como a pesquisa bibliográfica a artigos científicos, livros e dissertações.

1. A TUTELA COLETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Historicamente o ordenamento jurídico brasileiro sempre deu mais enfoque às tutelas de direitos individuais do que decorre a priorização dos instrumentos processuais para resolver conflitos desta natureza. O contexto pós-revolução industrial foi determinante para o aparecimento do processo coletivo, que permitiu uma ampla participação da sociedade em questões de relevância de modo a tutelar interesses de massa (LORENZETTI, 2010, p.36).

No Brasil, influenciado pelo liberalismo, o sistema processual sempre visou direitos subjetivos individuais, não sendo ideal a mera adaptação dos conceitos e institutos do direito processual individual para tutelar interesses e direitos coletivos. Assim, surgiu a necessidade de instrumentos processuais próprios adequados à tutela dos direitos desta natureza. É neste que Cintra, Grinover e

Dinamarco (2004, p.44) afirmam a necessidade de um processo coletivo específico

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes [...]

O sistema processual individual clássico, a exemplo do Código de Processo Civil de 1973, foi concebido sobre a matriz dos direitos subjetivos individuais e, não obstante a previsão de atuação coletiva esta estava limitada ao litisconsórcio. As premências de instrumentos específicos de atuação coletiva levaram o legislador a desenvolver, ainda que lentamente e de forma gradativa, um sistema processual coletivo mediante alterações na legislação processual civil.

Embora a Ação Civil Pública (Lei n. 7.437/85) seja considerada o marco legislativo da tutela coletiva no Brasil importa destacar que em 1965 já havia a Lei de Ação Popular que sistematizou a tutela do patrimônio público, mas era limitada quanto à legitimidade passiva. Assim, o ordenamento processual ainda demandava uma abertura e adequação à tutela do coletiva.

O Código de Processo Civil de 1973 ainda estava arraigado aos princípios liberais idealizados sob uma concepção não social e visou, exclusivamente, os conflitos individuais ignorando as pretensões de natureza coletiva. Obviamente o referido *codex* processualista não atendeu às demandas sociais, dando azo ao surgimento de novas leis que introduzissem no sistema processual instrumentos adequados à tutela dos direitos coletivos. (ARGENTA e ROSADO, 2017, p.241)

No entanto, foi com a Lei da Ação Civil Pública que efetivamente se inaugurou no sistema jurídico nacional as tutelas dos direitos coletivos. A Lei da Ação Civil Pública alargou a tutela difusa e coletiva com a proteção, ainda que limitada, a determinados objetos como meio ambiente e consumidor, sendo

que com a Constituição Federal de 1988 foram abarcados os demais direitos e interesses coletivos.

Nas palavras de Teori Zavascki (2009, p.36) a Ação Civil Pública:

[...] veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery (2010, p.1436) “o objeto da ação civil pública, abarca quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, uma vez que a defesa judicial promovida por meio de tais ações não se esgota nas hipóteses contempladas no art. 1 da LACP”.

Posteriormente, outras leis que tutelavam os direitos transindividuais a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), a Lei n. 7.853/89 que previu tratamento para pessoas portadoras de deficiências, a lei que trata da probidade administrativa (Lei n.8.429/92) e outras leis em proteção aos direitos transindividuais tais como a Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste), a Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que trata de direitos relacionados ao urbanismo e a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que dispõe sobre a tutela dos interesses dos idosos.

A Constituição Federal concretizou as tutelas de direitos coletivos ao prever o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º., XXXV) quanto à lesão ou ameaça de direitos, sem distinção de sua natureza, se individuais ou coletivos. Ainda em relação à tutela coletiva o texto constitucional ampliou o objeto da tutela da ação popular (inciso LXXIII), previu o mandado de segurança coletivo (inciso LXX) e a legitimidade para defesa de

direitos e interesses da categoria aos sindicatos (art.8º., III), atribuiu ao Ministério Público a instauração do inquérito civil e a ação civil pública para a defesa de direitos difusos e coletivos (art. 129, III), dentre outras. (ARGENTA e ROSADO, 2017, p.244,245)

Mas foi com a edição da Lei n.8.078/90 que estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor tutelando os direitos individuais homogêneos que o microsistema processual coletivo foi consolidado. O Código de Defesa do Consumidor sistematizou normas processuais de qualquer ação coletiva independentemente do direito coletivo a ser tutelado.

Mais recentemente o novo Código de Processo Civil (2015) pressupondo a existência de um microsistema de tutela coletiva aponta para a necessidade de que com este deverá se relacionar. Neste sentido é que Didier Jr. e Zanetti Jr. (2016, p.18) afirmam que será necessário “reconstruir o processo coletivo a partir do CPC-2015, e não a despeito dele”. Assim, é possível dizer que o novo Código de Processo Civil não só reconheceu um sistema coletivo preexistente, como também a integração do seu texto com aquele, sistematizando “um novo modelo de tutela coletiva”, nas palavras de Argente e Rosado (2017, p.247).

Todavia, não é possível fazer uma análise da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro sem mencionar a influência sofrida pelo modelo norte americano do *class action*, ressalvadas as divergências de cada modelo, notadamente quanto ao acesso à justiça, a economia processual e efetivação de direitos de massa como objetos do processo coletivo.

Ainda que tardiamente, o modelo de processo coletivo no Brasil acabou sofrendo alterações, com a edição de novas leis em decorrência da experiência estrangeira, mormente do *common law* surgindo um microsistema do processo coletivo composto de leis esparsas e especiais a tratar de matérias não abrangidas pelos códigos.

As ações coletivas evidenciaram a necessidade de garantir direitos de massa que, embora pudessem ser promovidos por meio

de ações individuais que desprezam a existência de outros indivíduos que têm a mesma demanda e também poderiam ser atendidos mediante uma tutela coletiva.

Embora as ações coletivas sejam os instrumentos processuais aptos ao tratamento dos conflitos coletivos, não se pode dizer que são os únicos meios de tutela destes conflitos de natureza coletiva.

É neste contexto que se inserem as decisões estruturantes como forma de atuação do Poder Judiciário em casos complexos como relata DOMINGOS (2019, p.22) parafraseando Felipe Barreto Marçal.

com o objetivo de adjudicar direitos em litígios complexos, visando à tutela adequada dos conflitos coletivos, podendo se realizar por meio da ação coletiva, ou em outras ações individuais quando questões comuns repetitivas, demandarem um procedimento estrutural em razão de insuficiências no tratamento adequado pelo modo convencional.

As decisões estruturais devem ser enfrentadas como possível solução jurídica e subsídio para tutela de direitos reiteradamente violados. Para tanto, fatores externos são considerados na decisão judicial para que esta tenha efetividade, fazendo-se necessária as considerações a respeito das decisões estruturais.

2. DECISÕES ESTRUTURANTES

Como já mencionado, o direito processual brasileiro sempre prestigiou a tutela dos direitos individuais. Mesmo diante de ações coletivas é certo que os direitos de massa acabam, por muitas vezes, não sendo atingidos, “isto porque, substancialmente, a tutela coletiva brasileira, *grosso modo*, pode ser resumida em um processo ‘individual’, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. ” (ARENHART, 2017, p.213)

Para o referido autor, a tutela coletiva no Brasil não permite a expressão dos interesses da coletividade, mas somente legitima alguns entes para que, em seu nome representá-la, e isto sob a lógica processual individualista. Isto porque a tutela jurisdicional depende de provocação e está limitada ao pedido do autor da ação, ainda que o pedido não esteja adequado à efetiva tutela do direito material, isto sem mencionar a disponibilidade do processo pelo legitimado (ARENHART, 2015, p.213,214).

Diante da complexidade das demandas e a inadequação do processo coletivo como posto no ordenamento pátrio é que se vislumbra a necessidade de se oferecer ao Judiciário “novos padrões de atuação” e maior “flexibilidade na adequação de sua decisão àquilo que exija a situação concreta. ” (ARENHART, 2013, p.391)

Neste sentido, Sérgio Cruz Arenhart preleciona que as decisões estruturantes, criadas pela doutrina estadunidense, servem de subsídio às decisões judiciais para questões coletivas que carecem de soluções complexas e difusas “com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura (...)” (ARENHART, 2013, p.391) visando a solução e não a expansão do problema.

A *Structural Injunctions* é um instituto de origem norte-americana que surgiu em 1954, no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* e a partir do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, então presidida por Earl Warren, adotou a postura de reformar as estruturas de instituições sociais visando a efetivação de direitos constitucionais de igualdade. Referido julgamento pode ser considerado o marco referencial das medidas estruturantes, denominado por Owen Fiss de *structural reform*, conforme relato de Marco Félix Jobim.(2013, p.91,92).

Owen Fiss tratando do processo judicial estruturante ensina que,

o processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual o juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de

reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. (FISS, 2004, p.27)

Segundo a doutrina de Fiss as medidas estruturantes—*structural injunctions* – podem ser encaradas “como uma nova forma de exteriorização por parte do judiciário dos valores públicos, de caráter constitucional, que informam a ordem pública.” (VERDI, 2016, p.93).

