

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Adriano Cesar Braz Caldeira

LITISPENDÊNCIA ENTRE AS DEMANDAS COLETIVAS

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2008

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Adriano Cesar Braz Caldeira

LITISPENDÊNCIA ENTRE AS DEMANDAS COLETIVAS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor e livre-Docente Sérgio Seiji Shimura.

SÃO PAULO
2008

BANCA EXAMINADORA

À minha amada esposa, Fernanda, pela compreensão ilimitada e pelos vários momentos em que tive de me isolar, e puni-la com isso, para que pudesse realizar essa parcela de um sonho profissional.

Ao nosso abençoado filho, João Pedro. Com apenas três anos de idade, ainda não tens idéia do que o teu sorriso é capaz. Dizem que enquanto alguns nasceram para ser gênios, outros nasceram para ser pai; pode até ser, mas prefiro entender que só estes descubrem o verdadeiro sentido da vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Pai, Arnaldo, que, por circunstâncias as quais não somos capazes de entender, em razão de nossa insignificância, não teve tempo de ver concluído esse meu trabalho. Que seja verdadeira a possibilidade de um reencontro.

À minha mãe, Tereza, sinônimo de coragem, força e fé.

Aos meus irmãos, Rodrigo e Cristiane, pelo companheirismo e incentivo constante;

De modo especial, ao meu orientador Professor Sérgio Shimura, exímio jurista.

Aos amigos, Rodrigo da Cunha Lima Freire, pelas mãos de quem tudo começou; José Marcelo Menezes Vigliar, profundo conhecedor das tutelas coletivas; Andréa Caraciola, Carlos Assis e Alexandre Lazzarini pelos constantes debates que muito contribuíram na construção desse trabalho.

Aos professores com quem convivi durante os dois anos de realização dos créditos: João Batista Lopes, Donaldo Armelin, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos.

RESUMO

O trabalho, que ora se apresenta, tem por objeto tratar de uma figura, objeto de constantes polêmicas na doutrina e na jurisprudência, qual seja, a litispendência entre as demandas coletivas e entre estas e as individuais.

Nada obstante tenhamos na bibliografia excelentes obras, cuidando da figura da litispendência entre estas espécies de demandas, fazem-no, salvo raras exceções, restritivamente com relação ao processo individual.

Entendemos que tratar do processo coletivo com olhos fixos nas regras de processo individual, data maxima venia, configura um erro.

O trabalho procura analisar quais são as demandas verdadeiramente coletivas e, assim, encontramos a Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção Coletivo, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação de Improbidade Administrativa.

Procura analisar de modo prévio as questões da legitimidade, do conceito de parte, da formação interna das demandas (partes, pedido e causa de pedir), os efeitos decorrentes da decisão, para que, ao final, possa tratar do tema principal. Conclui que existem dois critérios de configuração da litispendência entre estas figuras: um, tradicional, que se verifica quando da presença dos mesmos elementos internos da demanda; outro que leva em consideração a identidade de pretensão, ainda que distintos alguns dos elementos internos.

Observa ainda que, diferentemente do que se verifica na litispendência entre demandas individuais, entre as demandas coletivas, o processo não deve ser extinto, mas reunido, em razão da eventual amplitude, como pode ocorrer com a causa de pedir, e como forma de negar ao titular da outra demanda a liberdade do acesso à justiça.

Palavras-chave: litispendência - ações coletivas - ações individuais - identidade de pretensões.

ABSTRACT

This essay has as purpose a legal institution that is subject of frequent controversies amongst law scholars and case law, to wit, *lis pendens* between collective actions, and between the latter and individual ones.

In spite of the existence of excellent works mentioned in the bibliography hereof on *lis pendens* among such kinds of actions, they are very limited as regards individual actions.

We understood that dealing with collective action complying with merely and strictly those rules applicable to individual lawsuits is a mistake, with all due respect.

This paper aims at analyzing which are those actions that may be considered as collective indeed. Thus, Civil Public Action, Popular Action, Collective Mandamus, Collective Injunction Order, Direct Unconstitutionality Action, Action for Declaration of Constitutionality, Argumentation of a Basic Principle Breach, Action against Dishonesty in Administration.

This paper carries out a preliminary analysis of issues like legitimacy, the very concept of party, the internal formation of lawsuits (parties, claim, and cause of action), the effects resulting from the decision, so that the main issue may be eventually dealt with.

It is concluded that there are two criteria of setting *lis pendens* between those institutions: one of them, traditional, characterized whenever the same internal elements of a lawsuit are present; another, that takes into account the claim's identity, although some internal elements may be different.

This thesis points out further – contrarily from what is observed in *lis pendens* for individual actions – that in collective actions the lawsuit should not be dismissed, but rather gathered together, by virtue of a possible higher extent thereof, as it can occur with the cause of action, and as a way of preventing the other action's holder's free access to the Judiciary.

Key words: *lis pendens*, collective actions, individual actions, claim's identity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DIREITO PROCESSUAL COLETIVO	15
2.1	CONCEITO E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSO COLETIVO	15
2.2	ESCOPOS DO PROCESSO COLETIVO	23
2.2.1	Escopo Social	25
2.2.2	Escopo Político	27
2.2.3	Escopo Jurídico	30
2.3	FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO COLETIVO	33
2.3.1	Processo coletivo e Estado Democrático de Direito: a participação como elemento de realização da justiça	38
2.3.2	Processo coletivo e segurança jurídica	44
2.3.3	Processo coletivo e acesso à Justiça	45
2.3.4	A autonomia do processo coletivo	50
3	DAS DEMANDAS COLETIVAS	54
3.1	AÇÕES OU DEMANDAS COLETIVAS?	54
3.1.1	Conceito e características das demandas coletivas	56
3.2	INTERESSE DIFUSO, COLETIVO E INDIVIDUAL HOMOGÊNEO	63
3.2.1	Interesse público e privado	66
3.2.2	Interesses difusos	68
3.2.3	Interesse coletivo	72
3.2.4	Interesse individual homogêneo	74
3.3	AS ESPÉCIES DE DEMANDAS COLETIVAS	77
3.3.1	Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin)	80
3.3.2	Ação declaratória de constitucionalidade (ADEcon)	88
3.3.3	Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)	93
3.3.4	Mandado de segurança coletivo	98
3.3.5	Mandado de injunção coletivo	102
3.3.6	Ação popular	106
3.3.7	Ação civil pública	109
3.4	A LEGITIMAÇÃO NAS DEMANDAS COLETIVAS:	115
3.4.1	Conceito de legitimidade	115
3.4.2	Legitimidade e capacidade	118
3.4.3	Legitimidade ad causam	120
3.4.3.1	Legitimidade ad causam e mérito da demanda	124
4	ELEMENTOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS DEMANDAS COLETIVAS	147
4.1	JUSTIFICATIVA	147
4.2	CONCEITO DE ELEMENTOS DA AÇÃO	148
4.3	A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DA TRÍPLICE IDENTIDADE	151
4.4	PARTES	156
4.5	PEDIDO	164
4.5.1	Conceito	166
4.5.2	Identificação do Pedido	167
4.5.3	O pedido nas demandas coletivas	176

4.5.4	Possibilidade de relativização do princípio da congruência nas demandas coletivas	184
4.6	CAUSA DE PEDIR	192
4.6.1	Conceito	192
4.6.2	Teorias da substanciação e da individuação	196
4.6.3	A causa de pedir nas demandas coletivas	201
5	LITISPENDÊNCIA ENTRE AS DEMANDAS COLETIVAS	208
5.1	CONCEITO DE LITISPENDÊNCIA	208
5.2	INÍCIO DE CONFIGURAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA	211
5.3	A INSUFICIÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 301, PARÁGRAFOS 2.º E 3.º DO CPC PARA CONFIGURAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA, SOBRETUDO EM RELAÇÃO ÀS DEMANDAS COLETIVAS	218
5.4	CONEXÃO	231
5.5	CONTINÊNCIA	235
5.6	LITISPENDÊNCIA E OS EFEITOS DA DECISÃO	239
5.7	LITISPENDÊNCIA ENTRE DEMANDAS COLETIVAS (AÇÃO CIVIL PÚBLICA, POPULAR E DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO)	250
5.8	Litispendência entre as demandas de controle de constitucionalidade. (adin, adecon, ADPF)	257
5.9	LITISPENDÊNCIA ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS	261
6	CONCLUSÃO	271
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	275

1 INTRODUÇÃO

A dificuldade sentida em encontrar na doutrina, e ainda, na jurisprudência, uma idéia de litispendência entre as demandas coletivas, e depois, entre estas e as chamadas demandas individuais, nos impulsionou a desenvolver o presente trabalho.

Destinado a obtenção do título de Mestre em Direito, mais especificamente na área de Direito Processual Civil, visa não só apresentar respostas a um problema, mas provocar discussões sobre o tema.

O desenvolvimento do Direito Processual como ciência, exige um processo de depuração de seus conceitos e, a conseqüente revisão de institutos que se mostram desgastados.

A concomitância entre as demandas se mostra como um desses casos. Relegado á segundo plano, o estudo de figuras como a litispendência, a conexão e a continência de causas, apesar de objeto de um ou outro estudo, não recebeu uma atenção continua.

A evolução social e, porque não dizer, as revoluções sociais, implicaram num maior exercício das liberdades, na busca por uma maior igualdade.

Como bem anota Gustav Radbruch “cada época que surge de novo na história não hesita em retirar sempre os factos, que até então se achavam impregnados de

valor, a sua essencialidade, em erigir à altura de novas valorações factos que eram considerados até esse momento indiferentes.”¹

O papel do direito, e sobretudo do estudioso do direito, é acompanhar esse processo evolutivo e buscar incessantemente aperfeiçoar seus instrumentos e, na ausência, criá-los.

O presente trabalho é por isso ousado. Mas, acredita-se, que melhor será pecar pelo anseio do acerto, do que se acomodar diante da defasada estrutura de nosso processo.

Como anotado no corpo do presente texto, a reestruturação do processo, como instrumento de realização dos valores sociais, exige mais do que boa intenção, exige, mudança de mentalidade.

Pois bem.

Visando a sistematização do tema, procurou-se estabelecer determinadas premissas que pudessem sustentar a conclusão final.

Assim, o primeiro capítulo fica destinado à verificação da insuficiência das regras do processo civil individual para solucionar conflitos de massa.

A posição do direito processual coletivo no cenário jurídico, a depuração de seu conceito, sua fundamentação constitucional, ladeado pelos princípios como resultado

¹ RADBRUCH, Gustav. A filosofia do direito. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974. Tradução de L. Cabral de Moncada. p 246-247.

dos valores sociais impostos pela própria sociedade, os escopos do processo coletivo, sua autonomia.

No segundo capítulo, busca-se analisar as características que marcam os denominados interesses coletivos, direito difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo. As espécies de demandas coletivas igualmente foram objeto de estudo no segundo capítulo. O que as caracteriza, o que as aproxima e as distancia, quem são os legitimados a promovê-las e, como se classifica tal legitimidade.

O terceiro capítulo fora destinado à verificação dos elementos internos de formação da demanda, Partes, Pedido e Causa de Pedir. Teriam estes elementos o mesmo espaço e a mesma importância que possuem nas demandas individuais? A identificação das demandas coletivas exige a análise desses mesmos elementos, ou pode se dar por outro critério?

Não temos dúvida de que o estudo dos elementos de individualização das demandas possuem absoluta relevância também frente às demandas coletivas. Contudo, a leitura dessas figuras sofre, invariavelmente, um processo de desoxidação. Exige leitura específica, considerando as realidades que cercam as demandas coletivas, os princípios envolvidos, os valores sociais presentes, permitindo, inclusive, maior flexibilização na sua interpretação.

O quarto e último capítulo se destina ao objeto principal da dissertação.

Versa sobre a concomitância entre as demandas coletivas e, entre estas e as individuais.

O que é a litispendência, quando têm início, a insuficiência das determinações contidas no Código de Processo Civil, as idéias contidas nos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, a idéia de conexão e continência nas demandas coletivas.

Toda essa análise crítica de figuras antigas na estrutura do processo civil, mas que não receberam a atenção que merecem quando relativas às demandas envolvendo conflitos de massa, recebem uma análise crítica, que mais procura suscitar questionamentos do que responder indagações, o que não permite dizer tenhamos fugido desse compromisso.

A análise da litispendência fora dividida em três tópicos, apenas como forma de facilitar a compreensão.

No primeiro dos sub-tópicos, verificou-se a litispendência restritivamente entre demandas coletivas (Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo e Improbidade Administrativa); as demandas coletivas destinadas ao controle da constitucionalidade das normas recebeu sub-tópico específico (Adin, Adecon, ADPF e Mandado de Injunção).

Por fim, restou verificada a polêmica possibilidade de litispendência entre demandas coletivas e individuais.

Observa-se que nem tudo que se coloca no campo das demandas individuais, de fato o é. É o que se dá com demanda promovida por um único cidadão, pleiteando

que empresa de telefonia cesse a cobrança da tarifa de assinatura, o que em verdade possui natureza coletiva.

Esclarece-se ainda neste último capítulo, que o artigo 104 do CDC, vedando a ocorrência de litispendência entre demandas coletivas e individuais, não está aludindo às demandas em que se tem por objeto direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, mas tão somente aquelas demandas sobre direitos individuais homogêneos.

Ao final conclui-se pela possibilidade de ocorrência de litispendência seja entre as demandas coletivas, desde que haja entre elas identidade de pretensões, ainda que eventualmente distintos alguns de seus elementos internos, tais como parte ativa (processualmente considerada) e causa de pedir, o que se justifica em razão da amplitude da interpretação dessas figuras.

Quanto à concomitância entre demandas coletivas sobre direitos individuais homogêneos e as individualmente propostas, conclui-se pela possibilidade de haver tanto a continência quanto a litispendência, dependendo do momento em que for uma e outra proposta, apresentando como consequência a reunião ou a suspensão das demandas obedecendo as hipóteses conclusivas.

Esperamos que o presente trabalho tenha cumprido minimamente com o seu papel não de solucionar mas de provocar indagações.

2 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

2.1 CONCEITO E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSO COLETIVO

O estudo dos rumos e dos limites de um instituto passa, inexoravelmente, pela verificação dos seus contornos conceituais. Conceituar ou mesmo revisar os elementos de caracterização de um determinado instituto jurídico faz parte de sua própria cientificidade², indispensável à sua, igualmente necessária, sistematização.

Enganam-se aqueles que aludem ser o ato de conceituar ou depurar conceitos, já estabelecidos, mero ato acadêmico, sem qualquer relevância de ordem prática. Ao contrario, permite estabelecer as verdadeiras premissas de um instituto, suas finalidades e seus limites, de modo a aproximar a verdade formal da verdade real. Esta última deve, verdadeiramente, ser perseguida pelo processo civil, não devendo se contentar apenas com aquela.³

O direito processual civil e, mais modernamente, o coletivo, por constituírem ramos autônomos da mesma ciência e, sobretudo, instrumentos de realização das necessidades sociais, que se mostram cada vez mais dinâmicas, carecem dessa constante revisitação sob pena de não atenderem aos fins para os quais foram constituídos.

² Nesse sentido a manifestação de JHERING, Rudolf Von. A finalidade do direito. Traduzido por Heder K. Hollmann. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo 1, p. 290. Diz o autor que “a ciência também se acha condenada à eterna busca. Entretanto, esta busca não é meramente um procurar, mas um constante encontrar”.