Para Pedro GarciaVerdi,

O escopo das medidas estruturantes, enquanto decisões que objetivam perpetrar alterações nas bases institucionais, superando dificuldades enraizadas nas instituições existentes, é fazer valer, ou tornar efetivo, determinado preceito contido na constituição,(...) (2016, p.93)

Verifica-se que as decisões estruturantes visam uma prospecção para o futuro que para além da controvérsia que envolve a lide visa concretizar valores constitucionais. (FISS, 2004, p.63). Para o autor o processo deve trazer resultados práticos e as medidas estruturantes devem exteriorizar os valores constitucionais, dando-lhes efetividade no caso concreto.

No Brasil, Marco Félix Jobim realizou estudo relevante que analisa decisões da Suprema Corte brasileira em que medidas estruturantes poderiam ter sido utilizadas de modo impelir maior efetividade às decisões.

Não se pode olvidar que decisões estruturantes “permitiria a reestruturação de institutos estatais, dando significado aos valores constitucionais, em especial a partir de sua utilização como instrumento que obsta e contínua e reiterada omissão do Estado na proteção e promoção de direitos.” (FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p.226).

Ensina Sérgio Cruz Arenhart que as medidas estruturantes foram idealizadas de forma a tratar com questões burocráticas do Estado e instituições da sociedade visando a proteção de direitos

fundamentais, por meio de reestruturação dessa burocratização e efetivação de direitos. (ARENHART, 2013, p.396)

Sem entrar no mérito quanto ao ativismo judicial, certo é que tais medidas exigem uma atuação diferenciada do magistrado que ao decidir o caso concreto deverá efetivar normas constitucionais, podendo-se vislumbrar que o direito pátrio admite a aplicação de decisões de caráter estruturante.

Assim, verifica-se a relevância da atuação do judiciário para efetivação de direitos por meio das decisões estruturais que provoquem mudanças nas relações sociais e com o próprio Estado.

Neste viés é que se torna relevante a análise das medidas estruturantes no direito brasileiro, bem como as formas de sua aplicação, já que não se pode esperar que a atividade legislativa evolua nos padrões das necessidades sociais. Pelo contrário, urge que a atividade judicial seja reestruturada de modo a enfrentar as burocracias estatais e de várias instituições da sociedade moderna.

3. APLICAÇÃO DAS DECISÕES ESTRUTURANTES NO DIREITO BRASILEIRO

Como tratado, a tutela coletiva no Brasil não se realizou como resposta efetiva à proteção de interesses da coletividade, notadamente se considerado que a lei se limita a autorizar alguns entes à defesa dos interesses desta coletividade e ao fato de que esta proteção se dá nos moldes da proteção de interesses individuais.

Portanto, não é difícil conceber que o direito brasileiro “é propício para a execução das medidas estruturantes, como também o cidadão brasileiro passa por um momento em que deseja a efetividade do Poder Judiciário brasileiro”. (PINHO; CÔRTEZ, 2014, p.243)

Neste sentido é que José Maria Tesheiner afirma no prefácio da obra de Marco Felix Jobim que o Poder Judiciário antes apenas aplicador da lei passa, em certas circunstâncias, a criar “Direito

novo, em abstrato, e não apenas para o caso concreto”. (2013. p. 11)

Para Jobim nos trilhos de decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo daquela que deu interpretação de modo a equiparar a união homoafetiva às uniões entre ‘homem e mulher’ (ADI 4.277¹²¹), pode-se afirmar que é plenamente possível a aplicação de decisões estruturantes no sistema processual brasileiro de modo a efetivar seus julgados e em resposta à omissão ou falha de outros poderes.

Isto porque, para Marco Jobim (2013, p. 163), em casos paradigmáticos como este, a Suprema Corte poderia ter adotado medidas de cunho estrutural de modo a evitar decisões posteriormente proferidas por outros Tribunais e que se mostraram equivocadas na interpretação daquele julgado e desse maior efetividade aos direitos declarados.

Ainda como exemplo de que o sistema judiciário nacional admite a aplicação de medidas estruturantes pode-se citar o caso da Ação Popular n. 3.388¹²² cujo objeto era impugnar a forma de demarcação de terras indígenas relativas à Reserva Raposa Serra do Sol. Em sua decisão o Ministro Menezes Direito votou¹²³ pela manutenção da demarcação das terras e adotou restrições para exploração de recursos no território indígena como forma de dar efetividade ao direito tutelado.

Não se pode olvidar a relevância das ações coletivas e de controle abstrato de constitucionalidade quanto à abrangência de vinculação de suas decisões. No entanto, muito embora muitas decisões revelem fundamentação robusta em direito e princípios fundamentais a efetivação desses direitos resta obstada pela burocracia do Estado, má gestão ou ausência de recursos.

Nas palavras de Pedro Garcia Verdi (2016, p.111) a “abertura a um sistema que conceba a aplicação de decisões estruturantes exige alguns requisitos de compatibilidade do sistema jurídico onde pretende atuar.”

De início, Verdi (p.112) menciona que a atuação mais proativa do Judiciário está relacionado à necessidade de superação do

princípio da separação absoluta dos poderes, entendimento¹²⁴ já adotado pelo Supremo Tribunal Federal em casos de omissão estatal em detrimento de direitos fundamentais.

Sergio Cruz Arenhart, afirma que

Não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público. Obviamente, um sistema pautado na rígida separação de Poderes não pode admitir que o judiciário intervenha em políticas públicas e, conseqüentemente, terá muita dificuldade sequer em imaginar o cabimento das sentenças estruturais em seu principal campo de atuação (o direito público). (2013, p.392)

Outra adequação necessária à aplicação das medidas estruturantes no sistema brasileiro relaciona-se à mitigação do princípio da adstrição, pois as decisões estruturantes protraem-se no tempo e possuem um caráter de se ajustar às necessidades do caso em razão do momento ou ocasião.

Esta característica é incompatível com a limitação imposta no pedido inicial, pois embora o magistrado esteja adstrito à questão posta e sua relação com o ilícito a ser reparado ou impedido, sua atuação poderá extrapolar “os limites do pedido expressamente posto pelo autor da demanda. ”. (ARENHART, 2013)

Não raras vezes solucionar o problema exigirá uma sequência de decisões judiciais para efetivação do direito perseguido, fenômeno cunhado por Arenhart (2013) como ‘provimentos em cascata’. Para o autor “Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer. Aliás, a complexidade da causa implicará, comumente, a necessidade de se tentar várias soluções para o problema. ”.

As demandas levadas ao Judiciário são complexas e revelam o dinamismo das relações sociais demandando uma adequação da tradicional estrutura judicial e das instituições estatais.

Assim, as *structural injunctions* devem aderir à realidade do tempo e do local, podendo exigir um “escalonamento de medidas”, bem como criação de etapas ou cronograma, além de envolver outros órgãos para cumprimento da ordem judicial. Os provimentos estruturais são uma necessidade para “qualquer sistema processual em que se admita a intervenção em políticas públicas ou grandes inserções em relações privadas. ” (ARENHART, 2013, p.396)

Quanto à aplicabilidade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro é necessário observar que há norma que admite a criação de decisões microinstitucionais¹²⁵, a exemplo da Lei n. 12.529/2011, que tutela o direito à livre concorrência (art. 170, inciso IV, CF/1988) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica que, nas palavras de Sergio Arenhart (2013), “contém diversos instrumentos que, judicial ou extrajudicialmente, autorizam o emprego de medidas que interferem em atos de dominação econômica e permitem a criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento dessas decisões”.

Vale mencionar que a Lei n.8.884/1994, revogada pela Lei n. 12.529/2011, já previa em seus artigos 63 e 69 a possibilidade de intervenção judicial. A legislação posterior, em seu artigo 95, de igual modo, autoriza ao magistrado determinar tutela específica nas execuções de obrigações de fazer e não fazer conferindo-lhe, alternativamente, a adoção de outras medidas visando garantir resultado equivalente ao da obrigação.

O “resultado prático equivalente ao do adimplemento” referido na norma poderá implicar em deferimento de pedido não pleiteado na petição inicial, vislumbrando-se a necessidade, já acima mencionada, de superação de alguns princípios, no caso, o princípio da demanda.

O atual Código de Processo Civil positivou, em seu art. 1º, o entendimento de que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil,

observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015). Ainda em seu art.8º institui que ao aplicar a lei o magistrado deverá atender aos fins sociais e promover a dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios. (BRASIL, 2015)

O mesmo *codex* processual viabiliza que as decisões judiciais permitam a medidas estruturantes incumbindo o juiz de “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.” (BRASIL, 2015)

Nesta linha é que o magistrado pode valer-se de medidas estruturantes adequadas à efetivação de suas decisões judiciais de modo a promover a concretização de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal o que, segundo sustenta Marco Felix Jobim (2013, p.21) pode ser promovido pelo próprio Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Pode-se afirmar que as *structural injunctions* são perfeitamente cabíveis nas decisões proferidas também em ações coletivas, à medida que estas são instrumentos que permitem à sociedade a busca da concretização de interesses coletivos e difusos que podem ter por objeto a condenação ou cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, sendo aplicáveis, ainda que subsidiariamente, os preceitos do Código de Processo Civil mencionados.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal proclamou inúmeros direitos que, mesmo após décadas, não foram cumpridos tanto pela inércia ou ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, o que levou ao Judiciário uma demanda sobremaneira relevante na busca de concretização desses direitos constitucionalmente garantidos e

resolução de problemas que deveriam ser tratados na esfera social e política.