³ Em momento oportuno (no tópico destinado ao estudo da garantia do acesso à justiça e às demandas coletivas) iremos abordar tal questão com mais vagar.

É bem certo, também, que analisar o conceito e mesmo as estruturas formais de um instituto, como o processo, não se justifica, se apenas permanecer no plano acadêmico sem voltar-se aos fins pragmáticos a que se destina.

Nesse sentido, é clássica a lição de Benedito Hespánha, quando afirma que “os conceitos, os princípios e os institutos pouca ressonância científica teriam, se não houvesse qualquer possibilidade de viver concretamente nas relações jurídicas da vida social.”⁴

A busca incessante por um processo efetivo e, sobretudo, a necessidade de um instrumento de realização dos valores sociais que cumpra com o seu papel de modo adequado, tem sido a mola propulsora das constantes pesquisas nesse sentido.

Essa exigência tem levado o legislador a implementar constantes reformas na legislação processual, como se fosse esse o problema da sua inefetividade, deixando de lado, talvez, a mais relevante das questões, o verdadeiro significado das disposições processuais, que se segue ainda pela questão do papel dos juízes na efetivação dos direitos, e as possibilidades de se evitarem decisões desencontradas, além da própria estruturação do Poder Judiciário.

De que adianta aprimorarmos as disposições legais sobre a litispendência, conexão, continência, determinando a reunião dos processos semelhantes, se nem ao menos existem condições estruturais de se detectar a existência desses processos?

⁴ HESPANHA, Benedito. Tratado de teoria do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 2, p.1255. Ver ainda, nesse mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco. Reafirma esse processualista, o fato de não mais se justificar o estudo dos conceitos do processo

Qual o significado de se aprimorarem as regras relativas ao processo coletivo, de se incentivar a sua utilização, se nem mesmo a estrutura do próprio judiciário está preparada para resolver questões de massa?

Contudo é preciso não desanimar. A busca incessante por mecanismos mais eficazes de resolução dos conflitos sociais, sem perder de vista a necessidade de uma adequada estrutura jurisdicional não é papel só do cientista jurídico, mas também de todos aqueles que atuam na administração do processo.

Não se está com isso afirmando que a legislação não carece de reparos, muito pelo contrário, mas que tais reparos devem ser realizados de modo tal que coincidam com a reestruturação da própria máquina jurisdicional.⁵

Outra questão que carece de revisitação no bojo da análise do conceito de processo coletivo é, sem dúvida, a idéia de que processo não passa de instrumento de satisfação do direito material.

Na verdade, esse instituto deve ser lido, de modo mais adequado, como instrumento de realização dos valores sociais.⁶ É certo que os valores sociais extrapolam os limites do próprio direito material, não se permitindo fique o processo

“destituídos de endereçamento teleológico.” A instrumentalidade do processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

⁵ O tema da observância dos escopos do processo será mais bem analisado no campo destinado exclusivamente a esta questão.

⁶ É preciso consignar a posição do professor José Frederico Marques no sentido de afastar por completo a idéia de processo como instrumento de serventia ao direito material. Manual de direito processual civil. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 2. ed, São Paulo: Millennium, 2001. v. 1, p. 40. De acordo com esse saudoso jurista, sempre digno de nossa admiração e lembrança, “a finalidade das normas processuais é regular a composição do litígio, a fim de ser dado a cada um o que é seu.”

atrelado somente a esta gama de interesses, devendo, como assevera doutrina de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁷ servir efetivamente aos interesses socialmente relevantes.

Essa observação se mostra necessária, nada obstante se saiba que a doutrina, e o otimismo nos leva a crer nesta hipótese, ao afirmar que o processo é instrumento de realização do direito material, está se referindo de modo mais amplo aos próprios valores sociais.

Nesse mesmo sentido são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco:⁸

a negação da natureza e objetivo puramente técnico do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina,

Nessa quadra de valores sociais dinâmicos, e cada vez mais, envolvendo interesses de massa, surge a figura do processo coletivo. Tradicionalmente, o processo coletivo vem sendo tratado pela doutrina como mero apêndice do processo civil, um novo capítulo do processo civil individual.

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. 2. ^{ed.} São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65. Ainda sobre a influência da realidade social da formação e desenvolvimento do processo, ver texto de BIDART, Adolfo Gelsi. Princípio del realismo procesal. Revista de Processo, São Paulo, v.41, 1986.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 23.

Não raras vezes, como noticia a doutrina de Gregório Assagra de Almeida,⁹ encontramos obras e trabalhos científicos publicados com o título de direito processual civil coletivo, ou ações coletivas, sem ao certo definir os limites de atuação desse novo ramo do direito processual ou ainda, os limites precisos que o distancie do processo civil individual.

Com isso, poder-se-ia pensar que a nomenclatura que se atribua ao instituto, sendo esta ou aquela, em nada influirá na efetividade de suas disposições. E essa afirmação é de fato correta. Todavia, o aperfeiçoamento científico dos institutos jurídicos tem apenas início, nos parece, com a verificação de seus adequados conceitos que permitirão encontrar seus limites e as características de sua especificidade.

Quer-se ainda acreditar que esta parcela da doutrina esteja se valendo do indicativo “civil” como forma de esclarecer que o processo coletivo não pertence ao campo penal, mas ao civil, em absoluta obediência ao binômio que cerca a divisão da atividade jurisdicional, penal e civil, pertencendo a esta tudo que não for de natureza penal.

Nessa quadra de idéias, considera-se o direito processual coletivo como ramo autônomo, onde, sobretudo os princípios recebem leitura específica, destinada à verificação e efetivação dos interesses metaindividuais.

⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15 e ss.

Gregório Assagra de Almeida assim conceitua o direito processual coletivo:¹⁰

“É o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional, cujas normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa do processo coletivo e a coisa julgada, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social.”

Adequada a conceituação apresentada por esse doutrinador, exatamente porque estabelece de modo suficiente os limites desse ramo do processo.

Outrossim, o processo coletivo deve ser entendido como ramo autônomo do direito processual, não podendo ser confundido com o processo civil individual, nem considerado mero apêndice seu; de natureza constitucional, pelo fato de que suas raízes lá se encontram.

Como já tivemos a oportunidade de anotar em outro escrito, o processo coletivo possui suas próprias raízes fincadas na Constituição Federal, não se valendo dela como simples fundamento.¹¹

¹⁰ Idem. p. 22.

¹¹ CALDEIRA, Adriano. Aspectos processuais das demandas coletivas. São Paulo: Rideel, 2006. p. 20.

Contudo não aceitamos a afirmativa de que no processo coletivo, sobretudo naqueles casos de interesses difusos e coletivos (strito sensu) sejam os sujeitos completamente indeterminados.

Em nossa singela visão, o que será aprofundado no capítulo destinado ao estudo da legitimação dos sujeitos do processo coletivo, os motivos que levaram à criação e determinação das regras atinentes a essa forma de processo são outros.

O processo coletivo se destina à proteção de direitos que não podem ser defendidos individualmente, em regra, seja por questões econômicas, culturais e até de melhor adequação estrutural.

Não se pode, contudo, perder de vista que igualmente serve o processo coletivo à proteção de direitos individuais homogêneos. Estes não possuem características essenciais de demanda coletiva, mas se valem desse instrumento por aquelas mesmas razões já exaradas acima.

Assim também, aqueles direitos nos quais apenas uma pessoa aparece como diretamente beneficiada, na verdade possuem expressão social. É o que se verifica com a proteção ao direito de um único idoso a receber adequado tratamento médico-hospitalar, ou de uma criança a ter seu direito à vaga em escola pública garantida.

Entende-se, portanto, o processo coletivo como sendo o instrumento de proteção dos direitos coletivos (strito sensu) difusos, individuais homogêneos e dos direitos potencialmente coletivos, visando uma proteção efetiva de tais direitos.

Tem ainda razão a doutrina de Rodolfo Camargo Mancuso, quando afirma que o primeiro passo para se ter a clara idéia conceitual do processo coletivo é não confundi-lo com as demandas universais, sejam em relação aos bens, como na hipótese do processo sucessório de vários bens, ou ainda quanto à universalidade de sujeitos, como na hipótese de litisconsórcio.

Nesse sentido, afirma doutrina de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes que “o fenômeno, conhecido como litisconsórcio, seja ativo, passivo ou misto, é típico do processo individual, na medida em que significa a mera cumulação de demandas singulares.”¹²

Desse modo, as principais características do processo coletivo são: a) a massificação do direito em pauta. Nesta esteira, pertencendo a titularidade do direito material a uma gama de indivíduos que inviabilize a sua proteção, de outro modo, seja por pertencer a grupos, a um número indefinível de sujeitos, ou mesmo que definível esse número, porém, em quantidade que inviabilize a proteção individualizada, deverá ser tal direito protegido por meio do processo coletivo.

São, ainda, direitos que, por razões econômicas ou sócio-culturais, serão mais adequadamente protegidos por entidades ou órgãos de representação e não pelo seu próprio titular; b) outra característica que marca o processo coletivo são os efeitos de seu resultado.

¹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. p. 23-24.

Estes atingirão também uma gama de indivíduos que nenhuma outra espécie de processo teria condições de fazê-lo. Os reflexos da decisão proferida no processo coletivo pesam sobre todos aqueles indivíduos que de algum modo de inserem nas condições do direito material pleiteado, e nos limites processuais traçados para esta espécie de demanda.

2.2 ESCOPOS DO PROCESSO COLETIVO¹³

Escopo, originário do termo grego *skopós*, indica tradicionalmente, o objetivo, o intuito, o propósito a ser atingido.¹⁴ Desse modo, fala-se aqui em escopo do processo coletivo exatamente com fins a determinar qual a finalidade, o objetivo, o intuito desse novo ramo do direito processual brasileiro.

A paz social. Esse o fim do processo, e mais amplamente do próprio direito, que comumente se observa nos manuais de direito processual.

Contudo afirmar ser a paz social o alvo maior a ser angariado pelo processo ou mesmo pelo direito nos parece, data maxima vênia, àqueles que assim pensam, demasiadamente frágil.¹⁵

¹³ No presente tópico, procurar-se-á com base na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, instrumentalidade do processo, adaptar o que o autor denomina de escopos da jurisdição, ao processo por entendermos ser igualmente possível e adequado.

¹⁴ MICHAELIS. Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2000. p. 854.

¹⁵ José Roberto dos Santos Bedaque igualmente afirma que “... parece correto afirmar que o direito processual, como ramo do direito, não tem por objetivo apenas a paz social, mas o acesso efetivo a valores jurídicos:” valendo-se da posição de Eduardo Couture, conclui: “paz social legítima é aquela obtida segundo os valores jurídicos da sociedade.” Direito e Processo. 60.

Não se está, com esta afirmação, negando que o processo tenha de fato como finalidade maior, pacificar os conflitos sociais, mas, que o processo possui outros fins a serem igualmente atingidos. São certamente escopos menores que aquele, mas que estão na sua base, sem os quais a almejada paz social jamais será atingida.

O atingimento dos fins sociais, políticos, econômicos, jurídicos, inclusive educacionais pelo processo efetivamente aplicado é que permitirá ao final a realização daquele bem maior.¹⁶

Assim, como já afirmado no tópico anterior, quando observada a relevância do estudo sistemático e pragmático dos significados e conceitos jurídicos, mais especificamente do processo coletivo, objeto do presente estudo, caracteriza-se como instrumento de realização dos valores socialmente relevantes.

Neste contexto, poder-se-ia trazer à baila a manifestação de Felix S. Chen quando, tratando da crítica jurídica, afirma que *“la descripción jurídica es ciega sin la luz orientadora de una teoría de los valores.”*¹⁷

Apesar de manifestar-se em relação ao direito e não especificamente ao processo, nada impede que se relacione tal assertiva aos escopos do processo, sobretudo aquele destinado à proteção de interesses metaindividuais.

¹⁶ Sobre os escopos do processo e sua instrumentalidade ver, por todos, obra de DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. p. 149 e ss. Ainda sobre o escopo do processo, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 3. ed, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58.

¹⁷ CHEN, Felix S. El método funcional en el derecho. Traduzido por Genaro R. Carrió. Bueno Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 135.

2.2.1 Escopo Social

Como salienta doutrina de J. J. Calmon de Passos, o fato de se estar inserido em um sistema positivista impõe ao intérprete e ao aplicador do direito a necessidade de se considerar os limites ali estabelecidos.

Contudo tais limites cedem espaço para interpretações de suas disposições, mesmo que abstratas, no sentido de permitir um processo de adaptabilidade de seu conteúdo aos anseios sociais.

Completando seu raciocínio diz esse processualista que “assim deve ser porque tudo quanto lhe é imposto como indiscutível foi produzido pelos homens, com vistas a lograr certos resultados que elegeram, atendendo a razões postas como justificadoras de suas decisões.”¹⁸

Assim, o processo coletivo visa, substancialmente, não só regular conflitos de massa já ocorridos, mas igualmente informar a sociedade dos limites de convívio social entre seus indivíduos.

Como salienta a doutrina de Cândido Dinamarco¹⁹, a educação é, sem dúvida, uma das premissas básicas para a efetiva realização do processo.

Continua esse processualista da USP dizendo que, ofertando o Estado um Judiciário adequadamente estruturado, capaz de apresentar respostas satisfatórias aos

¹⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 07.

¹⁹ DINAMARDO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.164.

anseios sociais, permitirá uma alteração de comportamento dos indivíduos sociais onde o respeito aos direitos do outro e da própria coletividade, difusamente considerada, será certamente observado. Nesse sentido diz Giuseppe Chiovenda “que o processo é assim, convertido num instrumento de justiça nas mãos do Estado.”²⁰

A informação poderia ser vista, num primeiro momento, como escopo da jurisdição e não processo. Na verdade, não. Cabe igualmente ao processo essa função.

É no processo que deve o magistrado esclarecer às partes, sobretudo se levarmos em conta o fato de que, em muitos casos, para não dizer na grande maioria deles, estão sujeitos que desconhecem o funcionamento de um processo, da estrutura do judiciário, as custas dessa demanda, seu tempo, os vários instrumentos que têm à disposição para solucionar de modo alternativo o conflito em que se insere, etc.

Infelizmente nosso povo, independentemente da classe social, inclusive, desconhece e, o que é pior, teme o judiciário. E não poderia ser diferente, sendo natural que o desconhecido cause temor.

É preciso demonstrar aos indivíduos formadores da sociedade que, apesar de detentores de direitos, estes não serão protegidos de modo absoluto, devendo o direito de um ceder espaço ao direito de outro, quando provadamente este se caracterizar como de maior relevância e na proporção de suas necessidades.

A liberdade de possuir, por exemplo, não pode ser maior do que o direito social de viver em um ambiente despoluído. Se necessário for, caberá ao Estado, através do

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 2. ed. Tradução de

processo, neste caso o coletivo, impor limites ao exercício daquele direito de propriedade, quando não restarem devidamente respeitado o meio ambiente, as relações de consumo e todos os demais direitos de ordem metaindividual.

Salienta-se nesse tópico, ainda, que a função educativa e conseqüentemente social do processo coletivo se consubstancia em proporcionalizar não só a aplicação das regras e princípios jurídicos com fins à proteção de interesses que extrapolem os limites da individualidade, como igualmente exigirá que se coloquem na balança os próprios direitos envolvidos para que um possa ceder espaço ao outro.