Como mencionado, o sistema processual brasileiro tem matriz individualista e, assim, sempre prestigiou os direitos subjetivos individuais. Porém, este modelo de jurisdição não atendia aos anseios da sociedade, notadamente com relação a direitos coletivos e transindividuais.

Neste contexto é que se desenvolve a tutela coletiva no ordenamento jurídico pátrio visando resguardar os direitos coletivos. O trabalho abordou historicamente a relevância da evolução do microsistema das tutelas coletivas em âmbito nacional, ressaltando que a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que deu ênfase à proteção dos direitos coletivos, de modo que as tutelas coletivas assumiram lugar de prestígio como instrumento de redução das demandas individuais e, de outro lado, que dessem efetividade aos direitos mediante a prestação jurisdicional de forma coletiva.

Contudo, verificou-se que mesmo nas ações coletivas, vistos como os instrumentos processuais adequados ao tratamento dos interesses coletivos, os direitos de massa são atingidos. Isto porque a tutela coletiva brasileira foi concebida com forte influência individualista, não atendendo amplamente aos interesses da coletividade à medida que apenas legitima alguns entes para, em nome próprio, representá-la na persecução de seus interesses. A condição é agravada ao verificar-se que, segundo Arenhart, a prestação jurisdicional pode não ser efetiva, pois está limitada ao pedido da ação (princípio da demanda) e diante da disponibilidade do processo pelo legitimado.

Neste sentido é que se vislumbrou a aplicação das decisões estruturantes, instituto emanado do direito norte-americano, nas causas que envolvam questões coletivas e exijam soluções complexas, com determinação de medidas que tornem efetivas as tutelas coletivas de direitos.

Como se observa, o trabalho destaca que as decisões estruturantes são compatíveis com o sistema jurídico brasileiro e

contam com embasamento doutrinário e na lei para aplicação deste instituto, mencionando-se a legislação aplicável, bem como decisões de Tribunais, inclusive da Suprema Corte que, mesmo timidamente, já adotaram medidas estruturais em seus julgados. Vale lembrar que o sistema jurídico já previa normas que autorizavam a intervenção judicial, bem como a determinação de medidas que promovessem resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação.

De outro lado, pontuou-se que a atividade judicial ainda precisa adotar uma postura mais proativa utilizando-se da *structural injunctions* para efetivação de direitos, mais especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal haja vista que suas decisões têm uma maior abrangência e relevância.

Como forma de permitir a aplicação destas medidas faz-se necessária uma ruptura paradigmática com superação do princípio da separação absoluta dos poderes, bem como a mitigação do princípio da adstrição, pois as decisões estruturantes não devem estar limitadas ao pedido, caracterizando-se pela necessidade de sua adequação ao fator temporal e ao local, podendo gerar uma série de provimentos escalonados, fases e cronograma a ser implementado conforme o surgimento de eventuais problemas surgidos.

De acordo com a doutrina elaborada por Owen Fiss as medidas estruturantes se revelam como instrumento eficaz de superação à burocracia do Estado que não impede o acesso aos direitos constitucionalmente garantidos.

Em conclusão, nos termos abordados vislumbra-se a viabilidade das decisões estruturantes no direito brasileiro, inclusive em ações coletivas, sendo necessárias adequações ao atual modelo processual a fim de viabilizar a solução efetiva de questões complexas e efetivação de direitos.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 389-410.

_____. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado: RPC*, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, a.11, vol.18, n.1. Janeiro a Abril de 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/28491/20279>. Acesso em: 05 dez.2019.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 jan.2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10^a ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

DOMINGOS, Pedro Luiz de Andrade. **Processos estruturantes no Brasil: origem, conceito e desenvolvimento**. 2019. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Disponível em: http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_13459_versao%20final%2007.08.19.pdf.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 4, 1, 2018, p.211-246. Disponível em

<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>.

Acesso em: 07 jan. 2020.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação de tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Justicia Colectiva. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 36.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação extravagante./Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Rizzatto. A natureza das ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. vol.4/2017, Abr-Jun/2017.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani.. **As Medidas Estruturantes e a efetividade das decisões**

Judiciais no ordenamento jurídico brasileiro Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 8. Volume XIII. Jan- Jun de 2014. p.229-258. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920/9333>.

Acesso em 07/01/2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

[120] Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) e Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

E-mail: Raquellauriano@hotmail.com

[121] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em 07 jan. 2020.

[122] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em 07 jan. 2020

[123] Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em 07 jan. 2020

[124] Suspensão liminar n. 823 disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4642346>. Acesso em 07 jan. 2020.

[125] Termo utilizado por Ricardo Luis Lorenzetti *in Justicia colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzone, 2010. esp. p. 182 e ss., *apud* Arenhart em seu artigo “Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro”

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O DIREITO SANCIONADOR: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO COTEMPORÂNEO

Sandro Eduardo Roussin Soares¹²⁶

Resumo: O presente trabalho analisa sob a ótica do sistema legal brasileiro o instituto do direito sancionador em face da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992 que trata sobre atos de improbidade administrativa na atualidade. Como metodologia de trabalho foi adotada a pesquisa bibliográfica e a análise crítica dos dispositivos constitucionais e legais congruentes a temática. Com advento da pós-modernidade e o dinamismo das operações financeiras e contratuais se faz necessária uma nova leitura a cerca do tema.

Palavras-chave: Direito Sancionador; Improbidade Administrativa; Devido Processo Legal; Direito Administrativo Sancionador.

1. INTRODUÇÃO

A lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, responsável pela tipificação de atos de improbidade administrativa, trazendo em seu escopo sanções independentes das previstas em leis específicas nas esferas cíveis, administrativas e penais para as condutas ímprobas do administrador público, não afastando as consequências legais de dispositivos legais pertinentes à temática, tendo como esteio

legal primeiramente a Constituição Federal de 1988 onde o art. 37¹²⁷ Parágrafo 4º, elenca os princípios da administração pública, sendo eles a legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Eficiência em seu caput, bem como no § 4º informa a natureza das sanções a serem aplicadas.

Em virtude do reflexo do ato improprio nas diversas esferas legais se faz necessário o uso da natureza transdisciplinar do direito sancionador, para podermos apontar a limitação das sanções relativas ao citado ilícito, bem como as características destas bem como os princípios norteadores para a respectiva aplicação.

Além da Lei de improbidade administrativa (LIA) a legislações esparsas sobre o tema sendo pertinente o estudo referente a estas se utilizando da harmonização do direito sancionador e princípios gerais do direito para que seja evitado a supressão de direitos fundamentais do autor, bem como a aplicação eficaz e tempestiva das sanções relacionadas a improbidade.

Na confecção do presente trabalho utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental a fim de possibilitar à análise crítica dos dispositivos constitucionais e legais afetos a matéria.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O termo improbidade administrativa e derivado do vocábulo latino “improbis administrator¹²⁸” que traduzido para o vernáculo significa “administrador desonesto”.

A improbidade administrativa e toda ação do agente público no exercício de suas funções ou em razão desta, que não e dotada de probidade, isto é não provida de honestidade, legalidade e moralidade, em dissonância aos princípios da administração pública.

A Lei 8.429/92, denominada Lei de Improbidade Administrativa, tem como finalidade a tipificação de condutas, assim como prevê as sanções previstas aos agentes públicos que cometem improbidade, sendo apontadas três espécies dos citados atos, sendo estes os que propiciam o enriquecimento ilícito do agente capitulado no art. 9º do citado dispositivo legal, atos que resultam em prejuízo efetivo ao erário dispostos no art. 10 da lei e atos em desacordo aos princípios da administração pública constante art. 11 da LIA.

De acordo com GAJARDONI, F. F. *et al.* (2014) a LIA integra o Sistema único das ações coletivas, tendo as sanções desta proximidade com as normas penais onde a punição ou a sanção só tem base constitucional para a conduta dolosa ou culposa.

2.1. Atos que proporcionam o enriquecimento ilícito (art. 9º LIA)

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), em seu art. 9º tipifica os atos que proporcionam o enriquecimento ilícito praticado pelo agente público. Conforme FILHO (2007) as condutas apontadas no referido artigo apresentam os seguintes requisitos: obtenção de vantagem patrimonial indevida por parte do agente público ou terceiro; ciência do caráter ilícito da vantagem;nexo de causalidade entre a vantagem indevida e o comportamento do agente.

2.2. Atos que proporcionam prejuízo ao erário (art. 10º LIA)

O artigo 10 da LIA é dedicado aos atos omissivos, comissivos ou culposos de improbidade que proporcionam prejuízos ao erário público, tal lesão pode se dar por perca patrimonial, desvio, apropriação, dilapidação conforme o artigo 1º da citada lei.