Como assevera doutrina de Augusto Mario Morello,²¹ o conhecimento dos direitos é condição primeira para uma efetiva participação.

Ao processo, visto como a conjugação de procedimento e relação jurídica, compete instruir aqueles que dele participam. Essa instrução se faz perceber pela imposição da vontade do Estado, como veremos no tópico seguinte. É nesse momento que se mostra ao jurisdicionado quais são seus limites dentro de um Estado Democrático.

2.2.2 Escopo Político

O escopo político talvez seja aquele de maior intensidade dentre os que aqui serão analisados. O processo coletivo consegue permitir ao próprio cidadão a defesa

Paolo Capitanio. Campinas: BooleSeller, 2000. v.1. p. 57.

²¹ MORELLO, Augusto Mario. El Conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel;

de interesses que extrapolam, inclusive, seu próprio interesse particular. A utilização das ações, civil pública e popular, constitui, certamente, a maior expressão dessa influência.

Como ressalta sempre a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, certamente aquele que melhor conseguiu na doutrina especializada brasileira expressar a idéia dos escopos a serem atingidos pelo processo, “a organização e subsistência do Estado dependem do exercício do poder legítimo, por meios legítimos.”²²

Ainda com base nos ensinamentos desse processualista da USP, o escopo político relacionado por ele à jurisdição, e que aqui aproximamos do processo, se pauta sobre três pilares: poder, liberdade e participação.

O poder se mostra necessário, tendo em vista a indispensável prevalência da vontade do próprio Estado, o que ocorre também através da imposição dos resultados obtidos com o desenvolvimento do processo.

Quanto à liberdade, sua necessidade se prende ao exigido equilíbrio no exercício da força praticada pelo Estado, como bem anota Dinamarco “Poder e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter...”²³

WATANABE, Kazuo (Org.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 166.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 169.

²³ Idem, p. 168.

Por fim, a participação. Concluindo sua análise sobre os escopos da jurisdição, que ao nosso sentir não são distantes do processo, visto como instrumento de realização das necessidades sociais, Dinamarco alude à participação como elemento “de valor inalienável, para a legitimação do processo político.”²⁴ Sem participação equilibrada não se pode sequer falar em processo justo. A participação, seja ela dos sujeitos litigantes ou até mesmo do próprio juiz, que inegavelmente deve atuar no desenvolvimento equilibrado do processo, se constitui premissa fundamental para o atingimento da segurança jurídica, como veremos em tópico específico.

Vincenzo Vigoriti alude que “la partecipazione non è incompatibile con le premesse da cui muove l’organizzazione voluta dalla Costituzione repubblicana, ma anzi caratterizza un modo di essere della struttura politica, economica e sociale del Paese.”²⁵

Desse modo, mostra inegável a influência do processo no desenvolvimento e reestruturação social de um país.

A possibilidade de atuação do próprio cidadão na atividade jurisdicional do Estado, através da ação popular, por exemplo, é expressão maior dessa liberdade. Uma liberdade que se mostra real, efetiva.

O processo coletivo possui, assim, a característica de permitir que aquele, que antes era visto como insignificante, passe a ser visto, percebido e, com isso, provoque mudanças comportamentais no universo em que vive.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ VIGORITI, Vincenzo. Interesse collettivi e processo. Milano: Giuffrè, 1979. p. 4.

Foi sem dúvida, após a vinda de micro-sistemas como do código de defesa do consumidor, da criança e adolescente, do idoso, dos investidores de mercados de capitais, etc, que se passou a olhar e, sobretudo, a respeitar direitos que até então não eram percebidos. A possibilidade de se exigir a observância dessas normas impôs à sociedade uma mudança de mentalidade.

2.2.3 Escopo Jurídico

No primeiro tópico do presente escrito, aludindo sobre o conceito de processo coletivo, enfatizamos que, nada obstante seja o processo uma ciência jurídica, carece de aperfeiçoamento constante de suas definições, como forma de se conhecerem sua profundidade e seus limites. Necessário que assim se faça, sem, contudo, perder de vista sua finalidade primeira, qual seja, a resolução dos conflitos sociais.

O titular do direito ameaçado ou já agredido, seja ele individual ou coletivamente considerado, exige do detentor do poder jurisdicional, que, uma vez solicitada a sua tutela, o faça de modo seguro e célere.

O problema é que o ordenamento jurídico não consegue, por questões óbvias, acompanhar a evolução social, de modo a estabelecer norma expressa para todas as ocorrências.

Com isso, passa a ser função do juiz, analisar e, é insuficiente uma análise superficial, os contornos dos conflitos reais de maneira a pacificá-los suficientemente.

O processo coletivo surge assim, como um dos instrumentos, que permitirá uma real efetividade dos direitos sociais, ladeado por outras vias, como a mediação, arbitragem e as câmaras de conciliação.

A modificação da estrutura legal, não se mostra suficiente a tal fim. É necessária uma mudança de mentalidade, de consciência, de modo que permita perceber que os conflitos não estão mais restritos a indivíduos, salvo tradicionais exceções.

O processo, como ciência, não só permite, mas antes impõe aos seus gestores uma interpretação voltada à atualização das disposições procedimentais que foram constituídas em época em que os conflitos não envolviam massa.

A tão almejada efetividade do processo, como destinatário da pacificação com segurança dos conflitos sociais, só será possível com a conscientização de que a leitura das disposições legais e quando inexistentes, do próprio sistema jurídico, das experiências sociais e políticas, deve-se amoldar a uma nova forma de necessidade social e coletiva, somado esse processo mental, aí sim, a modernização da estrutura física do judiciário e readequação do próprio ordenamento se apresenta como um conjunto de regras dispostas a disciplinar o comportamento social.²⁶

²⁶ Não iremos adentrar questão que na doutrina se mostra polêmica, pois é a atividade criadora do juiz no processo interpretativo das normas, sobretudo na hipótese de lacunas e contradições do ordenamento. Ressalte-se que, por entender não ser relevante ao fim a que se destina o presente trabalho, não iremos aprofundar a questão do juiz legislador, nada obstante seja questão atual e que mereça estudo específico. Apenas para fins de esclarecimento, nossa posição coaduna com aquela apresentada por ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.1, p. 167 e ss.) ao afirmar que a jurisprudência surge como forma de releitura de dada situação jurídica previamente existente, utilizada pelo juiz como

Esse é o escopo jurídico do processo, onde sem perder de vista o mínimo de respeito à estrutura legal se permite ir além, readequando as regras e instrumentos a disposição desse fim.

Veremos que, apesar de possuir um conjunto de regras especificamente voltadas à solução de conflitos, envolvendo direitos sociais, considerando aqui os coletivos, individuais homogêneos, difusos e mesmo aqueles que apesar de pertencerem a um único indivíduo refletem sobre o seio social, sua aplicação encontra óbice na inadequada leitura das questões processuais que não seguiram o mesmo passo de evolução.

Como já tivemos oportunidade de tratar em outra obra,²⁷ o processo coletivo deve ser lido de modo específico, distante das disposições do processo civil individual, sob pena de não gerar o efeito que dele se espera. Com isso, quer-se afirmar que os escopos aqui arrolados, apesar de não pertencerem com exclusividade ao processo coletivo, recebem aqui importância ímpar.

fundamentação de suas conclusões. Em sentido contrário segue doutrina de CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 20. Igualmente afirmando ser criadora a atividade jurisdicional segue COUTURE, Eduardo. Interpretação das leis processuais. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 23.

²⁷ Aspectos processuais das demandas coletivas. São Paulo: Rideel, 2006. onde procuramos demonstrar, com base em sólida doutrina nacional e estrangeira, que o processo coletivo deve ter regras e princípios próprios que lhe permitem realizar adequadamente seus fins.

2.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO COLETIVO

A Constituição representa a espinha dorsal de um Estado minimamente organizado. Ausente este elemento, a anarquia impera de modo a impedir o surgimento e adequação dos instrumentos capazes de garantir os direitos fundamentais de um indivíduo social,²⁸ o próprio Estado arbitrário na visão de Jellinek.²⁹

Afirma esse clássico doutrinador sobre o conteúdo de uma Constituição que “comprende aquélla los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos.”

30

A Constituição Federal de um país, como anota doutrina já consagrada de Ferdinand Lassalle, se constitui em um conjunto de fatores reais de poder.³¹

Tais fatores reais de poder devem ser entendidos como situações eleitas pelos titulares dos direitos sociais e do poder social, o povo, ao longo de sua evolução histórica.

Uma dada sociedade é composta por pessoas, mas sobretudo, de pessoas inseridas em uma realidade única, composta de fatores históricos, culturais, ideológicos, que invariavelmente influem na caracterização de suas prioridades sociais. São essas

²⁸ Sobre a necessidade de uma Constituição como forma de organização de um Estado, ver trabalho clássico de FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de direito constitucional brasileiro. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 55.

²⁹ JELLINEK, G. Urruti. Tradução para o espanhol de Fernando De Los Rios. México: Continental, s.d. p. 413.

³⁰ Idem. P.435

³¹ A essência da Constituição, p. 29.

prioridades sociais, a vida, a liberdade, a segurança, a propriedade, um meio ambiente equilibrado, o acesso à justiça por meio de processo justo, desenvolvido em prazo razoável, que constituem a essência de uma Constituição.

Paralelamente a estes fatores reais de poder, verdadeiros valores socialmente relevantes, necessário dispor de instrumentos que garantam suficientemente a sua proteção.

A dinamicidade na renovação de tais fatores reais de poder em uma sociedade implica, de modo inexorável, exigência constante no aprimoramento das normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou não, relativas aos tais instrumentos.

Na verdade, o que determina a renovação constante das disposições infraconstitucionais é a releitura diuturna que se deve fazer das disposições constitucionais, amoldando-as às novas exigências sociais.

Sustenta Lassale, que é a Constituição de um país que determina como devem ser as normas infraconstitucionais, ou seja, representa o fundamento do ordenamento jurídico. Essa adequação das normas constitucionais aos novos paradigmas estabelecidos pela movimentação social se dá por meio de emendas à Constituição ou por meio de técnicas interpretativas.

Como anota doutrina de Otto Bachof,³² no exato momento em que as disposições de uma Constituição se chocarem com aqueles “direitos supraleais”, ou seja, direitos que precedem ao próprio Estado, tornam-se inválidas em razão do vício

da sua própria estrutura. Estes direitos que o autor denomina de supraleais correspondem aos fatores reais de poder, aludidos por Lasselle.

Ao longo do tempo, em um processo natural, o próprio legislador constituinte, preocupado com o aprimoramento das disposições constitucionais, procurando adequá-las às novas exigências sociais, incorpora em seu bojo tais valores. Foi exatamente o que se verificou com os conflitos de massa.

O surgimento dessas novas formas de conflitos, exigiu que a Constituição passasse a disciplinar novas formas de garantias aptas a protegê-los. Surge o processo coletivo como instrumento destinado a evitar, função inibitória, ou repará-los, função reparatória, a agressão aos direitos metaindividuais.

O processo coletivo não se constitui em instrumento meramente fundamentado na Constituição, mas com suas próprias raízes nela fincadas. Incluímos, portanto, o direito processual coletivo como espécie de direito constitucional processual, ladeado pelos princípios que daí emanam, e não de direito processual constitucional como já afirmado nos típicos anteriores.

Aquele, como assevera doutrina de Nelson Nery Jr. , indica “o conjunto de normas de Direito Processual que se encontra na Constituição”. Por outro lado, ainda com base nos ensinamentos desse processualista da PUC/SP, caracteriza-se o direito

³² BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 40.

processual constitucional pela “reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.”³³

Apesar de pertencentes à mesma ciência, se fundamentam, processo civil individual e processo coletivo, em princípios que, nada obstante se apresentem com a mesma nomenclatura jurídica, deverão receber uma interpretação diferenciada, quando da incidência sobre demandas coletivas.

Atenta a esta necessidade de proteção aos direitos coletivos, a Constituição Federal de 1988 encampou definitivamente a idéia e, sobretudo, a necessidade de estabelecer mecanismos aptos e específicos à sua proteção. Passou a determinar, em seu Título II, Capítulo I, os chamados “direitos e deveres individuais e coletivos”.

Na verdade, como anota obra de José Afonso da Silva,³⁴ o que se pretendia era estabelecer capítulo específico para os direitos coletivos na Constituição, o que infelizmente não restou acolhido.

Apesar de não localizado em capítulo próprio no corpo da Constituição, é certo que os direitos e garantias coletivas estão presentes no seu bojo. No próprio art. 5.º, XVI, é garantido o direito de reunião em locais públicos; no mesmo artigo, inc. XXI, é garantido o direito de associação; o inc. XXXII, constante no mesmo artigo, garante a defesa do consumidor; e o inc. LXX assegura o mandado de segurança coletivo.

³³ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processual civil na Constituição Federal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 20-21.

³⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 192.

Além da previsão no art. 5.^o, outras disposições constitucionais amparam os direitos coletivos. Assim, tem-se o disposto no art. 8.^o que garante a livre associação profissional; o art. 9.^o permite o direito de greve; no art. 102, I, a, temos a figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade; no art. 103, § 2.^o, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão; nesse mesmo artigo, § 4.^o, observa-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e a proteção ao meio ambiente no art. 225, e a própria súmula vinculante, prevista no artigo 103 A. Com base em todas essas situações, que estão longe de serem exaustivas, é possível notar o anseio do legislador constituinte em proteger diretamente os direitos coletivos.

A Constituição Federal de 1988, além de impor expressa e autonomamente a garantia aos direitos coletivos, como podemos notar nos exemplos citados no parágrafo acima, ainda garante seu exercício pleno, por meio dos princípios.

Assim, não se podem afastar dos direitos coletivos aqueles mesmos princípios constitucionais e processuais aplicados às disposições que garantem os direitos individuais, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a sentença justa, a coisa julgada, o acesso à justiça, o juiz natural, o promotor natural, etc.

O que restará anotado, no entanto, é que tais princípios informadores do processo recebem nova leitura, considerando a relevância do direito material envolvido. Desse modo, é necessário observarmos os limites que recaem sobre o processo coletivo.

Devido à importância da aplicação de tais princípios, passemos a observar, mesmo que brevemente, a relação existente entre estes e as ações coletivas.

2.3.1 Processo coletivo e Estado Democrático de Direito: a participação como elemento de realização da justiça.

O tema da democracia representa objeto de altíssima relevância no cenário político, social e igualmente no jurídico. A sua abrangência e profundidade, inclusive histórica, nos impedem de irmos além daquilo que possa diretamente interessar ao objetivo do presente escrito, qual seja, analisar o papel do processo coletivo na estruturação e efetivação do real Estado Democrático de Direito.

Pois bem. Mas qual o significado de Estado Democrático que pretendemos empregar no presente escrito e qual o papel do processo coletivo na sua formação?

Falar de democracia, em primeiro lugar é falar de liberdade, as chamadas liberdades básicas na idéia de John Rawls.³⁵ Diz o autor que “a prioridade da liberdade significa que esse é o princípio primeiro da justiça.” A liberdade, no entanto, entendida isoladamente se mostra estéril, sem sentido, só se justificando quando representativa de valores sociais, que se mostram, já vimos, dinâmicos.

Pensar em democracia, portanto, não significa, como alude doutrina de Giovanni Sartori,³⁶ encontrar o sentido de um termo. É mais que isso, é assegurar a livre e efetiva participação dos indivíduos que a compõe, ofertando-lhes as respostas necessárias à pacificação das suas angustias sociais. Continua esse doutrinador

³⁵ RAWLS, John. Justiça e democracia. Tradução de Irene A Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 143 e ss.

³⁶ SARTORI, Giovanni. Teoria democrática. S.l.: Fundo de Cultura, s.d. p. 18.

italiano dizendo que “uma democracia existe somente enquanto seus ideais e valores são igualmente transformados em algo real.”³⁷

Conforme salienta doutrina de José Luís Bolzan de Moraes,³⁸ o Estado Democrático de Direito busca, valendo-se dos princípios consubstanciados no texto constitucional e nas regras de direito infraconstitucionais, a preservação do máximo de equilíbrio entre os indivíduos de uma sociedade. A manutenção da isonomia, como veremos logo abaixo, nas relações envolvendo sujeitos da sociedade, seja individual ou coletivamente representados, a obediência ao devido processo legal, ao contraditório, a garantia real e não apenas formal do acesso à justiça é, sem dúvida, função primeira do Estado Democrático.

Com relação, especificamente, à garantia do acesso à justiça, como forma de efetivar as disposições do Estado Democrático, se exige a criação e revisitação das disposições processuais, com fulcro a permitir a adequação desse instrumento destinado a servir aos litigantes, pacificando suas ansiedades sociais. O tema do acesso à justiça, no contexto do presente escrito, ganha contornos de relevância impar, de modo a exigir tratamento autônomo, o que será feito em tópico específico.

Indo adiante, é preciso considerar que a pacificação dos conflitos sociais de modo seguro, célere, efetivo e justo configura, por certo, um dos objetos do Estado Democrático. Para tanto, necessário garantir aos titulares dos direitos a serem

³⁷ Idem. p. 19.

³⁸ MORAES, José Luís Bolzan de. Do direito social aos interesses transindividuais – o Estado e o direito na ordem econômica, p. 74, apud ALMEIDA, Gregório Assagra de, Direito processual coletivo. P. 144.

protegidos e ao próprio juiz, como integrante dessa relação jurídica, uma participação equilibrada no processo.

O processo coletivo é sem dúvida, se não o único, um dos únicos instrumentos capazes de cumprir com todos estes objetivos. A evolução social de que tratamos por diversas vezes ao longo do presente escrito, traz consigo um fator que se mostra relevante nesse processo, a informação.

É sabido que o aperfeiçoamento dos meios de comunicação, que igualmente são de massa, implica, em razão do crescente descobrimento dos direitos, o aumento de demandas em juízo. Estas, sempre que possível, devem ser tratadas coletivamente, permitindo a participação efetiva da sociedade, sob pena de não se atingirem os escopos do processo, corroendo as estruturas do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido se expressa José Carlos Barbosa Moreira,³⁹ dizendo que a crescente participação dos órgãos públicos nas atividades da vida social é ocorrência marcante no advento do Estado social de direito.

Na hipótese do processo coletivo, face à supremacia dos interesses envolvidos, essa necessidade de atuação, não apenas do juiz, mas sobretudo dele, no atingimento do resultado que se espera do processo, se mostra sensivelmente superior ao processo civil individual.

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. Revista de Direito Processual, São Paulo, v. 37, 1985. p. 145.

Como anota doutrina de Enrique Vescovi “una de las consecuencias que derivan de la democracia “participativa” es la transformación del proceso, dando entrada, de alguna manera, a la Sociedad Civil en la prestación del servicio de Justicia.”⁴⁰

No âmbito dos instrumentos processuais de proteção aos direitos metaindividuais, aquele que representa pura manifestação da garantia da participação do individuo social no controle das atividades administrativas, é, sem dúvida a ação popular. Esta, que será alvo de estudo específico no segundo capítulo do presente trabalho, se destina ao controle de todo e qualquer ato administrativo que possa causar danos ao erário público, ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, artístico, paisagístico, tendo por legitimado exclusivo, equivocadamente nos parece, o cidadão.⁴¹

Os conflitos de massa exigem instrumento específico e atuação ativa e isonômica de todos os seus integrantes. O Estado democrático, como dito acima, possui duas premissas inabaláveis: liberdade e igualdade.

Vincenzo Vigoriti alude de modo consciente que a liberdade de participação popular na proteção dos direitos supraindividuais antes se amolda aos anseios do Estado democrático do que contraria seus fins.⁴²

⁴⁰ VESCOVI, Enrique. La participación de la sociedad civil em el proceso, la defensa del interes coletivo y difuso, lãs nuevas formas de legitimación. In Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Coordenado por José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 165.

⁴¹ Barbosa Moreira igualmente nos parece não concordar com a legitimação exclusiva do cidadão para propositura da ação popular. Tutela jurisdicional dos Interesses coletivos ou difusos. Repro, São Paulo, v. 39. 1985. p. 60.

⁴² VIGORITI, Vincenzo. Interesse collettivi e processo. Milano: Giuffrè Editore, Milano. 1979. p. 3 e ss.

Ovídio Batista da Silva já se manifestou sobre a relação entre a crise do processo, sobretudo o civil e o Estado democrático, apesar de ressaltar a inadequação de se generalizar. Chama a atenção o autor, para a necessidade de se voltar os olhos para esta crise processual de modo “realista”, buscando encontrar as suas razões e corrigi-las.⁴³ Um dos pontos a serem observados, exatamente aquele que pretendemos com o presente tópico, é se conscientizar de que o processo, manipulado com olhos no procedimento individualista, não mais atende às necessidades contemporâneas da sociedade.

Essa a relação entre processo coletivo e democracia. Talvez seja este o único instrumento capaz de permitir uma participação efetiva de todos aqueles que de algum modo possam contribuir para realização da justiça.

Outro elemento de integração entre democracia e processo coletivo é o necessário tratamento isonômico dos seus indivíduos. Não que a insonomia entre os indivíduos do processual dito individual não se mostre relevante, mas que no processo coletivo, face à distância que muitas vezes existe entre os titulares do direito material e o agressor desses direitos, influencia não apenas a atividade legislativa, como ainda de modo bastante contundente, na própria atividade processual. A legitimidade para o processo é exemplo do que se diz. Muitas vezes a proteção de direitos, que nem mesmo possuem contornos próprios de coletividade, como os individuais homogêneos, se permite realizar por órgãos de representação exatamente com fins a uma proteção equilibrada.

⁴³ SILVA, Ovidio Batista da. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada

A isonomia entre os sujeitos do processo, garantida desde a publicação da primeira Constituição brasileira em 1824, prevista no art. 5.^o, *caput* da atual Constituição Federal, determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Da obediência à disposição que garante a isonomia processual a todos que batam à porta do Estado-juiz, requerendo providências no sentido de pacificar o conflito ao qual se esteja envolvido, decorre a preservação dos princípios constitucionais que iluminam as disposições processuais.

Sabe-se que a exigência do tratamento isonômico de todos aqueles, que de alguma forma se inserem no processo, não significa um tratamento formal, ou seja, não se exige um tratamento igualitário na lei e sim em razão da aplicação da lei ao caso concreto.

Desse modo, é preciso tratar de maneira desigual os desiguais para que ao final tenhamos o equilíbrio desejado. É o que se observa nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, que permite a inversão do ônus da prova, das regras de competência, a flexibilização das disposições constitucionais, exatamente com a finalidade de equilibrar a relação processual.

A obediência aos ditames processuais específicos do processo coletivo visa à preservação da isonomia dos sujeitos envolvidos em conflitos coletivos. Se se permitisse a aplicação das regras individuais nas ações coletivas, salvo de modo

subsidiário, estar-se-ia diante de afronta ao princípio da isonomia e, por conseqüência, do devido processo legal, do Estado Democrático de Direito e, sobretudo, do efetivo acesso à justiça.

2.3.2 Processo coletivo e segurança jurídica

Esse tratamento isonômico entre os sujeitos envolvidos em conflitos de massa permite, por via reflexa, nos aproximarmos tanto quanto possível de outro princípio exigido para fortalecimento do Estado democrático, a segurança jurídica.

Ao pensar em segurança jurídica, num processo quase que automático, nos vem à mente a questão da coisa julgada, sobretudo na hipótese de sua flexibilização. Sem dúvida que se trata de uma situação real e das mais relevantes no estudo do processo. Mas relacionar segurança jurídica à coisa julgada é no mínimo um raciocínio superficial. Necessário ir além, e encontrar a real justificativa para que se possa pensar em um processo seguro.

A segurança jurídica que interessa no presente momento, relacionada ao processo coletivo, indica a necessidade não apenas de ofertar aos litigantes oportunidades de manifestação no processo, ou impedi-los de fazê-lo após o decurso de determinado espaço de tempo, mas, sobretudo, que a semelhança entre os direitos não admita decisões desencontradas, contraditórias.

Nessa linha, surge a doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier na qual sustenta que os direitos coletivos sem qualquer dimensão individual só podem ser defendidos por meio de ações coletivas, sob pena de ferir a necessária segurança

jurídica⁴⁴. Ousamos ir um pouco além, considerando ainda, como o faremos no capítulo principal do presente trabalho, que preservada a garantia de acesso à justiça ao sujeito individual de promover sua demanda isoladamente, mesmo que exista ação coletiva tratando do mesmo tema (art. 103, par. primeiro, do CDC), deverá o juiz, inclusive de ofício, suspendê-las com fundamento na litispendência, quando o indivíduo tiver optado pelo mesmo procedimento e pleitear objeto idêntico àquele do processo coletivo em que tramita a demanda coletiva.⁴⁵

A questão relativa à limitação territorial do efeito das decisões proferidas no processo coletivo, prevista no artigo 16 da Lei n. 7.347/85, igualmente nos parece contraditória à necessária segurança jurídica. Afastamo-nos da necessária segurança jurídica e por que não dizer, do bom senso, quando permitimos que duas decisões proferidas em locais distintos, sobre o mesmo tema e sobre a mesma empresa, com atuação em todo território nacional, sejam contraditórias.

2.3.3 Processo coletivo e acesso à Justiça

A garantia do direito de ação, como indicativo do acesso à ordem jurídica justa, vem prevista textualmente em nossa Carta Magna em seu art. 5.º, XXXV, também denominado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Determina esse artigo que nenhuma lesão ou ameaça de lesão ao direito poderá ser subtraída à apreciação do judiciário.

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apontamentos sobre as ações coletivas. Revista de Processo, São Paulo, v. 75, São Paulo: RT, 1994. p. 274.

⁴⁵ Ressaltamos, novamente, que este tema será objeto de estudo específico por constituir objeto principal do nosso trabalho.

Segundo assevera Wolfgang Grunski⁴⁶ “a garantia do acesso à justiça não se esgota com a simples previsão do direito de ação, mas exige também uma efetividade social da prestação de tutela judicial...”.

Nesse mesmo sentido entre os doutrinadores nacionais está Cândido Rangel Dinamarco, alegando ser insuficiente a oferta de uma resposta ao pedido apresentado em juízo, antes é preciso oferecer “resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo.”⁴⁷ Citando outro processualista da USP, Kazuo Watanabe, afirma, e com razão, que “ acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial.” E continua: “ não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem da vida pretendido.”⁴⁸

Entre os clássicos doutrinadores, é possível vislumbrar os ensinamentos de Guilherme Estelita que, buscando distinguir o “poder de agir” do “exercício efetivo desse poder”, alude, como indicativo do primeiro, a ação, e do segundo, a demanda.⁴⁹

José Frederico Marques assim definiu ação: “a ação se conceitua, de início, como o direito à tutela jurisdicional do Estado.”⁵⁰ Este autor reconhece ainda a natureza

⁴⁶ Palestra proferida nos cursos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, apud Willis Santiago Guerra Filho, A dimensão processual dos direitos fundamentais, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 87, p. 168.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1, p. 114.

⁴⁸ Idem, ibidem. P. 115.

⁴⁹ ESTELITA, Guilerme. Direito de ação e direito de demandar. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942. p. 06.

constitucional do direito de ação, como indicativo de garantia individual, abstrata e pública de invocar a tutela jurisdicional do Estado.⁵¹

O direito de ação vem definido hodiernamente como a faculdade de provocar a atuação da jurisdição, buscando atingir o equilíbrio entre o direito pertencente aos litigantes. Em contrapartida, o Estado-juiz, ao ser provocado para o exercício da jurisdição, assume igualmente o dever de prestá-la em tempo razoável (art. 5.º, LXXVIII, da CF).⁵²

A teoria mais aceita sobre a concepção do direito de ação o define como direito subjetivo, porque há uma liberalidade em seu exercício; público, porque dirigido contra o Estado e não contra o demandado como se acreditava ocorrer; e, finalmente, autônomo, porque desvinculado do seu resultado, podendo ser este favorável ou não ao autor da ação.⁵³

Outro aspecto relevante da garantia do exercício do direito de ação, que por ora se trata, é o fato de que o réu também a exerce. Isso se dá com o oferecimento da resposta, pleiteando a improcedência do pedido do autor, o que se consubstancia em uma tutela jurisdicional.⁵⁴

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2, p. 07.

⁵¹ Idem, p. 8.

⁵² Sobre a razoável duração do processo, ver recente obra de Paulo Hoffman. Razoável Duração do Processo. São Paulo: Quartier Latin. 2006.

⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral dos. Primeiras linhas de direito processual civil. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 20004. v. 1, p. 159

⁵⁴ Sobre o adequado entendimento do significado de tutela jurisdicional ver doutrina de MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela antecipada. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 294; ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.* p. 37; YARSHELL, Flavio Luiz .Tutela jurisdicional meramente declaratória. Revista de

Com o surgimento da necessidade da prestação jurisdicional, prestada em regra pelas mãos do Estado, ressalvadas as hipóteses que permitam a adoção da arbitragem, o demandante deverá manifestar seu interesse diante do Estado no sentido de vê-lo dirimido. Para tanto, por imposição do princípio da inércia judicial, (princípio da demanda) deve provocar aquele a quem competir pacificar o conflito, exigindo a tutela de seus interesses.

Com relação aos direitos coletivos, a garantia do direito de ação não apresenta maiores diferenças. Da mesma forma, indica garantia de preservação efetiva do direito subjetivo dos interessados. Apenas seus elementos internos e os reflexos de seus efeitos na coletividade é que sofreram algum tipo de variação. Desse modo, a legitimidade de tais direitos é que estará na alçada de grupos e não sujeitos individualmente considerados, o pedido mediato e imediato e seguidamente a causa de pedir é que podem sofrer modificações, se comparados ao processo civil individual.⁵⁵

Outra característica que permite verificar uma íntima ligação com o princípio do acesso à justiça, objeto do presente tópico, é, sem dúvida, a questão econômica. Como assevera acertadamente a doutrina de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes,⁵⁶ “as ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes”.

Processo, v. 76, p. 44. Em sentido contrário, entendendo que a tutela jurisdicional será prestada somente com a resposta positiva da demanda ao autor, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 81, p. 198; ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. Revista de Processo, v. 65, p. 46.

⁵⁵ Adiante teremos capítulo exclusivo para o estudo das condições e elementos da ação no processo coletivo.