2.3. Atos que atentam contra os princípios da administração (art. 11º LIA)

O artigo 11 da LIA trata dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. A composição deste versa que, qualquer ação ou omissão que infrinja os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e passível de sanções, sendo tipificada as seguintes condutas: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV – negar publicidade aos atos oficiais; V – frustrar a licitude concursos público; VI – deixar de prestar cotas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

3. O DIREITO SANCIONADOR

O Direito Sancionador é um ramo da ciência jurídica transdisciplinar que transita entre os diversos ramos do direito e tem como objeto o Jus Puniendi do Estado retornando ao caráter uno da jurisdição, mas respeitando as esferas, cível, penal e administrativa procurando identificar a obscuridade existente entre as citadas esferas a luz das garantias individuais

O citado ramo do direito aparece como instrumento apto a conferir uma maior sensação de segurança aos indivíduos através do estudo dos modelos punitivos de que se vale o poder estatal para coibir práticas nocivas ao convívio social.

3.1. Características e limites do direito sancionador

O Direito Sancionador apresenta uma natureza sistêmica, abrangendo todo o gênero punitivo. Para (OSÓRIO,2000, p.102) é o “único e unitário poder punitivo do Estado.”, sendo que conforme (SANTOS,2007) se secciona academicamente o Direito Sancionador, gênero, nas citadas espécies: Direito Sancionador Penal e Direito Sancionador Cível, sendo que a última espécie apresentada conforme o doutrinador em pauta possui três subespécies, sendo estas: Direito Administrativo Sancionador, Direito Sancionador Cível stricto sensu e Direito Sancionador Político-Administrativo.

De acordo o referido autor acima, o Direito Sancionador Penal, tanto o material quanto o processual, seria o Direito Sancionador por excelência, sendo que dele decorreriam todas as normas e princípios jurídicos cabíveis à esfera sancionatória em regra. O Direito Sancionador primeiramente Limitado pelo princípio da legalidade, consubstanciado ao devido processo legal, respeitando as garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

3.2. Princípios do direito sancionador

O direito sancionador é tutelado por princípios gerais do direito mais principalmente se fundamenta pelos princípios da administração pública bem como os apresentados pelo direito penal sendo estes: Princípio da Legalidade, Princípio da Finalidade, Princípio da Motivação, Princípio da Razoabilidade, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Moralidade, Princípio da Ampla Defesa, Princípio do Contraditório, Princípio da Segurança Jurídica, e Princípio da Eficiência.

3.2..1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade, de acordo o art. 5º, II e art. 37º da constituição federal de 1988, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei”, sendo uma das principais garantias aos direitos individuais, tendo como parâmetro a lei e define os limites de atuação da administração pública, ou seja, essa só pode ser realizado o que a lei permite, sendo vedado por simples ato administrativo, conceder direitos, criar obrigações ou impor vedações ao administrado.

3.2..2 Princípio da Motivação

O Princípio da Motivação defende que a administração pública tem a obrigação de motivar seus atos. Este princípio não estar expressamente positivado na Constituição Federal, mas sim na Lei 9.784/99, que refere aos procedimentos administrativos no âmbito nacional, sendo reconhecido na doutrina e na jurisprudência.

3.2..3 Princípio da Razoabilidade

O Princípio da Razoabilidade exerce a função de limitar à discricionariedade administrativa, versando que os atos da administração pública devem corroborar com a racionalidade, sensatez e coerência.

3.2..4 Princípio da Proporcionalidade

Conforme alguns doutrinadores o Princípio da Proporcionalidade se confunde com o princípio da razoabilidade, para outros este princípio é um aspecto do princípio da razoabilidade, haja vista que as sanções devem ser aplicadas de

maneira proporcional ao tipo normativo infligido e de acordo com o sistema jurídico vigente.

3.2..5 Princípio da Moralidade

O Princípio da Moralidade aponta que os agentes da administração pública devem atuar em conformidade com a moral, os bons costumes e os princípios éticos da sociedade, para a legalidade e legitimidade do ato, sendo que alguns doutrinadores defendem que tal princípio fora absorvido pelo princípio da legalidade.

3.2..6 Princípio da Ampla Defesa

Este se apresenta como um constitucional contido no art. 5º da CF, bem como é um princípio infraconstitucional contido na Lei Federal nº 9.784/99, sendo que assegura ao acusado o direito de se defender previamente antes de qualquer decisão que venha a prejudicá-lo, sendo aplicável a qualquer espécie de processo que envolva situações de conflito ou de sanção do Estado contra as pessoas físicas ou jurídicas.

3.2..7 Princípio do Contraditório

Não só a Constituição da República, mas também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, garantem o contraditório onde a parte contrária tem a oportunidade de contra-arrazoar os fatos alegados em seu desfavor.

3.2..8 Princípio da Eficiência

Este princípio impera que todo processo ou procedimento chegue ao seu final, ou seja, tenha uma decisão conclusiva afirmando ou negando um direito, que solucione a controvérsia.

3.2..9 Princípio do devido processo legal

Princípio do devido processo legal, e previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual versa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo assim no estado democrático de direito para que uma sanção seja aplicada e necessária à liturgia do devido processo legal.

4. O DIREITO SANCIONADOR NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como já apontado a Lei nº 8.429 apresenta uma natureza *sui generis*¹²⁹ das sanções por ela impostas, haja vista que mesmo tendo independência em relação a penalidades cíveis, penais e administrativas, traz em seu bojo penalidades que apresentam características cíveis e políticas administrativas, sendo necessária a intervenção do Direito sancionador para manter a unicidade da jurisdição e ao mesmo tempo preservar as garantias dos acusados.

É preciso assentar que a verdadeira unidade do Direito sancionador repousa nas cláusulas constitucionais comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, pois, ainda que tais cláusulas não veiculem conteúdos idênticos, “também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral”.

A qualificação legal da conduta por parte do legislador sujeita-se a um processo decisório a ser constantemente aprimorado. (GUARDIA, 2014, p.790)

Os princípios já elencados têm o papel de paramentar o sistema jurídico sancionador atuando como responsável por reforçar o por demonstrar caráter axiológico, do arcabouço jurídico frente as situações concretas evitando assim abusos dos entes estatais competentes para a aplicação das sanções normativas.

4.1. As sanções previstas na Lei de improbidade administrativa

O art. 12¹³⁰ da Lei n.º 8.429/92, traz as sanções relativas aos tipos normativos expostos nos artigos, 9, 10 e 11 sendo que no citado artigo versa no Caput que “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está

o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:” sendo assim, e apresentado o direito sancionador em sua natureza precípua, pois cabe este regular tais sanções, pois deve-se afastar o risco do *bis in idem*¹³¹, pois como já apontado condenado como base na LIA o autor não se desobriga das demais esferas judiciais.

Os delitos positivados pela lei de improbidade administrativa apesar de seu caráter civil trazem semelhança com os delitos penais e políticos administrativos, haja vista a transdisciplinariedade do tema.

4.2. Sanções administrativas x Sanções Penais

As sanções administrativas são aparadas por esfera legal própria não se confundindo como as demais esferas existentes e pelo princípio da legalidade para serem impostas tem que ocorrer a devida reserva legal pretérita referente ao tema.

De acordo com a explanação citada acima as sanções penais são pautadas pelos princípios também elencados, bem como contam com um maior garantimos haja vista se tratar da forma mais severa de sanção do estado sendo que muitas vezes a natureza das citadas sanções se confunde sendo necessário o balizamento do Direito sancionador. Situação está exposta pela Professora Ana Carolina Carlos de Oliveira.

Os paralelos encontrados entre as infrações previstas na citada lei e o Código Penal (no capítulo dos crimes contra a administração pública) bem como as escalas de sanções previstas pelos institutos penal e administrativo permitem –nos identificar a aproximação na prática do Direito administrativo sancionador e o Direito de intervenção. (OLIVEIRA, 2012 p.190)

Portanto a aproximação das infrações previstas na LIA e as infrações previstas no código penal brasileiro apesar de serem

próximas não se confundem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o combate à corrupção se apresenta como um desafio permanente à sociedade bem como para as instituições constituídas, para coibir tal prática e faz necessário o revigoramento da consciência ética, a participação popular, a afluência das instituições, o acompanhamento e fiscalização dos servidores públicos, o aperfeiçoamento da legislação relativa aos atos de corrupção, para salvaguardar a imposição dos valores legais, morais e éticos na sociedade democrática de direito.

A Lei n.º 8.429/92 é um importante instrumento legal para se coibir e penalizar os atos de improbidade administrativa, mas visando a proteção dos direitos e garantias de todos na sociedade, inclusive aos acusados de atos ímprobos o Direito sancionador é um importante primado jurídico para o balizamento das aplicações das sanções referentes aos citados atos, mas é sempre bom lembrar que o sistema legal é apenas uma das ferramentas necessárias para a prevenção e repressão de atos de improbidade, sendo que o principal fiscal do bem público é o cidadão.

REFERÊNCIAS

FILHO, Gabriel Arão. **Aspectos materiais, processuais e procedimentais da ação civil por improbidade administrativa**. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, p.299. 2007.

GAJARDONI, F. F. et al. **Comentários a lei de improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi, **Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: um estudo**

à luz das garantias constitucionais, Revista da Faculdade de .
Direito da Universidade de São Paulo v. 109 p. 773–793 jan./dez.
2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p.256. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2019.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade Administrativa: Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

[126] Mestrando em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte–Uni-BH (2007); Licenciado em Pedagogia pela Faculdade Entre Rios do Piauí – FAERPI (2014); Pós-graduado em Direito Penal pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá – FIJ (2011); Pós-graduado em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes – UCAM (2016); Pós Graduado em Gestão de Policiamento Ostensivo pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais (2016). Email: sandroroussin@yahoo.com.br.

[127] Constituição Federal/88 : Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

[128] Significado da expressão em latim “improbis administrator “ Administrador desonesto de acordo com o dicionário online disponível em <https://www.dicio.com.br/improbidade/> .

[129] **sui generis**: sem semelhança com nenhum outro, único no seu gênero; original, peculiar, singular de acordo com o dicionário online disponível em <https://www.dicio.com.br> .

[130] Lei nº 8.429/92: Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I–na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II–na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III–na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV–na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

[131] O *bis in idem* é um fenômeno do direito que consiste na repetição (bis) de uma sanção sobre mesmo fato (*in idem*), de acordo com o dicionário online disponível em <https://www.dicio.com.br>.

DIREITOS DIFUSOS

Valéria Rangel Soares Foristieri¹³²

Resumo: O presente artigo trata sobre a tutela dos direitos coletivos e difusos no ordenamento jurídico, apresentando seus componentes normativos fundamentais. Conceitua a atividade e a tutela jurisdicional, o acesso à justiça e faz menção à concepção histórica dos direitos difusos, apontando que um dos principais traços dessa modalidade é a sua natureza transindividual. Direitos Difusos são também designados como direitos coletivos em sentido amplo. Foram previstos, conceituados e classificados pelo legislador brasileiro no artigo 81, da Lei nº. 8.009/90 (Código de Defesa do Consumidor) em três grandes grupos: direitos coletivos em sentido estrito; direitos difusos e direitos individuais homogêneos.

Palavras-chave: Direitos Difusos; Direitos Coletivos; Direitos individuais homogêneos; Interesses.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discorrer sobre a Tutela Jurisdicional dos Direitos Difusos e Coletivos para compreender esse ramo do Direito que é, em termos, ainda muito recente, haja vista que se consagrou no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988.

É importante ressaltar que os direitos e garantias fundamentais da população brasileira foram assegurados a partir da Carta Magna de 1988, o que significa dizer que o Estado Democrático de Direito se consolidou a partir do texto constitucional, que trouxe

um rol de direitos e garantias com a eficácia de aplicação. Contemplou, além dos direitos fundamentais, os direitos difusos e coletivos, como: o direito ao meio ambiente sadio (Art. 237), à manutenção do patrimônio cultural (Art. 216), à preservação da probidade administrativa (Art. 37, §4º), à proteção ao consumidor (Art. 5º, XXXII) e conferiu legitimação ao Ministério Público para promover inquérito e ação civil pública para tutelar qualquer espécie de direitos e interesses, difusos e/ou coletivos (Art. 129, III).

Pode-se dizer que o berço dos Direitos Difusos e Coletivos foi a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), acrescido das Leis: Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

A partir da promulgação da Constituição Federal, vários institutos jurídicos surgiram para dar celeridade à proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. As normas foram se disciplinando e esses direitos e interesses foram se tornando realidade, dando embasamento para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Lei 7.913/89) e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica – Antitruste (Lei 8.884/94), Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei 12,016/09), entre outras, formando o Processo Civil coletivo, de proteção dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Neste sentido, procuraremos abordar o tema explicitando o que se entende hoje no Brasil por direitos difusos, coletivos e individuais, subdividindo estes em direitos difusos, direitos coletivos lato e stricto sensu e direitos individuais homogêneos.

O trabalho objetivou conhecer o tema para compreender como os direitos difusos são concebidos na prática judiciária. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica realizada por

meio da Leitura de Livros de Autores consagrados como Cappelletti (1988), Bobbio (1992), Mazzilli (1988), Andrade (2017), entre outros constantes nas Referências Bibliográficas. O método utilizado foi o dedutivo, partiu-se da ideia de que os direitos difusos abrangem um número indeterminado de pessoas e buscou-se a resposta por meio do estudo do tema. Ao final, apresentamos nossas conclusões, na certeza de que as ideias aqui apresentadas não tiveram a pretensão de esgotar o assunto, mas que tem a intenção de subsidiar outros estudos relativos ao tema.

2. ACESSO À JUSTIÇA E TUTELA JURISDICIONAL

De acordo com Cristiane Derani¹³³ o homem é um ser social dotado de interesses próprios. A sociedade é o ambiente de sua existência. Nela estarão em contato a multiplicidade de interesses, muitos nitidamente conflitantes, cuja oposição, se levada ao extremo, pode conduzir à desintegração do agrupamento. Cabe então, ao Estado e ao Direito, a forma de manutenção social tendo em vista a sua integração por meio da Justiça. Ao direito, cabe a função de atender à demanda de forma que os interesses individuais e sociais sejam regulados, e, ao Estado, cumpre o dever de aplicar o direito.

O conceito de acesso à justiça passou por muitas transformações ao longo dos tempos. A partir de 1960, podemos afirmar que o mesmo apresentou novas conotações e vem se ampliando e aperfeiçoando.

De acordo com Antônio Hermam V. Benjamin¹³⁴, a expressão “acesso à justiça” pode ser definida de três formas: em sentido restrito, que é o acesso à tutela jurisdicional de direitos, ou seja a um juiz natural; em sentido amplo, que é o acesso à tutela de direitos que são os mecanismos de solução de conflitos, judiciais ou extrajudiciais e em sentido integral, que é o acesso ao Direito ou à ordem jurídica justa, conhecida e implementável.

É importante destacar que o acesso à justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la. É um fenômeno complexo, cujos instrumentos viabilizadores preocupam-se com as condicionantes econômicas, sociais e culturais imperantes na sociedade e não meramente com a dimensão técnica da tramitação processual¹³⁵.

Os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹³⁶ são autores de um importante estudo sobre a questão do acesso à justiça, resultando na Obra “Acesso à Justiça”, na qual os autores dividiram em três ondas os movimentos renovatórios do acesso.

A primeira onda identifica a preocupação com o problema do acesso aos indivíduos mais pobres ao Poder Judiciário, quanto à representatividade, apontando meios e modelos de prestação de assistência aos menos favorecidos. A segunda onda diz respeito aos direitos difusos na contemplação da coletividade e o papel dos tribunais na interpretação de que o processo civil tradicional seria ineficaz para proteger o processo coletivo, em razão da sua tradição de atuação no campo de disputa entre particulares. A terceira onda refere-se à representação em juízo e uma concepção mais ampla de justiça, que pudesse superar os obstáculos processuais pela criação dos Juizados Especiais, com vistas a desafogar o judiciário e dar celeridade aos casos de menor complexidade.

Fala-se atualmente em uma quarta onda para atender as inovações que vem ocorrendo com a evolução da sociedade. Percebemos mudanças diárias, o que hoje é novo, amanhã já pode estar superado.

Noberto Bobbio, já dizia:

O campo dos direitos sociais, finalmente está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever¹³⁷.

Portanto, a ciência jurídica precisa de modificações em virtude das transformações recorrentes na sociedade, seja econômica, social ou outra, para atender a demanda processual, inclusive o acesso.

Neste sentido, se a atividade jurisdicional do Estado objetiva regular as relações entre as pessoas e a sociedade, especialmente na resolução dos conflitos, pode ser entendida como garantidora do direito.

No Brasil, a jurisdição estatal é regulada nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º–Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV–a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça ao direito **138**.

As normas de Direito material, ao reconhecer interesses e lhes conferir juridicidade, estabelecem parâmetros para a resolução de conflitos de interesses intersubjetivos, cuja ocorrência é constante na vida em sociedade. Sempre que houver colisão de interesses entre os sujeitos, o Direito servirá como referencial para decidir qual interesse vai prevalecer.

De acordo com a historicidade, o Direito, por muito tempo, se constituiu num direito formal e individualista que garantia ao indivíduo à proposição de demanda ou contestação para apreciação de um juiz natural.

A dimensão coletiva do direito não era uma questão trabalhada pelas entidades governamentais, e, por essa razão, por mais que o acesso à justiça fosse um direito inerente à todos os cidadãos, havia uma série de obstáculos que restringiam a entrada ao judiciário especialmente para as camadas mais pobres da população.

Com as reformas instituídas pelo *welfare state* (estado de bem estar), houve o reconhecimento de certos direitos sociais, e a constatação de que a efetivação de tais direitos só seria possível

com uma atuação positiva do Estado. Com isso, o direito ao acesso à justiça ganhou novos contornos, facilitando a propositura de demandas judiciais à pessoas menos abastadas.

Nas palavras de José Afonso da Silva,

[...] podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos, que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como o exercício da liberdade¹³⁹.