Importa lembrar, apesar de já tê-lo dito, que o fato da previsão de mecanismos específicos, com regras e procedimentos próprios para a proteção dos direitos coletivos, decorre do dinamismo social, que permite o surgimento de situações diferenciadas, exigindo, em contrapartida, tutelas diferenciadas como forma de garantir a efetividade do resultado prático do processo. A esse respeito diz o professor Donaldo Armelin que “a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade”.⁵⁷ Verifica-se, dessa feita, que garantir o direito de ação e não apresentar instrumentos aptos à sua proteção e realização efetiva é vazio de significado.

O tema do acesso à justiça é assim, estreitamente ligado à questão da litispendência das demandas coletivas, tema de estudo do presente trabalho, visto que, em dado momento, surgirá doutrina afirmando a impossibilidade de se falar em litispendência entre as demandas coletivas e as individuais, tendo em vista a necessidade de se proteger o livre acesso à ordem jurídica justa a todo e qualquer indivíduo social. Em tópico específico, destinado ao estudo da litispendência entre as demandas coletivas, abordaremos tal questão, com mais vagar, de modo a permitir encontrarmos caminhos a tentar solucionar tal impasse.

Ressalte-se, ainda, a utilização do processo coletivo, instrumento apto a influir de modo efetivo na diminuição do número de processos existentes no judiciário, exige e até impõe uma reorganização da estrutura do Poder Judiciário, de modo a viabilizar a utilização dessa via.

⁵⁶ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 30 e ss.

⁵⁷ CALMON DE PASSOS, J. J. Tutela jurisdicional das liberdades, *Repro* 90, p. 85; ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, v. 65, p. 45.

É visível que os conflitos de massa ainda impõem diversas questões que precisam ser respondidas. Como por exemplo: até que ponto se permite ao indivíduo tramitar com sua demanda individualmente sem que seja atingido por outra demanda, agora de ordem coletiva e a esta tenha que ceder espaço? Como impor a este indivíduo que deixe de lado a demanda individual, onde poderá se valer de procedimentos mais céleres como aqueles dos Juizados, para aderir a uma demanda coletiva que certamente levará anos para ser resolvida? Como educar a sociedade para que exerça seus direitos por meio de associações e não individualmente? Tudo isso, sem contar com a falta de conhecimento sobre os limites processuais trazidos pelas demandas coletivas, o que se percebe com a simples leitura da doutrina.

Todas estas questões, se não tratadas adequadamente, implicarão em afastamento do acesso à justiça. Falar em instrumentalidade do processo, celeridade na prestação jurisdicional, acesso à justiça, sem pensar em respostas adequadas a tais indagações, lembrando que estas são apenas exemplificativas, é jogar conversa ao vento.

2.3.4 A autonomia do processo coletivo

O Estudo do processo coletivo, recente em nossa doutrina, apesar dos progressos no sentido de alcançar uma necessária autonomia, encontra ainda uma certa e justificável resistência.

Justificável, se levada em consideração a herança que nos foi deixada pelos romanos, disciplinando o estudo do processo como instrumento puramente

individualista. De tal ordem se mostrou e ainda se mostra esta influência que a própria Constituição de 1946, dizia que a lei não excluiria, da apreciação do judiciário, agressão ou ameaça de agressão ao direito individual, como esclarece a doutrina de Zaiden Geraige Neto.⁵⁸

Por esta razão, não raras vezes observamos a doutrina dispensando tratamento ao processo coletivo, valendo-se das disposições contidas no processo individual. Assim se posiciona Sandra Lengruber da Silva⁵⁹ dizendo tratar-se de tema relativo a um dos ramos do direito, qual seja, o processo civil, configurando apenas uma nova visão desse instituto, voltada às questões coletivas.

Contudo, fosse esse o único problema relativo ao processo coletivo, seria facilmente corrigível. Ocorre que a situação é mais grave. O que se verifica é que grande parcela da doutrina interpreta as próprias regras de procedimento do processo coletivo com olhos voltados ao processo individual.

A consequência, é que teremos um instrumento inadequado, para não dizer contraditório e insuficiente com as exigências do Estado Democrático de Direito que se pretende construir, garantindo efetivamente o acesso à ordem jurídica justa, com a prestação da tutela jurisdicional proclamada em tempo razoável e efetiva.

⁵⁸ GERAIGE NETO, Zaiden. O Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.

⁵⁹ SILVA, Sandra Lengruber da. Elementos das ações coletivas. São Paulo: Método, 2004 p. 13.

O processo coletivo, como assevera doutrina de Gregório Assagra de Almeida,⁶⁰ deve ser classificado não como mera vertente do processo civil individual, mas como “novo ramo do direito processual”. Entende, portanto, ser inadequado falar em processo civil coletivo, idéia da qual, como dito acima, compartilhamos.

No âmbito normativo, trilhando o caminho de um processo coletivo autônomo, segue o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos bem como o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos para Ibero-América.

Essa autonomia, como pretendemos anotar nos tópicos seguintes, decorre do fato de que o processo coletivo possui forma própria, princípios próprios, além da obediência subsidiária às disposições processuais comuns.

Apenas ressaltamos, fugindo da colocação desse último doutrinador, que o processo não se divide apenas em processo civil, penal, sendo o processo coletivo sua terceira forma. Na verdade o processo coletivo se configura em apenas mais uma das formas de processo, que se divide ainda em processo civil, penal, trabalhista, tributário, eleitoral, todos com regras autônomas, valendo-se subsidiariamente do processo civil individual.

O fato de sustentarmos, aderindo à posição de Gregório Assagra, que o direito processual coletivo se configura em processo autônomo em relação ao processo civil individual não exclui o entrelaçamento desses institutos; pelo contrário, o processo

⁶⁰ ALMEIDA, Gregório assagra de. Direito processual civil coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 18.

coletivo compartilha diversas regras pertencentes ao processo civil individual utilizando-as de modo subsidiário.

Nesse mesmo sentido caminha ensinamento de José Marcelo Menezes Vigliar, dizendo que “negar que o processo civil sirva de base para a tutela dos interesses transindividuais (ainda que inadequado na maioria de seus institutos) é negar dispositivos expressos das Leis n^{os} 7.347/1985 e 8.078/1990 e demonstrar desconhecimento de fundo, no que tange ao modo de se postular em juízo a defesa dos interesses transindividuais...”.⁶¹

Impõe-se a exigência de que cada uma das ramificações do processo guarde suas peculiaridades em escaninho próprio, mas em momentos específicos permitem, ou até exigem, um sincretismo de suas regras.

Esse sincretismo é sentido de modo mais saliente, mas não exclusivamente em relação às disposições gerais do processo, ou seja, as definições de institutos, como, por exemplo, a ação, processo, competência, jurisdição, a necessidade de preservar a ordem processual, etc.

Já, a distância entre as espécies de processo será percebida de modo mais evidente em relação ao conteúdo desses institutos. Assim, não temos dúvida de que tanto no processo individual quanto no coletivo os elementos da ação, assim como as condições, serão os mesmos, apenas a sua formação é que sofrerá variação em certos momentos. Explicamos. No processo civil individual, todo sujeito, para propor e

contestar uma demanda, deverá demonstrar interesse e legitimidade (art. 3.º do CPC); no processo coletivo isso também ocorre, apenas não será levada em consideração, no caso específico do interesse de agir, a adequação do procedimento, que não só poderá como deverá ser remodelada pelo magistrado, de ofício, inclusive.

3 DAS DEMANDAS COLETIVAS

3.1 AÇÕES OU DEMANDAS COLETIVAS?

Qual o termo mais adequado, ação ou demanda coletiva? Quais as características que nos permitem distinguir da maneira mais fiel possível, ações coletivas e individuais?

Sobre a primeira indagação, já tivemos a oportunidade de nos manifestar em outro escrito⁶², admitindo, inclusive, que sua importância se prende ao plano teórico. Contudo é papel do cientista depurar os termos como já aludido largamente no primeiro tópico deste mesmo trabalho. Sendo essa uma das vias adequadas à sistematização das normas processuais e procedimentais, resultado de um processo interpretativo mais adequado que se forma.

⁶¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.). Ação civil pública - 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 446

⁶² Ver nosso, Aspectos Processuais das Demandas Coletivas. São Paulo: Rideel. 2006. O próprio título expressa nosso anseio de observar aos estudiosos, assim, como já o fizeram outros doutrinadores de peso, a necessidade de utilização de expressões que indiquem com o máximo grau de fidelidade aquilo que pretende transmitir.

Poder-se-ia dizer que o fato de não apresentar relevância de ordem prática dispensaria a necessidade de investigação e conseqüente aprimoramento dos termos, como o que agora tratamos. É por essas e outras razões que nossa legislação processual comumente se vale de um termo, quando deveria utilizar outro mais adequado.

Não se prende o legislador, infelizmente, à observância do rigor terminológico. Não raras vezes nos deparamos, por exemplo, com o termo despacho, sendo utilizado em lugar de decisão interlocutória, de ação no lugar de demanda, etc.

A própria doutrina, salvo exceções, acomodada com as raízes já estabelecidas por algumas terminologias, se omite quando, por exemplo, fala dos “elementos da ação, ou condições da ação; na verdade o que exige mínimas condições é a demanda, a ação como direito fundamental é incondicional, a demanda sim, indicativa de poder, exige algumas condições para que possa ver o mérito decidido validamente”.

Como enfatiza Cândido Rangel Dinamarco: “o refinamento de uma linguagem, mediante o uso de palavras distintas destinadas à designação sempre mais precisa de fenômenos afins, é sinal de uma maturidade cultural que em direito processual já temos em grau mais que suficiente.”⁶³

Correta a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, quando ensina que o termo “demanda” (grifo nosso) deve ser utilizado como indicativo de pedido de prestação jurisdicional. E continua esse processualista: “pela demanda começa a exercer-se o

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 171.

direito de ação e dá-se causa ao surgimento do processo.” A petição inicial, diz o autor, é o “instrumento da demanda”.⁶⁴

Em obra clássica e especificamente destinada à verificação da distância entre direito de demandar e direito de ação, Guilherme Estelita afirma que a demanda se constitui em poder, justificado pelo direito que pesa sobre cada indivíduo ou grupo social de pleitear a tutela de seus interesses.⁶⁵ Por essas razões nos convencemos e, não é de agora, que, na verdade, não estamos diante de ações coletivas, mas de demandas coletivas.

3.1.1 Conceito e características das demandas coletivas

O problema do conceito de demanda coletiva é sem dúvida uma das pedras a serem enfrentadas no estudo desse novo ramo do direito processual.

A discussão vai além do interesse meramente teórico, apresentando conseqüências de ordem pragmática. Basta atentarmos para o fato de que já existem debates sobre projetos de um código brasileiro de processo coletivo, muito bem-vindo, diga-se.

Para tanto, necessário encontrarmos a resposta para a presente indagação, caso contrário, ter-se-á um código sem saber do que se trata. A demanda promovida por um único credor, pleiteando a falência de uma empresa de plano de saúde, ou de

⁶⁴ BAROSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10.

⁶⁵ ESTELITA, Guilherme. Direito de ação e direito de demandar. Rio de Janeiro: Jacinto, 1942. p. 127.

telefonía, pode ser considerada de ordem coletiva? E a demanda promovida em litisconsórcio? Faria alguma diferença se este litisconsórcio fosse de natureza unitária ou comum? E a demanda promovida pelo Ministério Público, visando à proteção de interesses pertencentes a uma única pessoa, como por exemplo, aquela destinada a pleitear medicamentos para um idoso, ou destinada a garantir vaga em escola pública para uma única criança?

Para que se possa encontrar resposta, minimamente adequada e sistemática para todas estas indagações, necessário que se estabeleçam as características que cercam as demandas coletivas. Será a legitimidade? O efeito objetivo da decisão? O efeito subjetivo? A reunião de alguns desses fatores? Ou será que é possível afirmar que sendo o interesse coletivo, o será igualmente a demanda?

Antes de adentrarmos esse complexo mundo de conceitos e características, certamente um dos mais difíceis para um estudioso que se propõe a investigar um certo instituto, é preciso consignar que o direito de ação deve ficar às margens dessa análise. Isso porque, como garantia fundamental do indivíduo ou grupo social,⁶⁶ o é independentemente do seu exercício ocorrer por demanda individual ou coletiva. Quanto aos critérios de distinção entre demandas coletivas e individuais tem-se o que segue.

De antemão apresentamos nossas conclusões, no sentido de que a configuração da demanda como coletiva exige ponderações sobre dois elementos: a) o

⁶⁶ Sobre a garantia do direito de ação aos grupos sociais, ver por todos, fascinante artigo de autoria de CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 5, 1977. p. 128.

primeiro deles é a legitimação ativa que será - veremos em tópico específico - sempre extraordinária; b) o segundo, quanto aos efeitos da coisa julgada, que atingirá a todos aqueles que estejam ou não no pólo passivo da demanda, quando se tratar de interesses essencialmente coletivos ou, de modo restritivo, aqueles que estejam inseridos no pólo passivo da demanda, direta ou indiretamente, quando se tratar de interesses acidentalmente coletivos.

Partimos, aqui, de entendimento exarado na doutrina de José Marcelo Menezes Vigliar,⁶⁷ que seguindo posição igualmente adequada de José Carlos Barbosa Moreira, diz que deve ser considerada coletiva a demanda que proteja interesses coletivos, sejam eles essencial ou acidentalmente assim considerados.

Luciano Velasques Rocha⁶⁸ discordando desse entendimento sustenta que é possível haver demanda coletiva, protegendo interesses individuais e que exista ação individual protegendo interesses coletivos. Data maxima venia, não entendemos assim, pelo menos a conclusão não é assim tão simples.⁶⁹ Apesar de partir de premissas adequadas, parece ter o autor concluído de modo equivocado.

Quanto às premissas estabelecidas por esse autor, legitimidade e coisa julgada, não vemos problemas, até porque são as mesmas encontradas por grande número de

⁶⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.). Ação civil pública - 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 451.

⁶⁸ ROCHA, Luciano Velasques. Por uma conceituação de ação coletiva. Revista de Processo Civil, São Paulo, v. 107, 2002. p. 269.

⁶⁹ Igualmente discordando da posição desse autor, segue doutrina de GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 13.

doutrinadores que já se propuseram a investigar o problema da conceituação das demandas coletivas.

Quanto à conclusão, restritivamente em relação à figura do legitimado, ainda não vislumbramos qualquer problema com a sua posição. Igualmente correta nos parece estar a colocação quanto ao elemento da coisa julgada. Diz, em suas conclusões finais, que considera coletiva a demanda, quando os efeitos da coisa julgada atingem igualmente aqueles que não fazem parte dos pólos da demanda.

Nossa discordância se prende, portanto, quanto à alegação do autor de que é o tratamento coletivo que caracteriza uma demanda como coletiva e não o direito.

É verdade que temos demandas coletivas, protegendo interesses individuais, mas não é qualquer espécie de interesses individuais, possuem um elemento diferencial, a origem comum, o que levou o legislador a permitir a propositura de demanda única a fim de protegê-los.

Como aludiu Barbosa Moreira,⁷⁰ observação esta repetida vastamente por tantos outros doutrinadores, são direitos “acidentalmente” coletivos, que podem ser protegidos, seja por esta via, visando economia processual, efetividade do processo e segurança jurídica, ou ainda pela própria via individual.

A diferença é que estes só serão considerados coletivos, quando protegidos por legitimados extraordinários, substituindo a atuação dos verdadeiros titulares do direito

⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, São Paulo, v. 61, 1991, p. 188.

material demandado, atingindo a coisa julgada restritivamente aqueles que se inserirem naquela condição de substituídos.