Como visto, a validação do Direito se consagra por meio da atividade jurisdicional, exercida por meio do Estado, que deverá ser acionada para que, de fato, o direito seja dado a quem for o seu detentor. A atividade jurisdicional é exercida por meio da Tutela Jurisdicional que é “o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo¹⁴⁰”. Consiste no atendimento das necessidades jurídicas de uma situação movida por uma pessoa ou um grupo de pessoas, seja uma situação material ou imaterial e “não é necessariamente *tutela de direitos*, mas *tutela a pessoas* ou *a grupos de pessoas*”¹⁴¹. É conferida ora ao autor e ora ao réu. É sempre conferida às pessoas e não à direitos.

Neste sentido, o direito material é apontado como fator apto a dar à jurisdição uma característica própria para diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais. Se materializa na jurisdição a partir de premissas como a função do Estado na solução de conflitos, e é exercido mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos¹⁴².

Também se conceitua a Tutela Jurisdicional “como poder conferido ao Estado aos seus representantes para solucionar conflitos de interesses não dirimidos no plano extrajudicial, os quais se revestem da característica de litígios, revelando a necessidade da intervenção do Estado para que a pendenga estabelecida entre as partes seja solucionada¹⁴³”.

No Brasil, o acesso à justiça, inclusive aos mais carentes, foi elencado no rol dos direitos e garantias fundamentais, norteados pelo princípio da dignidade humana.

3. DIREITOS DIFUSOS

Para conceituar os direitos difusos, primeiramente vamos nos reportar aos direitos fundamentais, para então compreender que os direitos difusos podem ser considerados como ampliação destes que estão intimamente ligados.

Nas palavras do professor Marcelo Novelino¹⁴⁴: os direitos fundamentais surgiram em períodos distintos conforme as necessidades de cada época, ampliando-se de geração em geração, e podem ser entendidos como: direitos fundamentais de primeira dimensão, os ligados ao valor liberdade, que são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Os direitos da primeira geração corresponderiam àqueles denominados “civis e políticos”, tendo por fundamento a liberdade: Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, aquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente¹⁴⁵

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, que são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

Wolfgang Sarlet, explica:

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais¹⁴⁶.

Os direitos fundamentais de terceira geração são ligados ao valor da fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento, ao progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em outras palavras, destinados à proteção do gênero humano.

Desponta em nossos dias os direitos de quarta geração, relativamente recentes, compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo.

Norberto Bobbio, assim explica:

Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de ideias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam estes três exemplos centrais do debate atual: o direito de viver em

um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁴⁷.

Ampliando o leque de entendimento, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁴⁸, na obra “Acesso à Justiça”, ensinam que os direitos de acesso podem ser classificados em três grandes “ondas”, nas quais “a primeira, diz respeito a assistência judiciária, através da qual os ordenamentos jurídicos se preocuparam em assegurar a prestação jurídica gratuita às pessoas com condições econômicas menos favorecidas, a segunda é a representação dos interesses e direitos difusos e terceira tem como aspecto central, colocar em perspectiva uma visão mais ampla do acesso à justiça em comparação às duas ondas que a antecederam, dado que aquelas se ocuparam, essencialmente, em descortinar os problemas implicados ao acesso ao Poder Judiciário para garantir a efetividade dos direitos. Norberto Bobbio complementa dizendo que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político¹⁴⁹”.

Neste sentido, “a proteção dos interesses difusos é fruto da segunda onda do acesso à justiça, que teve início entre os anos de 1965 e 1970 nos Estados Unidos da América¹⁵⁰” e estendeu pelo mundo.

Portanto, os direitos difusos podem ser classificados como direitos de terceira geração, e quanto ao acesso à justiça, na

segunda onda de acesso.

Mazzilli (2009), instrui que os interesses difusos são “como um feixe ou um conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados, por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexos¹⁵¹”. Podem abranger o interesse de toda a humanidade, como por exemplo, as questões relacionadas ao Meio Ambiente.

Embora historicamente os direitos e interesses difusos já se evidenciem nas civilizações ocidentais, remontando ao direito romano, foi apenas em meados do século passado que teóricos e legisladores passaram a se ocupar sistematicamente de seu tratamento para estruturá-los nas categorias jurídicas.

Neste sentido, ao tratarmos do tema “interesses difusos”, é importante lembrar alguns aspectos fundamentais acerca dos direitos humanos. Os interesses ou direitos difusos são um prolongamento dos direitos humanos, constituem uma nova geração desses direitos, possuem a mesma natureza ontológica, contemplam a pessoa humana além da sua esfera pessoal.

O Brasil é um dos pioneiros quanto ao desenvolvimento do sistema de tutela de interesses e direitos difusos e coletivos.

A nossa Carta Magna, com o intuito de ampliar os direitos e garantias sociais, previu vários dispositivos que tiveram a função de reforçar a proteção aos interesses metaindividuais.

Dentre os Direitos Difusos contemplados pela Constituição Federal de 1988, podemos citar a Lei de Ação Popular, de 1965, reformulada em 1977, que considera como patrimônio público os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico, a qual em 1985 embasou a lei que versa sobre a Ação Civil Pública, inicialmente destinada à tutela do meio ambiente e do consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; houve um grande avanço no direito processual coletivo, visto que o legislador procurou sistematizar a matéria e conferiu um amplo rol de legitimados: Ministério Público, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas

públicas, fundações e sociedades de economia mista e associações civis.

4. DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS, CONCEPÇÃO HISTÓRICA.

O direito processual coletivo é uma vertente do próprio direito processual civil. As primeiras notícias que se têm do processo civil, por assim dizer, remontam ao período Romano, quando, então, não havia diferença formal entre o direito processual e o direito material.

O Direito Romano¹⁵² constituiu-se em um dos mais importantes sistemas jurídicos criados desde sempre. Em tempos remotos, já contemplava temas como o culto à divindade, o direito a liberdade, entre outros temas que hoje podem ser compreendidos como direitos difusos.

O Brasil seguiu o modelo jurídico romano ao longo dos tempos, e vem aprimorando seu sistema jurídico para assegurar o dinamismo necessário ao conjunto de normas e, ao mesmo tempo, a propor certa flexibilidade nas soluções dos casos individuais e coletivos que surgem das necessidades práticas.

Segundo Norberto Bobbio

Os direitos do homem, apesar de terem sido considerados naturais desde o início, não foram dados de uma vez por todas. Basta pensar nas vicissitudes da extensão dos direitos políticos. Durante séculos não se considerou de forma alguma natural que as mulheres votassem. Agora, podemos também dizer que não foram dados todos de uma vez e nem conjuntamente. Todavia, não há dúvida de que as várias tradições estão se aproximando e formando juntas um único grande desenho da defesa do homem, que compreende os três bens supremos da vida, da liberdade e da segurança social¹⁵³.

Mauro Cappelletti ensina que a sociedade moderna passou a apresentar questões que evidenciavam o abismo existente entre o direito público e o privado, os interesses difusos, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: “desses ninguém e titular, ao mesmo tempo em que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria, deles são titulares. Os interesses difusos representam um fenômeno típico e de importância crescente, da sociedade moderna¹⁵⁴.”

Por difusos, entende-se aqueles direitos que têm por característica a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, intensa conflituosidade, duração efêmera e contingencial:

[...] interesses metaindividuais, que não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto à certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g. o interesse à pureza do ar (...)) podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço¹⁵⁵.

Direitos difusos têm concepções diferentes dos Direitos fundamentais, pois sua ação não se expressa pela tutela do direito de liberdade de um indivíduo, ou pela implementação dos direitos de uma determinada categoria, mas sim de um número indeterminado de pessoas.

Dentre as características dessa categoria de direito, destacam-se, necessariamente, a abrangência à pluralidade de sujeitos, uma vez que é impossível estabelecer o número exato de pessoas atingidas. Além disso, estão ligados a uma realidade fática, por esse motivo, são direitos indivisíveis, sendo impraticável a divisão do objeto da demanda, já que, ao solucionar o problema da demanda, os efeitos serão os mesmos para todos os beneficiários, os bônus ou os ônus

suportados na demanda serão os mesmos para cada um dos seus titulares.

Trata-se da defesa de direitos de uma coletividade, de modo que obrigue os Estados a respeitá-los independentemente da existência de vínculo de nacionalidade com seus titulares, pois comumente, os reflexos podem atingir a humanidade, às gerações futuras e não apenas um território. “Aliás, por humanidade compreende-se, até mesmo, as gerações futuras, os seres humanos que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos¹⁵⁶”.

Apesar de se constar que os direitos e interesses difusos já representavam uma preocupação antes da era moderna, estes passaram a ser discutidos de maneira mais intensa apenas no século passado.

No Brasil, encontramos importantes obras de doutrinadores como José Carlos Barbosa Moreira intitulada: *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos* (1977); Waldemar Mariz de Oliveira Júnior: *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos* (1978) e Ada Pellegrini Grinover: *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*; entre outras, que demonstram a preocupação em discutir o tema com a sociedade brasileira.

Neste contexto, crescia a necessidade de instauração de uma legislação que contemplasse os direitos difusos para preencher uma lacuna no sistema processual civil brasileiro e para resultar num autêntico subsistema de processo voltado para a tutela do direito material: a dos direitos transindividuais, ou seja, direitos que contemplam uma coletividade.

A primeira lei brasileira que tratou da proteção dos direitos transindividuais foi a Lei n. 4.717/65, que regulamentou a Ação Popular, instrumento pelo qual qualquer cidadão pode pleitear a nulidade de atos lesivos ao erário público. A promulgação desta Lei garantiu a defesa dos direitos metaindividuais. Em 1981, foi editada a lei nº 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, de maneira inovadora no ordenamento jurídico:

LEI Nº 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.

[...]

Art 3º–Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I–meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II–degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III–poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

α) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

β) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

χ) afetem desfavoravelmente a biota;

δ) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

ε) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV–poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V–recursos ambientais, a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera **157**.

Em 24 de julho de 1985, foi editada a lei nº 7.347, Lei da Ação Civil Pública, que versou sobre a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Neste sentido, como já citado, a Lei nº 7.347 de 24/07/85 (Lei da Ação Civil Pública) pode ser considerada como o marco principal na busca de instrumentos processuais para a tutela dos direitos difusos e coletivos, a qual foi contemplada na Constituição Federal promulgada em 1988. O artigo 129, inciso III, traz, de maneira clara e precisa, a competência do Ministério

Público para promover a ação civil pública visando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

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 **158**.

A Constituição Federal de 1988, gestada no contexto das necessidades de contemplar os direitos e interesses difusos, contemplou o contido na lei nº 6.938/81 e consagrou a proteção ao meio ambiente em seu artigo 225, parte inicial, que dispõe que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida **159**”.

Posteriormente à promulgação constitucional, foi editada a lei nº 8.078/90, o chamado Código de Defesa do Consumidor, que apresentou os conceitos legais para os direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, ampliando as garantias constitucionais. Portanto, no Brasil, os direitos coletivos em sentido amplo foram conceituados e classificados pelos legisladores, no artigo 81, da Lei nº. 8.009/90 (Código de Defesa do Consumidor), em três grandes grupos: direitos coletivos em sentido estrito; direitos difusos e direitos individuais homogêneos.

5. DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E INTERESSES

Hugo Nigro Mazzilli esclarece que as expressões “direito” e “interesse” são divergentes mas têm o mesmo sentido, se referem aos direitos transindividuais e individuais homogêneos e que,

[...] ambas as expressões estão corretas, mas significam

coisas diversas. Para os fins que ora nos dizem respeito, *interesse* é pretensão; *direito* é a pretensão amparada pela ordem jurídica. Assim, p. ex., uma ação civil pública que busque a tutela de valores transindividuais que, ao final, se vejam definitivamente reconhecidos como inexistentes, essa ação objetivou a defesa dos interesses difusos; já outra ação que busque a tutela de valores transindividuais definitivamente reconhecido como existentes objetivou a defesa de direito difusos¹⁶⁰.

Na legislação brasileira, as expressões “direitos” e “interesses” são tratadas como denominação comum, referindo-se a direitos difusos e direitos coletivos¹⁶¹. Segundo Hugo Nigro Mazzilli,

Interesse é o gênero; direito subjetivo é apenas o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Considerando que nem toda pretensão à tutela judicial é procedente, temos que o que está em jogo nas ações civis públicas ou coletivas é a tutela de interesses, nem sempre direitos. Assim, para que interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos sejam tutelados pelo Poder Judiciário, é preciso que estejam garantidos pelo ordenamento jurídico; e esse é, precisamente, o caso do direito ao meio ambiente sadio, do direito à defesa do consumidor, do direito à proteção às pessoas com deficiência, do direito à defesa do patrimônio cultural, etc.¹⁶².

Em relação ao objeto, tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, no entanto, diferenciam-se quanto à origem do fato gerador e à determinação dos seus titulares.

Enquanto nos interesses difusos o fato decorre de uma circunstância alheia a um vínculo jurídico, nos direitos coletivos a relação jurídica é um pressuposto. Além disso, nos interesses coletivos a determinação dos titulares é viável, o que não ocorre nos direitos difusos. A primeira diferença entre esses institutos reside na titularidade, os interesses difusos têm como titulares, pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Já os interesses coletivos têm como titulares as pessoas integrantes de um determinado grupo, categoria ou classe.

Hugo Nigro Mazzilli, diz que

Os interesses coletivos são aqueles também de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos, reunidos pela mesma relação jurídica básica (como os indivíduos que assinam um contrato de adesão com cláusula abusiva – abusividade da cláusula é compartilhada em igual medida por todos os integrantes do grupo¹⁶³ .

Também, os interesses transindividuais podem ser entendidos como direitos coletivos em sentido amplo, e foram previstos, conceituados e classificados pelo legislador brasileiro no artigo 81, da Lei nº. 8.009/90 (Código de Defesa do Consumidor), em três grandes grupos: direitos coletivos em sentido estrito; direitos difusos e direitos individuais homogêneos.

Ainda no rol de interesses, destacamos os interesses públicos que. Segundo o Ministro Maurício Moreira, a Constituição Federal confere ao Ministério Público, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, Art. 127). O Ministério Público é incumbido para a abertura de inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para garantir a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos, individuais e coletivos de relevância social¹⁶⁴ .

6. DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO STRICTO SENSU E LATO SENSU

Como já amplamente conceituado neste trabalho, os direitos coletivos e difusos pertencem a uma nova ordem da convivência social.

Uma das principais características dessa modalidade de direitos, que a distingue de outras dimensões, é a sua natureza transindividual. Abrange um grande número de pessoas tanto no polo ativo, como no polo passivo da relação, e não estão necessariamente ligados a uma classe ou grupo organizado, como um sindicato ou uma associação. Portanto, se um determinado direito coletivo for reconhecido em uma categoria, este direito não será destinado apenas aos que demandaram a questão, portanto, ainda que uma associação ou um sindicato que tenha proposto a ação coletiva, a decisão beneficiará todos os consumidores ou categorias, ainda que não estejam associados ou sindicalizados.

Neste sentido, Norberto Bobbio esclarece que:

Pode-se também acrescentar que, enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da liberdade, os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade. São direitos que tendem, senão a eliminar, a corrigir desigualdades que nascem das condições de partida, econômicas e sociais [...] **165**

Também, Hugo Nigro Mazzili, orienta que

Os interesses coletivos são aqueles também de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos, reunidos pela mesma relação jurídica básica (como os indivíduos que assinam um contrato de adesão com cláusula abusiva – abusividade da cláusula é compartilhada em igual medida por todos os integrantes do grupo **166**).

O mesmo autor distinguiu as categorias de direitos transindividuais segundo as suas origens, e exemplificou:

a) se o que une interessados determináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os consumidores que adquiriram produtos fabricados em série com defeito), temos **interesses individuais homogêneos**; b) se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica (como os

consociados que sofrem o mesmo aumento ilegal das prestações), temos **interesses coletivos em sentido estrito**; c) se o que une interessados indetermináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos **interesses difusos**¹⁶⁷.

Os direitos coletivos *stricto sensu* foram classificados como direitos transindividuais, de natureza indivisível, de titularidade de um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou seja, entre os membros do grupo, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica.

Quanto aos direitos coletivos *lato sensu*, estes apresentam dupla função, material e processual e foram positivados em razão da necessidade de tutela jurisdicional.

A categoria dos direitos coletivos *lato sensu* implica em atribuir ao seu tratamento as seguintes características comuns: transindividualidade, indivisibilidade, indisponibilidade, titularidade e legitimidade em lei.

Por indivisibilidade, pode-se entender que objeto ou bem jurídico protegido é indivisível, ou seja, ele não pertence a nenhum consumidor individual em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente. Se o objeto ou bem jurídico for divisível, ele é individual ou individual homogêneo, e não coletivo.

7. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Direitos individuais homogêneos são aqueles cujo objeto pode ser plenamente dividido e cujos titulares são identificáveis. Não existe vínculo jurídico ou relação jurídica na origem, ligando-os. O que caracteriza um direito individual como homogêneo é a relação que se forma com a parte contrária. Decorre somente da lesão sofrida, e seus titulares podem buscar individualmente sua tutela judicial, pois “os direitos individuais homogêneos, como sua

própria definição legal indica, nada mais são do que direitos subjetivos individuais com um traço de identidade, de homogeneidade, na sua origem¹⁶⁸”.

Os direitos individuais homogêneos estão conceituados no Art. 81, da Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), vejamos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I–interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II–interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III–interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum¹⁶⁹.

Assim, os direitos individuais homogêneos são materialmente individuais, de modo que podem ser tutelados e que o objeto da ação pode ser diferente para cada indivíduo. A origem comum pode ser de fato ou de direito, por exemplo, as vítimas de um dano gerado por um mesmo fornecedor de serviços podem comparecer em juízo em épocas diferentes, de acordo com o dano sofrido, desde que a origem da ofensa seja comum. Distinguem-se do direito coletivo e difuso, embora transcenda ao direito meramente individual. São metaindividuais e decorrem de origem comum.