Apesar de correta a afirmação de que os efeitos da coisa julgada extrapolam os limites dos sujeitos presentes nos pólos da demanda, parece não ser esta a indignação do autor, isso não ocorre de modo indiscriminado, como se verifica nos interesses difusos, mas atingirá tão-somente aqueles que provadamente se inserem naquela situação comum, seja na hipótese de interesses individuais homogêneos ou ainda os coletivos, esse, inclusive, o entendimento adequado do termo “erga omnes”.

Outrossim, fosse verdadeira a assertiva de que a caracterização da demanda, como coletiva, estivesse ligada ao tratamento coletivo como parece pretender a colocação do presente e respeitado autor, ter-se-ia que considerar como coletiva a demanda, citada por ele mesmo como exemplo, onde um credor pleiteia a falência de grande empresa de turismo, o que não é verdadeiro.

Em casos como esse, o credor apenas provoca a falência, devendo todos os demais credores se habilitarem, formando verdadeiro litisconsórcio ativo.

Ressalte-se ainda que, no presente exemplo, não havendo habilitação de alguns dos credores, a decisão final não os beneficiará, ou seja, não terá seu crédito abrangido pela decisão. Diferentemente do que ocorre, quando promovida demanda coletiva para proteção de interesses individuais homogêneos, por exemplo, pelo Ministério Público. Neste último caso, mesmo que já tenha transitado em julgado a

demanda, quando, procedente, (CDC art. 103, III) todo consumidor que se enquadre naquela condição comum poderá se beneficiar dos efeitos da decisão.⁷¹

Há que se ponderar, como já tivemos oportunidade de fazê-lo em outro escrito⁷², que no processo civil individual, mesmo tendo como partes sujeitos litisconsorciados, não se pode dizer tratar-se de demanda coletiva ainda que o direito a ser protegido seja individual homogêneo.

No litisconsórcio, o fim da demanda não é proteger direito coletivo, mas direitos individuais defendidos por uma coletividade. Ausentes estarão os dois elementos que permitem caracterizá-lo como coletivo, quais sejam, a substituição processual e o efeito *erga omnes* da decisão.

Outra situação em que o tratamento será individual, apesar de considerada a demanda como de natureza coletiva, é aquela em que o Ministério Público pleiteia por meio de ação civil pública a garantia de vaga em escola pública a uma única criança, ou ainda medicamentos a um único idoso.

Tem-se, neste caso, demanda coletiva sendo utilizada para proteção de interesse *imediatamente* individual, porém de reflexos sociais, por isso *mediatamente* coletivo.

Como nos parece inserir-se nessa mesma situação, a possibilidade de propositura de ação civil pública para proteção de trabalho escravo, mesmo que relativo

⁷¹ Nesse sentido, GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 141.

⁷² Aspectos processuais das demandas coletivas. p. 25.

a um único trabalhador. Mas, frisa-se, o tratamento nos presentes exemplos não é coletivo, apenas os reflexos o são.

Oportuno, ainda, o esclarecimento apresentado por Hugo Nigro Mazzilli, ao afirmar que o termo ação civil pública a rigor indicaria a demanda promovida pelo Ministério Público de natureza não penal e que coletiva seriam as demandas promovidas por todos os demais legitimados com fins a promover a proteção de interesses transindividuais.⁷³

Gregório Assagra de Almeida define as demandas coletivas da seguinte forma: “ação coletiva é o instrumento processual colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional – na forma mais restrita, o cidadão -, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo.”

Data maxima venia, não seguimos parte desse entendimento. Diz que o cidadão atuaria como legitimado ordinário, ou seja, em defesa de interesses próprios quando à frente de demanda popular. Não entendemos assim. Como será anotado em momento oportuno, destinado ao estudo exclusivo do problema da legitimidade em sede das demandas coletivas, entendemos, segundo nos parece, doutrina majoritária, que o cidadão, assim como qualquer outro legitimado à propositura de demandas

⁷³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa de interesses difusos em juízo. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 70. Nesse mesmo sentido, segue doutrina de VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In Ação civil Pública, 15 anos, manifestação que se repete em outra obra de sua autoria igualmente de muito brilho. Interesses Homogêneos e seus aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 35 e ss.

coletivas, o faz em nome próprio, porém em defesa de interesse alheio e não em defesa de interesse próprio.

Assim já o concebia doutrina clássica de José Afonso da Silva,⁷⁴ dizendo que o cidadão, apesar de ser de algum modo atingido pelo ato que lesionou o erário ou o patrimônio público amplamente considerado, o é hipoteticamente, o que se mostra insuficiente para afirmar que atua em defesa de interesse próprio.

Feitas estas colocações podemos entender a demanda coletiva, como:

A atuação exercitada pelos legitimados frente ao Estado-juiz, na condição de substituto processual, na defesa de interesses transindividuais essencialmente ou acidentalmente considerados, cujos efeitos da coisa julgada pesarão sobre sujeitos determináveis ou indeterminados dessa relação.

3.2 INTERESSE DIFUSO, COLETIVO E INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

O perfeito entendimento do termo “interesse”, no estudo das demandas coletivas, está longe de possuir cunho eminentemente teórico. O art. 129, III, da CF, ao mencionar as atribuições do Ministério Público, o faz permitindo sua atuação em defesa de “patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros *interesses* difusos e coletivos” (grifo nosso).

É necessário, portanto, definirmos o alcance de tal termo com fito a concluirmos se poderão ser objeto de ações civis propostas pelo *parquet*, por exemplo, os “direitos”

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Ação popular constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.p. 192.

individuais da criança e do adolescente, ou ainda o “direito” de um aposentado a receber medicamentos, e as questões tributárias, as declarações de constitucionalidade.

Francesco Carnelutti,⁷⁵ ao definir interesse, diz tratar-se de uma relação. Critica o autor italiano a posição de alguns que consideram o interesse como algo interno do sujeito. Afirma que “o interesse coloca-se entre as relações, na categoria das relações de complementaridade, deduzíveis pela razão”. Continua Carnelutti dizendo que o “interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente”.

O mesmo Francesco Carnelutti,⁷⁶ em outra obra de sua autoria, sustenta que “interesse não significa um juízo, mas uma posição do homem, ou mais exatamente a posição favorável à satisfação de uma necessidade”. Continua dizendo que “os meios para a satisfação das necessidades humanas são os bens. Homem e bem são os dois termos da relação que denominamos interesse”.

Esse bem a que se refere o processualista italiano não se restringe ao economicamente aferível, mas, sobretudo, aos bens que servem à natureza humana, como a vida, a saúde, a dignidade do ser humano. Bens que se caracterizam como direitos transindividuais.

Carnelutti nos chama a atenção para a distância que deve ser guardada entre interesse, de um lado, e necessidade, de outro. Segundo posição desse autor,

⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. São Paulo: Lejus, 2000. p. 88

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. São Paulo: ClassicBook, 2000. v. 1, p. 55. Nesse mesmo sentido ver trabalho de Rodolfo Camargo Mancuso op. cit., p. 19.

reiteradamente citado por nós, enquanto o interesse pode ser individual ou coletivo, a necessidade se mostra sempre individual.

Essa definição de interesse, se observada sob um aspecto científico, pode assumir diversas formas. Pode, por exemplo, ser considerado como público, privado, coletivo, difuso, individual homogêneo. Vejamos.

Debate que não deve mais ser levado adiante é saber se interesse e direitos podem ser lidos como indicadores da mesma situação jurídica.

Defendendo a idéia de que um termo e outro devam ser lidos como sinônimos diz Ricardo de Barros Leonel, que “tanto os direitos subjetivos como os interesses jurídicos geram no âmbito do processo semelhante resultado, qual seja, a possibilidade de proteção jurisdicional”.⁷⁷

Até mesmo o legislador deixou de se preocupar com tal distinção, utilizando um termo e outro dando sinais de que os entende como sinônimos. A Constituição Federal, por sua vez, permite ao Ministério Público atuar no sentido de pleitear proteção aos “interesses”, o que é repetido no título atribuído ao capítulo que irá disciplinar os instrumentos e procedimentos de proteção aos *direitos* assegurados à criança e ao adolescente...(Lei n.º 8.069/90, art. 208).

⁷⁷ LEONEL, RICARDO DE Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002. p. 84.

3.2.1 Interesse público e privado

Hugro Nigro Mazzilli,⁷⁸ ao se manifestar sobre essa clássica divisão do termo “interesse”, diz que o interesse público “consiste na contraposição do interesse do Estado ao interesse do indivíduo, ao passo que o interesse privado consiste na contraposição entre os indivíduos, em seu inter-relacionamento”.

Alerta, porém, esse autor, para o fato de que o termo “interesse público” vem sendo utilizado para indicar a necessidade de se emprestar proteção às necessidades coletivas, ou seja, é indicativo de interesse coletivo.

Nesse sentido, e procurando estabelecer adequada distinção, surge trabalho interessante de Rodolfo de Camargo Mancuso,⁷⁹ dizendo que “quando se lê ou se ouve a expressão interesse público, a presença do Estado se nos afigura em primeiro plano”.

O Estado, quando sub-rogou às suas mãos a prerrogativa de dizer o direito, não o fez no sentido restrito de estabelecer normas, mas foi além, assumindo o dever de administrar tais leis no sentido de preservar aquilo que entende possa beneficiar o interesse público. Mancuso alude à necessária distância que deve ser guardada entre interesse público, interesse geral e interesse social. Sustenta a idéia de que tais espécies de interesse se unem na formação de um gênero, qual seja, o interesse metaindividual.

⁷⁸ Op. cit., p. 45.

⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31.

Por interesse social, entende Camargo Mancuso “aquele que consulta a maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que a sociedade entende por bem comum, o anseio de proteção à res pública”.

Entende, por interesse geral, aquele pertencente não a grupos variados de sujeitos, mas a toda a sociedade. Segundo essa forma de classificar o interesse em público, social e geral, é possível afirmar que aparecem em situação escalonada, onde o menor estará sempre contido em outro de maior amplitude. Desse modo, o interesse social pertencente a grupos estará contido no interesse geral, de maior amplitude, que por sua vez pertence ao interesse público, todos, ao final, fazendo parte de um interesse maior, qual seja, o interesse metaindividual. Ressalta, por fim, Rodolfo de Camargo Mancuso que tal tentativa de distinção desses termos deve permanecer mesmo em sede doutrinária, tendo em vista sua pequena ou nenhuma contribuição no mundo prático.

José Marcelo Menezes Vigliar⁸⁰ classifica o interesse público em primário e secundário.

Considera interesse público primário “é o interesse do bem geral, ou seja, o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo, incluindo aqui alguns de seus valores mais importantes que, muitas vezes, se traduzem em direitos indisponíveis (como é o caso do próprio meio ambiente)”. Como interesse público secundário entende o autor ser indicativo do interesse público “do ponto de vista da

⁸⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela jurisdicional coletiva. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66.

administração...” Continua afirmando e, com razão, que nem sempre haverá perfeita correspondência entre o interesse da administração e com o interesse da comunidade.

3.2.2 Interesses difusos

A Lei n.º 8.078/90, disciplinando o Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente em seu art. 81, par. único, I, II e III, determina qual deve ser o entendimento dos termos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Contudo, a narrativa ali encontrada tem sido insuficiente para designar com certa doze de precisão a linha divisória entre um e outro.

Surge, portanto, a dúvida: o que de fato permite colocar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos cada qual no seu escaninho? O que caracteriza, de fato, o interesse como individual homogêneo, será a quantidade de indivíduos atingidos pela ocorrência do fato? Pode o mesmo fato dar ensejo à caracterização de qualquer das três classificações?

Para que se possa responder de maneira minimamente satisfatória a tais indagações, necessário partirmos da redação legal, buscando sistematizá-la com outros dispositivos, princípios e regras pertencentes ao processo coletivo. Desse modo tem-se o que dispõe o inciso I do referido artigo: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos desse Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Pois bem, o que se pode entender de tal descrição?

Já vimos nos parágrafos anteriores que é vazia de significado prático a discussão entorno dos termos interesse e direito, devendo ser entendidos como indicativo da mesma situação, qual seja, a relação entre um sujeito ou grupos de sujeitos, determinados ou não, diante de um bem.

Por transindividual devemos entender um gênero do qual fazem parte os interesses coletivos (*strito sensu*), difusos e os individuais homogêneos.

O termo transindividual, por si só, já se mostra suficiente para indicar tudo aquilo que vai além, trans + individual, aquilo que ultrapassa o indivíduo.

Especificamente no caso do interesse difuso, tem-se duas características principais: a indeterminação dos seus sujeitos e a indivisibilidade do seu objeto. Significa que, nesta hipótese de direito, assim como ocorrerá com relação aos direitos coletivos, infrutífera será a tentativa de se atribuir a cada sujeito a parcela do direito que lhe cabe. Em tais casos, não se pode imaginar a possibilidade de uma demanda isoladamente considerada, por isso consideradas por Barbosa Moreira como essencialmente coletivas.

Isso indica que, apesar de uma sociedade ser formada por sujeitos individualizados, é possível que se deparem com situações em que todos serão atingidos de alguma forma. Aqui também existe, por certo, o interesse individual envolvido, não se tem dúvida sobre esse ponto, porém há também um ponto comum entre todos. Quando esse ponto comum se mostrar indivisível, pertencente a todos, sem que se possa definir com exatidão o que pertence a quem, estar-se-á, invariavelmente, diante de interesse difuso. Como resultado dessa idéia, tem-se que o

direito ao meio ambiente equilibrado é meu e de todos os indivíduos que compõem a sociedade em que se insere, mas plenamente impossível individualizar o meu quinhão de titularidade; é direito uno e indivisível.

Alerta a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli⁸¹ para o fato de que os interesses difusos atingem grupos de pessoas indetermináveis. Continua o doutrinador dizendo tratar-se de “feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se unem por circunstância de fato apenas”.

Esse mesmo professor da USP se mostra categórico ao afirmar que o interesse difuso não pode ser visto como mera espécie do interesse público, uma vez que nem sempre as situações de um e outro coincidem. Sobre essa comparação entendemos adequado transcrevermos o parágrafo que trata das possíveis comparações entre os interesses difusos, coletivos, geral e público. Assim diz:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangente que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como os consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria de tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm

conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).

Importante ressaltar que quando se fala em direitos difusos não se pode restringir aos exemplos clássicos de meio ambiente, mas, sobretudo permitir o encampamento de direitos que indicam o respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, a Vida, a Liberdade, a Igualdade, a Segurança, a Educação.

Esses direitos, mais do que possuírem natureza subjetiva, possuem verdadeiro cunho humanístico, social, transindividual, não só permitindo como impondo sua proteção por meio de ação civil pública, inclusive.

Segundo doutrina de Guido Alpa “si denomina interesse in quanto esprime un’esigenza individuale, secondo la terminologia usuale, uma tensione di um soggetto verso um bene...” continua esse doutrinador italiano, “si denomina difuso in quanto la sua dimensione si doglie nell’appartenenza Del soggetto ad um gruppo, ad uma collettività.”⁸²

Ainda sobre a caracterização dos interesses difusos surge doutrina, sempre consciente, de Arruda Alvim afirmando que é indispensável a presença de um grupo minimamente organizado, como os consumidores, que podem se ver livres de determinada propaganda enganosa. Conclui esse processualista dizendo: “a

⁸¹ Op. cit., p. 50.

referibilidade do interesse difuso não é o indivíduo, enquanto tal considerado, senão que diz respeito ao indivíduo dentro da coletividade, enquanto integrante da coletividade..⁸³ Segundo Arruda Alvim, a posição dos indivíduos inseridos nessa situação é definitiva, não passível de ser alterada, “de homogeneidade”.