8. QUADRO COMPARATIVO

CATEGORIAS

Direitos coletivos
lato sensu

Direitos Difusos

DIFERENCIAÇÃO

Compreende as três categorias

- individualizado um grupo, categoria ou classe de pessoas com vínculos entre si ou com a parte contrária que se lhes seja atribuível como relação jurídica-base e tutelados nesta relação base como um todo.
- transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.
- têm como características a indeterminação dos sujeitos titulares – unidos por um vínculo meramente de fato–, a indivisibilidade ampla, a indisponibilidade, a intensa conflituosidade, a ressarcibilidade indireta.

CATEGORIAS

DIFERENCIAÇÃO

Direitos Coletivos
Stricto sensu

- titularidade abstrata e genérica de direitos individuais com características específicas que lhes atribuem prevalência de questões comuns.
- 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;
- transindividualidade real restrita;
- determinabilidade dos sujeitos titulares–grupo, categoria ou classe de pessoas–, unidos por uma relação jurídica-base;
- divisibilidade externa e a divisibilidade interna;
- disponibilidade coletiva e a indisponibilidade individual;
- irrelevância de unanimidade social e a reparabilidade indireta

CATEGORIAS

DIFERENCIAÇÃO

Direitos individuais
homogêneos

- superioridade no tratamento coletivo.
- decorrem de origem comum.
- possuem transindividualidade instrumental ou artificial.
- seus titulares são pessoas determinadas.
- seu objeto é divisível e admite reparabilidade direta, ou seja, fruição e recomposição individual.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, fruto da pesquisa bibliográfica, buscou apresentar considerações a respeito do processo coletivo, com ênfase nos direitos difusos.

Para compreender o tema, foi necessário pontuar, além dos direitos coletivos e individuais, o direito ao acesso à justiça. Observou-se que o acesso à justiça é um conceito que vem sendo ampliado ao longo dos tempos, e visa atender as demandas sociais.

Quanto à compreensão de como o acesso à justiça se confirma na prática, foi necessário o estudo das três ondas renovatórias, destacando que essas deram novas nuances não apenas ao acesso, como auxiliou na aplicação do direito.

A primeira onda previa a assistência jurídica aos pobres, que deveriam buscar atendimento em sistemas jurídicos implantados para resolver seus problemas. Esta, por mais que tivesse orientado

inovações, restou insuficiente para promover um amplo acesso à justiça.

A segunda onda de acesso surgiu para representar os direitos difusos e coletivos, desvinculando-se do processo individual, com a intenção de abranger um grande número de pessoas detentoras deste direito. Foi importante, mas também não resolveu todos os problemas em razão de vários motivos, dentre os quais, a falta de autonomia e especificação técnica dos órgãos encarregados da defesa dos direitos difusos e coletivos.

A terceira onda trouxe um novo enfoque, propôs mudanças nos procedimentos e na estruturação dos tribunais, como a conciliação e mediação como meios de resolução de conflitos com mais celeridade.

Já se desponta uma quarta onda, que deve propor novas formas de acesso à justiça para a sua efetividade, pois a sociedade contemporânea apresenta conflitos de massa que não conseguem ser solucionados com os institutos tradicionais do processo individual. É preciso buscar um processo que possa dar conta dos novos conflitos, que representam a preocupação com a tutela de direitos como saúde, educação, cultura, segurança, meio ambiente, entre outros, que são direitos de natureza fluída, atribuindo sua titularidade a todo e qualquer cidadão.

Concluimos que o acesso à justiça não garante apenas a solução de demandas individuais, como também autoriza a legitimação das demandas coletivas, e se certifica de outros meios para compor conflitos que não envolvem, necessariamente, a via judicial.

As Ações Coletivas têm o intuito de tutelar direitos que atingem a sociedade como um todo ou, ainda, determinados grupos devidamente organizados, desde que exista comunhão de situação de fato e de direito, justificando o tratamento coletivo do problema.

No prisma dos Direitos Coletivos, destacamos que o Brasil, através de dispositivos presentes no texto constitucional, além das outras importantes legislações ordinárias, conseguiu criar um efetivo sistema de proteção aos direitos da coletividade. Pode-se

dizer que, dentre a legislação que contempla os Direitos Coletivos, o Código de Defesa do Consumidor, além de trazer uma série de inovações, veio a interagir significativamente com a Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), ampliando a sua proporção a qualquer outro direito ou interesse difuso ou coletivo. Destarte, trouxe uma nova categoria de direitos da coletividade: os direitos individuais homogêneos, que possibilita a tutela judicial na esfera coletiva, dos danos pessoalmente sofridos, de cada indivíduo envolvido na demanda coletiva.

Os direitos coletivos podem ser classificados como: direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. O Direito Coletivo, como o próprio nome induz, abrange à coletividade.

O direitos difuso, abrange um numero indeterminado de pessoas sem um vínculo comum de natureza jurídica. Caracterizam-se pela transindividualidade, indivisibilidade, indisponibilidade e indeterminabilidade dos titulares abrangidos por uma decisão judicial, que podem, ou não, estar ligados por circunstâncias de fato, ou seja, são aqueles cujos titulares são indetermináveis. Por exemplo, se um fornecedor apresenta uma publicidade enganosa (muito comum nos panfletos de supermercados, para atrair clientes¹⁷⁰), o caso é típico de direito difuso, pois o anúncio sujeita toda a população a ele submetido. Assim, de forma indiscriminada e geral, todas as pessoas são atingidas pelo anúncio enganoso.

Outro exemplo, muito comum, veiculado nas mídias, é a propaganda a respeito de formulas de medicamentos que emagrecem sem comprometimento à saúde. Seria um caso de enganação tipicamente difusa, pois é dirigida a toda a comunidade, pois todos sabemos que para o emagrecimento saudável a pessoa necessita de acompanhamento por profissionais habilitados.

Quanto aos direitos coletivos, os titulares do direito também são indeterminados porém determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo, não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse

titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo.

Os direitos coletivos *stricto sensu* se distinguem dos direitos difusos pela determinabilidade de seus titulares, que são os grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base, que preexiste ao fato ilícito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Forense, 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BOBBIO, Norberto, 1909- **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. São Paulo: Editora Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Lei nº 6938/81. Disponível em :<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> acesso em 01/dez/2019.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época**. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 150.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito na História: Lições Introdutórias**. 2ª ed. Rev. Editora Max Limonad, 2002.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**, 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio Ambiente, Consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ–Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: http://files.camolinaro.net/200000611-9669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST_1988.pdf. Acesso em 03/dez/2019.

MAZZILLI. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 15^a.ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Recurso Extraordinário 669.069/MG. Plenário. Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 03 de fev. de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 798.434/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 19 de abr. de 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1505116&num_registro=201502491052&data=20160525&formato=PDF>

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR, Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-sentenca-constitutiva-e-execuca-o-forcada/>>. Acesso em 03 jan. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A Prescrição nas Ações de Improbidade Administrativa (Artigo 23, I, II, e III da Lei n.8.429/92)*. Revista Jurídica ESMP-SP, V.13, 2018, p. 74.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, JUNIOR, Luiz Manoel Gomes e FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429, de 02 de junho de 1992*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

[132] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense–UNIPAR. valeriarangel.adv@gmail.com

[133] DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52

[134] BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.77

[135] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

[136] CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31 e seguintes.

[137] *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34. 139

[138] BRASIL, *Constituição Federal de 1988*, Art. 5º.

[139] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 289-290.

[140] Candido Rangel Dinamarco (2009, p.107)

[141] Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.107)

[142] Dinamarco, 2009, p.315

[143] Misael Montenegro Filho (2010, p.43)

[144] NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362/364. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-constitucional/quais-sao-os-direitos-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao-denise-cristina-mantovani-cera>. Acesso em: 02/dez/2019.

[145] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2015, p.577

[146] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 53

- [147] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. p.96
- [148] CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31 e seguintes.
- [149] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24
- [150] CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31 e seguintes
- [151] Mazzilli, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo.(2009, p. 50).
- [152] LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito na História: Lições Introdutórias. 2ª ed.Rev. Editora Max Limonad, 2002, p.206
- [153] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. P.95
- [154] CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 150
- [155] MANCUSO, Rodolfo Camargo. Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir, 2013, p. 153.
- [156] ANDRADE, A.; MASSON, C; ANDRADE, L., 2017, p. 4.
- [157] LEI Nº 6.938, De 31 de Agosto DE 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em 03/dez/2019.
- [158] BRASIL. Constituição Federal de 1988, Art. 129.
- [159] BRASIL. Constituição Federal de 1988, Art. 225.
- [160] MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses. 25ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 54-55.
- [161] Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90.
- [162] MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 2009, p. 61.
- [163] MAZZILLI, 2014, p. 29.
- [164] STF, RE 163.231, j. 26.02.1997, rel. Min. Maurício Correa, DJ 29.06.2001.
- [165] BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. A filosofia política e as lições dos clássicos, 1992, p. 508

[166] MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses difusos e coletivos. 2014, p.29.

[167] MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 41.

[168] ANDRADE, A.; MASSON; ANDRADE, L., 2017, p. 28.

[169] BRASIL, Lei nº 8078 de 11/09/1990- Código de Defesa do Consumidor. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 03/dez/2019 .

[170] Comumente uma prática do comércio fazer uma nuncio de um produto, e quando o cliente procura, é informado de que o estoque acabou.