Observação interessante sobre as características dos direitos difusos é apresentada mais uma vez por José Marcelo Menezes Vigliar, dizendo que esta forma de direito qualitativamente “consideram o homem exclusivamente na sua dimensão de ser humano.” E arremata, “outros interesses transindividuais consideram o homem na sua dimensão corporativa, ou seja, enquanto ser que pode aglutinar-se com outros para a persecução de seus interesses.”⁸⁴

3.2.3 Interesse coletivo

Assim se manifestou o legislador ao descrever os interesses coletivos no art. 81, par. único., II, do CDC: “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”.

Os interesses coletivos se aproximam de tal modo dos interesses difusos a ponto de não permitir uma distinção quanto a sua forma, exatamente pelo fato de que tem por objeto, tanto um quanto o outro, um bem indivisível.

⁸² ALPA, Guido. Interesse diffusi. Revista de Processo, São Paulo, v. 81, 1996. p. 146.

⁸³ ALVIM, Arruda. Ação civil pública. Revista de Processo, São Paulo: v. 87, 1997.

O que caracteriza isoladamente os interesses coletivos, nas palavras de Ricardo de Barros Leonel⁸⁵ é: a) a existência de uma relação jurídica, embasando o liame existente entre os interessados; b) existência de grupos organizados.

A distância a ser mantida entre interesses coletivos e difusos se funda, portanto, nos seguintes fatos: enquanto os interesses difusos pertencem a sujeitos indetermináveis, nos coletivos os sujeitos são determináveis; no interesse difuso a ligação entre seus titulares é apenas fática, (o que também ocorrerá nos individuais homogêneos) enquanto no interesse coletivo há efetiva relação jurídica e não apenas fática. O que há em comum tanto nos interesses coletivos quanto nos difusos é a indivisibilidade do bem, envolvido no litígio.

Como claramente ressalta a doutrina desse último autor,⁸⁶ o interesse coletivo, pertencente a grupos ou classes, deve manter-se distante daqueles que serão exercidos por esses grupos ou classes, porém pertencente a sujeitos individuais. No primeiro caso, o interesse pertencente a grupo ou classe se mostra absolutamente indivisível, ao passo que no segundo o que há é tão-somente a formação de um litisconsórcio entre os vários sujeitos titulares individuais do direito. Quanto a esta última hipótese, poder-se-ia pensar na ligação entre os vários credores habilitados em demanda relativa à recuperação judicial, onde todos estão representados pelo síndico.

⁸⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Interesses homogêneos e seus aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

⁸⁵ Op. cit., p. 107.

⁸⁶ Idem, p. 106.

3.2.4 Interesse individual homogêneo

Serão considerados individuais homogêneos, segundo dispõe o art. 81, par. ún., III, do CDC, aqueles decorrentes de uma relação jurídica base.

Segundo narrativa de Rodolfo de Camargo Mancuso,⁸⁷ são interesses “uniformizados pela origem comum,” mas que na sua essência permanecem individualizados.

Apesar de individualizada a pertença do direito, estes sujeitos ou já são todos determinados ou são determináveis. Nesse último caso, o interesse individual homogêneo se aproxima consideravelmente do interesse coletivo, em que os sujeitos são sempre determináveis.

A distância entre o coletivo e o individual homogêneo está no fato de que no primeiro deles o bem é indivisível, assim como verificamos no difuso, ao passo que no segundo, nos individuais homogêneos, o direito se mostra plenamente divisível. Além disso, já anotamos quando do comentário sobre as características dos interesses difusos, que tanto estes quanto os individuais homogêneos surgem da mesma relação fática. Como exemplo de direitos individuais homogêneos poderíamos arrolar situação que, infelizmente, vem se perpetuando nas relações de consumo, qual seja, a identificação de quantidade menor do que a indicada na embalagem de diversos produtos. Nesse caso, poderá perfeitamente o indivíduo atuar isoladamente contra o fabricante, como também as associações de defesa do consumidor ou mesmo o

Ministério Público por meio das demandas coletivas, visando punir e exterminar tal prática do mercado de consumo.

Em todas estas situações, mostra-se plenamente possível determinar quem são os sujeitos atingidos pela prática do ato lesivo, bastando que se apresente e, obviamente, comprove sua situação.

Como corretamente afirma a doutrina de José Marcelo Menezes Vigliar⁸⁸, quanto ao interesse individual homogêneo não haverá um necessário sacrifício da legitimação ordinária, permitindo que o próprio indivíduo promova a demanda necessária à proteção ao direito que entende ter sido agredido.⁸⁹

Visando não deixar dúvidas sobre o adequado entendimento sobre a caracterização do interesse individual homogêneo, Hugo Nigro Mazzilli⁹⁰ alude ao exemplo dos sujeitos que adquirem determinado veículo, produzido com o mesmo defeito de série, em que se verifica a mesma situação jurídica entre todos.

Como exemplo de direitos individuais homogêneos já tivemos oportunidade de arrolar a situação em que anulados os jogos em que havia atuado, como juiz, o Sr. Edílson Pereira de Carvalho. Anulados os jogos em razão de suposta manipulação dos

⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 53.

⁸⁸ VIGLIAR, JOSÉ Marcelo Menezes. Interesses homogêneos e seus aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

⁸⁹ sobre a problemática da legitimidade para defesa dos direitos difuso, coletivo e individual homogêneo iremos nos debruçar em capítulo próprio por entendermos ser questão de alta complexidade e relevância.

⁹⁰ Op. cit., p 54.

seus resultados, os torcedores que comprovaram a aquisição do ingresso puderam substituí-los por ingressos para aquelas partidas que seriam novamente realizadas.

Buscando uma definição de interesse individual Aluisio Gonçalves de Castro Mendes diz que os direitos individuais “para serem qualificados como homogêneos precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum, situação esta que não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal.”⁹¹

Desse modo conclui-se que não se pode pensar em um número de indivíduos como elemento de caracterização dos direitos individuais homogêneos, se acima de dez, de cinquenta ou acima de 100. A idéia central da caracterização de tais direitos é a dificuldade de se demandar isoladamente e a relevância do direito, se somados os indivíduos. Demandar isoladamente contra uma grande empresa para discutir sobre um produto que eventualmente esteja sendo comercializado com pequena fração, abaixo daquela indicada no rótulo, pode acarretar uma série de problemas; como p. ex. o desinteresse do sujeito consumidor frente às custas do processo, seu tempo, as perturbações que um processo pode acarretar. Foi certamente pensando na proteção dessas situações que o legislador permitiu a propositura pelo MP além dos demais legitimados de ações coletivas. A pluralidade de indivíduos certamente é fator indispensável, mas insisto, não se pode pensar em um número mínimo de indivíduos na caracterização dos direitos individuais homogêneos.

Por todo exposto no comentário sobre a caracterização dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é possível verificar que um mesmo fato poderá dar

ensejo ao surgimento de qualquer dessas modalidades de interesses metaindividuais. A contaminação do leite, por exemplo. Verificada a contaminação do leite por produtos químicos, é possível que haja demanda individual proposta por aquele indivíduo que tenha se sentido lesado, demanda esta que poderá ser proposta contra o fabricante do produto; poderá ainda dar ensejo ao surgimento de demanda promovida pela associação dos produtores de produtos derivados do leite, o que caracterizaria demanda coletiva (*strito-sensu*); demanda promovida pelo Ministério Público em defesa de direitos individuais homogêneos; e na hipótese de não se ter o controle sobre a distribuição de tais produtos, uma demanda coletiva, defendendo interesse difuso. A propaganda de uma Universidade, pregando ser a única reconhecida pelo MEC ou pela OAB, caracteriza infração a direitos individuais, coletivos, e, por ser caracterizada como propaganda enganosa, caracteriza igualmente interesse difuso.⁹²

3.3 AS ESPÉCIES DE DEMANDAS COLETIVAS

Como vimos ressaltando ao longo do presente trabalho, sobretudo no primeiro capítulo, destinado ao estudo dos fundamentos e autonomia do processo coletivo, o dinamismo social, responsável pelo surgimento de espécies de conflitos até então não observados, exigiu do legislador, atuação firme no sentido de encontrar e colocar à

⁹¹ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 220.

⁹² Sobre a verificação de mais de uma situação decorrente do mesmo fato ver por todos trabalho de MANCUSO, Rodolfo Camargo. A concomitância de ações coletivas entre si, em face das ações individuais. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 782, p. 20-47, 2000.

disposição dos jurisdicionados, instrumentos de ordem processual que, de igual forma, se mostrassem novos e suficientes à proteção desses conflitos.

A utilização das regras de processo civil individual, como forma de pacificação dos conflitos de massa, tem-se mostrado insuficiente, de modo que o legislador está sendo convocado a atuar nesse sentido.

Os magistrados, igualmente, são responsáveis por encontrar meios e instrumentos no ordenamento jurídico (sobretudo diante da lacuna processual existente e das dificuldades de adaptação da doutrina) suficientes para efetivar tais direitos coletivos.

Nesse sentido, oportunamente, já se manifestou José Roberto dos Santos Bedaque dizendo que “a tendência de maior participação do juiz no processo é consequência de profundas alterações verificadas na fisionomia individualista do modelo processual clássico.”⁹³

Tradicionalmente voltadas às questões individuais, as normas de direito processual civil, existentes em nosso ordenamento estão a exigir uma releitura, pelo menos em um primeiro momento, para que se possa acolher e resolver os conflitos de massa.

Necessário esclarecer que esta releitura das disposições processuais individuais não exclui a necessidade de se criar um ordenamento jurídico próprio

⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53.

destinado a sistematizar as regras que deverão determinar os contornos dos atos e fatos coletivos.

Essa reinvenção, dando origem a um novo ramo do direito processual, e deflagrada quando da criação de leis específicas, como, por exemplo, a que regula a ação popular (4.717/65); a que regula a ação civil pública (7.347/85); código de defesa do consumidor (8.078/90); etc, está ainda em seu estágio embrionário, exigindo daqueles que de algum modo se propõem a depurá-las, mas, sobretudo dos aplicadores do direito processual, se debrucem sobre tais formas de conflitos, os de massa, e busquem interpretar as disposições processuais individuais, enquanto ausentes as específicas, de modo a permitir uma perfeita adequação.

No presente tópico, pretende-se verificar quais são as demandas coletivas destinadas à pacificação de conflitos de massa, ocorridas na seara civil. Ressaltamos que não será objeto do presente estudo o dissídio coletivo, por possuir tratamento específico pertencente a ramo autônomo do processo, qual seja, o processo do trabalho.

Quanto à súmula vinculante que, apesar de possuir incidência coletiva, não se enquadra nos objetivos do presente escrito, que, como restou dito em diversos momentos, se destina ao estudo da litispendência entre as *demandas* coletivas. (grifei)

Ressalte-se, ainda, que no presente tópico não temos por mira a análise criteriosa de cada forma de demanda, papel que compete aos constitucionalistas, mas apenas elencá-las, lembrando de modo breve suas principais características de tal forma que permita o desenvolvimento do presente estudo.

3.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin)

As normas que compõem o ordenamento jurídico deverão se apresentar em absoluta consonância com as disposições constitucionais, sob pena de serem tidas por inadequadas para reger o convívio social.

Esse procedimento de verificação da compatibilidade de uma norma ao conteúdo da constituição é denominado controle de constitucionalidade.⁹⁴

Segundo dispõe doutrina de André Ramos Tavares, data de 1803 o surgimento da figura do controle jurisdicional de constitucionalidade de uma norma. Ainda com esse constitucionalista, verifica-se que, somente anos mais tarde, mais precisamente em 1920, é que o controle concentrado surge atribuída sua competência ao Supremo Tribunal Federal.⁹⁵

A necessidade do controle da constitucionalidade de uma norma funda-se no fato de que a Constituição Federal deve sempre ser tida como a norma base de um ordenamento jurídico, onde todas as demais normas devem estar intimamente ligadas para que possam assumir função válida na estrutura legislativa, fazendo pesar suas determinações a toda sociedade.

⁹⁴ Sobre uma ampla e adequada visão a respeito do controle de constitucionalidade, ver MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; do mesmo autor, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, e mais precisamente sobre ADEcon, ver obra coletiva já citada no presente trabalho de coordenação de MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁹⁵ TAVARES, André Ramos. Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, 2003. p. 107.

Essa necessidade do ordenamento jurídico apresentar-se em total harmonia com as disposições constitucionais é decorrente da supremacia da Constituição.

Oportuno lembrar, aqui, as palavras de José Luiz de Anhaia Mello⁹⁶ quando diz que “a instituição da Justiça Constitucional completou o edifício do Estado de direito, ou seja, aquele, onde toda a atividade dos órgãos públicos deve se exercitar atendendo-se a normas jurídicas preestabelecidas.”

Como esclarece a doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito,⁹⁷ as normas constitucionais, apesar de integrantes de uma unidade que é o direito, “se apresentam com fisionomia própria.”

Ainda com base na doutrina desses últimos constitucionalistas, tem-se que as normas constitucionais “inauguram a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põem como suporte de validade de todas as demais regras de direito.”⁹⁸

Pois bem. Controlar a adequação das normas à Constituição e determinar a exclusão do ordenamento de toda Lei ou ato normativo, que com ela confrontar, se caracteriza como tarefa das mais complexas.

Aqui iremos, como já anotado, passar somente por aqueles pontos que possam, de alguma forma, contribuir para fechamento do trabalho, deixando, contudo,

⁹⁶ MELLO, José Luiz de Anhaia. Da separação de poderes à guarda da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. 67.

⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva. 1982, p. 12 e ss.

⁹⁸ Idem. p. 13.

consignado que a relevância do assunto está a exigir dos constitucionalistas incansável debate.

Feitas as primeiras, e exigidas considerações, passamos adiante e verificamos que a inconstitucionalidade de uma norma poderá se configurar por duas vias: a via da ação ou da omissão.

A primeira delas, inconstitucionalidade por ação, segundo assevera doutrina de José Afonso da Silva,⁹⁹ “ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição”.

Ainda segundo esse constitucionalista, tal incompatibilidade da norma inferior com a norma superior, o que resulta na inconstitucionalidade, caracterizada por sua “incompatibilidade vertical”, poderá ser verificada por duas vias: a) formal, quando o vício decorrer de falta de competência da autoridade ou porque estão em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; b) material, quando o vício estiver no próprio conteúdo da norma.¹⁰⁰

Já a inconstitucionalidade por omissão, como o próprio termo indica, decorre da falta de atuação de quem de direito no sentido de regulamentar norma protetora dos direitos fundamentais do ser humano, considerado individual ou coletivamente.

São, ainda, as palavras de José Afonso da Silva sobre a caracterização da chamada inconstitucionalidade por omissão, ao dizer que esta “verifica-se nos casos

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 50.

¹⁰⁰ Idem, p. 51.

em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”.¹⁰¹ De relevância neste momento, estabelecer o que se possa entender por omissão.

Segundo dispõe doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, valendo-se do entendimento do Supremo Tribunal Federal, “configura-se omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas, também, quando o satisfaz de forma incompleta.”¹⁰²

O controle de constitucionalidade, segundo ensinamentos de Pedro Lenza,¹⁰³ poderá ocorrer em dois momentos, a saber: preventivo ou repressivo. No primeiro caso, tal controle, por certo, ocorrerá antes mesmo de o projeto transformar-se em lei, ao passo que no segundo caso, controle repressivo, pesa inevitavelmente sobre a própria lei, já plenamente configurada.

Ainda com base nos ensinamentos desse jovem e competente estudioso do direito constitucional, o controle de constitucionalidade, na forma preventiva, poderá ser exercido tanto pelo Legislativo como ainda pelo próprio Judiciário e pelo Executivo.

O exercício do controle preventivo, praticado pelo Legislativo, segundo nos informa ainda este constitucionalista, ocorrerá por meio das denominadas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) ou na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania quando praticado pelo Senado Federal. Tanto num caso como noutro não está excluída

¹⁰¹ Idem, ibidem.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 372.

a possibilidade de tal controle ocorrer diretamente no plenário durante a própria votação.

Já o controle prévio, praticado pelo Executivo, ocorrerá por meio do veto legislativo. Ainda com base na doutrina de Pedro Lenza,¹⁰⁴ verifica-se que o veto poderá ocorrer de duas formas: jurídico, quando impede a transformação de um projeto que o Executivo entenda ferir dispositivos constitucionais; ou político, verificado quando recai o veto sobre projeto de lei que fere interesses públicos.

Por fim, tem-se o controle preventivo praticado pelo Judiciário. Neste caso, as hipóteses são bastante reduzidas, tendo em vista que, em regra, o controle de constitucionalidade, exercido pelo Judiciário, pesa sobre leis já postas validamente.

Talvez o único caso em que se configuraria tal situação seja a apresentação indevida e expressamente vedada na Constituição Federal, de projeto de Emenda, visando a atingir cláusulas pétreas. Neste caso, por meio de ações de caráter inibitório, por exemplo, pelo mandado de segurança se possa vislumbrar uma intervenção e controle por parte do judiciário.

Nesse mesmo sentido, segue entendimento de Kildare Gonçalves Carvalho, reafirmando que em raras hipóteses poderá o judiciário exercitar o controle de constitucionalidade de modo preventivo. Cita o caso onde intervém no processo legislativo quando este não preservar a ordem dos atos a serem realizados na formação do processo legislativo. Ressalta ainda que esse controle preventivo,

¹⁰³ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 92.

exercitado pelo judiciário, deverá seguir a via difusa, tendo em vista que a concentrada exige a preexistência de lei.

Quanto à via repressiva, assevera Kildare Gonçalves Carvalho que “o controle repressivo incide sobre a lei promulgada e outros atos normativos do Poder Público”.¹⁰⁵ Na via repressiva, o controle de constitucionalidade poderá ocorrer por dois meios: difuso ou via de exceção, e concentrado ou via de ação.

Na primeira hipótese, no chamado controle difuso de constitucionalidade, compete aos juízes, nas demandas de sua competência e de modo incidental, analisar a compatibilidade de determinada lei ou ato de governo em face da Constituição Federal. O resultado de tal análise alcançará tão-somente aquelas partes envolvidas na demanda, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Ladeando o controle difuso, encontra-se aquele denominado de controle concentrado de constitucionalidade. Ressalte-se que apenas este se caracteriza como de natureza coletiva e não aquele, exatamente em razão do efeito que irradia.

A estrutura do controle concentrado de constitucionalidade é composta por três instrumentos:¹⁰⁶ a Ação Direita de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de

¹⁰⁴ Idem, p. 94.

¹⁰⁵ Idem, p. 269.

¹⁰⁶ Para um estudo mais profundo do sistema de controle de constitucionalidade, mais especificamente o concentrado, ver por todos, obra específica de MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS; Ives Gandra da Silva. Controle concentrado de constitucionalidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005 com vasta citação bibliográfica nacional e estrangeira; ver ainda do primeiro autor, Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, ambos vastamente citados no presente trabalho.

Constitucionalidade e, mais recentemente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Ação Direita de Inconstitucionalidade pode ser conceituada como instrumento de natureza processual-constitucional, destinado à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de governo federal ou estadual.¹⁰⁷ O que a distancia da Ação Declaratória de Constitucionalidade é exatamente o fato de aquela poder recair sobre lei ou ato de governo federal ou estadual, ao passo que esta só poderá recair sobre lei ou ato de governo federal.¹⁰⁸

Quanto à abrangência dos termos lei federal, estadual, ato normativo federal e estadual, entendemos valer a pena mencionar mais uma vez a doutrina de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes.¹⁰⁹

Por direito federal, dizem os referidos doutrinadores, devem ser entendidos: I - as disposições da própria Constituição, como as Emendas Constitucionais; II - leis ou atos normativos federais; III - Decretos legislativos; IV - os atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público, criados pela União, os regimentos internos dos

¹⁰⁷ Como anota doutrina de Gilmar Mendes e Ives Gandra, Controle concentrado de Constitucionalidade. p. 171/172, o STF afastou a sua competência para apreciar pela via concentrada a constitucionalidade de normas municipais, ficando estas restritivamente como de competência dos Estados quando verificada afronta à sua Constituição, determinação esta contida na própria Constituição Federal, artigo 125, parágrafo segundo.

¹⁰⁸ Assim determina expressamente o art. 102, I, a, da CF/88: “A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 172 e ss.

Tribunais Superiores; V - os Pareceres da Consultoria-Geral da República, devidamente aprovados pelo Presidente da República.

Quanto ao Direito estadual, esses mesmos constitucionalistas arrolam as seguintes situações: I - disposições contidas nas Constituições Estaduais; II - leis estaduais de qualquer espécie ou natureza independentemente de seu conteúdo; III - leis estaduais editadas para regular matéria de competência exclusiva da União; IV - Decretos legislativos; V - regimento interno de Tribunais Estaduais; VI - atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público estadual.

Em relação aos atos normativos e legislativos, praticados pelo Distrito Federal, asseveram, ainda, esses dois doutrinadores que somente aqueles de cunho estadual poderão ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade.¹¹⁰

Outra questão de grande relevância, sustentada nesta mesma obra, refere-se à impossibilidade de se valer da ADIn para pleitear a declaração de inconstitucionalidade de atos de efeito concreto.

Quanto a este aspecto vale a pena reproduzir fielmente as palavras de Ives Gandra e Gilmar Mendes:

Assim tem-se afirmado que a ação direta é meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*, não se prestando ela ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei

¹¹⁰ Idem, p. 176.

– as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato.

É de ressaltar que as súmulas, por não possuírem natureza de lei, mas de jurisprudência, não serão alvo de controle de constitucionalidade, seja visando a declaração de inconstitucionalidade ou de sua constitucionalidade, nem mesmo aquelas denominadas vinculantes, consideradas pela doutrina de Mônica Sifuentes, escorada em sólida doutrina, como ato normativo da função juidicional.¹¹¹

3.3.2 Ação declaratória de constitucionalidade (ADEcon)

A ação declaratória de constitucionalidade, introduzida em nosso ordenamento jurídico constitucional pela EC 3/93, prevista em seu artigo 102, I, a, c/c 9.868/99, exige, para sua configuração, a preexistência de conflito sobre a constitucionalidade de determinada norma de ordem federal.

Reforçando essa idéia, José Afonso da Silva, diz que esse pressuposto é aferido “diante da existência de um grande número de ações onde a constitucionalidade da lei é impugnada e sua finalidade imediata consiste na rápida solução dessas pendências.”¹¹²

Ainda com base nos ensinamentos sempre valiosos desse constitucionalista de São Paulo, tem-se que a ação declaratória se constitui em verdadeiro “instrumento de

¹¹¹ SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 276 e ss.

paralisação de debates em torno de questões jurídicas de interesse coletivo”,¹¹³ isso porque encerra um ciclo de debates, os quais tenham sempre implicado decisões de declaração de inconstitucionalidade de normas ocorridas em processos concretos.

Diverge da ADin, como já tivemos a oportunidade de anotar no tópico anterior, tão-somente em relação à sua abrangência.

Enquanto a ADin disciplina a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual, além daqueles praticados pelo Distrito Federal com força de norma estadual, a ADEcon só pesa sobre leis e atos normativos federais, objeto de debate em processo concreto.¹¹⁴

Além desse relevante fator, há que se ponderar ainda, sempre com fulcro na doutrina de José Afonso da Silva, e, para tanto, nos valem de suas próprias palavras que “o controle concentrado não é, a rigor, sobre a lei em tese, mas suscitado a partir da questão de inconstitucionalidade num processo concreto de partes.”¹¹⁵

Quanto aos seus aspectos processuais, o presente instituto sempre foi alvo de críticas. A primeira observação é com relação a sua natureza de ação. Nesse tópico, aduz José Rogério Cruz e Tucci¹¹⁶ lembrando que no procedimento da presente ação, tem-se tão-somente uma relação linear o que caracteriza como uma figura “anômola”.

¹¹² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 60.

¹¹³ Idem, ibidem.

¹¹⁴ Idem, ibidem. p.61

¹¹⁵ Idem. p. 61.

¹¹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 137.

Isso porque, afirma o autor, tradicionalmente, a relação jurídica processual sempre se deu compreendendo a presença de três sujeitos. Autor, juiz e réu.

Edvaldo Brito, dedicando-se à verificação dos limites e características da ação declaratória de constitucionalidade, aduz que inadequada pensá-la como “ação”. Justifica o autor sua posição no fato de que a ação entendida como direito, mas aqui entendida como relação processual, é composta por certos elementos internos, dentre eles, as partes. No caso, da ADEcon, segundo entende, não é possível verificar esse elemento específico, tendo em vista a inexistência de parte no pólo passivo.¹¹⁷

Em sentido contrário, entendendo não serem tais razões suficientes para descaracterizar a natureza processual que cerca a ADEcon, segue doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins.¹¹⁸

Segundo esses doutrinadores “a ação declaratória de constitucionalidade configura típico processo objetivo.”

O que justifica a característica específica desse tipo de processo é sua finalidade de proteger a segurança jurídica do ordenamento e não o interesse subjetivo das partes.¹¹⁹

¹¹⁷ BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 48-49.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 355.

¹¹⁹ Idem, ibidem. P. 356.

Data maxima venia aqueles que pensam de modo distinto, parece que a razão está de fato com essa segunda posição.

Abandonando aqui as razões que levaram a introdução em nosso ordenamento jurídico da figura da ADEcon, e sabe-se que imparcialidade do governo não se fez presente, é necessário entender que o instrumento denominado “processo” vai muito além daquela figura destinada à realização de interesses subjetivos.

Os escopos desse instrumento, profundamente analisados na doutrina nacional por Cândido Rangel Dinamarco em sua instrumentalidade do processo, impõem a observação de que toda e qualquer situação que possa implicar surgimento de conflito ou, nos casos em que tal conflito já se tenha concretizado, a utilização do processo, como instrumento de condução da relação material até as mãos do Estado, para que aí possa receber o tratamento e a disciplina que merece.

Aliás, novidade nenhuma se está colocando com esta afirmação. A própria Constituição Federal, em seu artigo 5.º. Inciso XXXV, garante a inafastabilidade da atividade jurisdicional do Estado quando diante de direito já agredido ou na iminência de sofrer qualquer agressão.

A preservação da ordem legislativa é, assim, condição *sin qua non* para perfeita estruturação de um Estado Democrático. De modo que o risco de desestruturação desse sistema pode significar completa desordem social. Por isso sua caracterização como interesse difuso.

Por essa via não se pode afastar o processo como instrumento apto a realizar a proteção desse bem jurídico, que, mesmo por caminhos diversos está conduzindo uma relação jurídica material. A discussão que trataria do melhor caminho é tema para outro debate. O que não se pode é negar que esse instituto que aí está não possua natureza processual.

A ausência das características “comuns” ao processo apenas se mostra como consequência das peculiaridades da relação material, qual seja, a verificação da adequação da norma à Constituição Federal.

Em particular, entendemos que não se pode dispensar o mesmo tratamento interpretativo ao procedimento da ADin e da ADEcon. Naquela, é visível a presença de lide,¹²⁰ de partes, de contraditório nos termos tradicionais, resumidamente, de processo propriamente dito. Por certo, que a leitura dessas figuras adquirem contornos distintos, diante do processo individual, voltado à questões subjetivas, e, no processo de controle de constitucionalidade, denominado de processo objetivo.

Também não discutimos a presença de partes nessa ação de inconstitucionalidade, o que já permite concluir que haverá necessidade de obediência às garantias fundamentais do processo.

Diferentemente, na ação declaratória de constitucionalidade, tem-se por idéia central a eliminação de dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

¹²⁰ Estamos nos referindo ao debate intraprocesso sobre haver ou não adequação da norma à Constituição.

Parece-nos que a insegurança jurídica, causada pela dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, intolerável pelo nosso ordenamento jurídico, significa fator suficiente de legitimação daqueles que estão arrolados na norma que ora se comenta. (CF/88- art. 103).

Até porque, entendemos que com o advento da lei (9.869/99), a ADin e a ADEcon não são mais do que duas faces de uma mesma moeda, inadequada seria, portanto, uma legitimação diversa.

3.3.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

Instituída pela Lei n.º 9.882/99 e prevista em sede constitucional no seu art. 102, § 1.º, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental visa, como uma de suas prerrogativas, à proteção dos direitos e garantias fundamentais. Mas o que de fato se pode entender por preceito fundamental?

Segundo posição de Alexandre de Moraes,¹²¹ “os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais”.

¹²¹ MORAES, Alexandre. Comentários à Lei n. 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. _____; ROTHENBERG, Walter Claudius (Coord.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.p. 17.

André Ramos Tavares,¹²² analisando a questão dos valores constitucionais, entende que estes, corporificados em princípios, espécie do gênero norma, são formadores dos denominados preceitos fundamentais.

Segundo doutrina de Roberto Mendes Mandelli Junior,¹²³ “preceito fundamental na Constituição não seria qualquer dispositivo constitucional, mas somente aqueles preceitos, regras ou princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência da Constituição, isto é, opções políticas fundamentais adotadas pelo constituinte”.

Importante ressaltar que a ADPF não se confunde com a ADin ou com a ADEcon, já analisadas anteriormente.

Conforme salienta doutrina já citada de André Ramos Tavares,¹²⁴ “no direito constitucional positivo, o conceito de descumprimento ultrapassa o âmbito da mera inconstitucionalidade, podendo açambarcar até mesmo fatos do mundo concreto contrários à realidade constitucional”.¹²⁵

Continua o autor, dizendo que “ao referir-se a inconstitucionalidade, a Constituição refere-se exclusivamente a leis e a atos normativos, como únicos comportamentos capazes de nela incidirem”. Conclui esse constitucionalista pela

¹²² TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei. In: _____; ROTHENBERG, Walter Claudius (Coord.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 39.

¹²³ Idem, p. 115.

¹²⁴ Op. cit., p. 59.

¹²⁵ É o que se tem notado em ADPFs utilizadas para discutir a inadequação diante dos ditames constitucionais de permissões de aborto de criança anencefálica.

legitimidade da ADPF para atacar além de leis, atos normativos, decisões judiciais, súmulas, possuindo, inclusive, natureza de ação autônoma.

Entendemos deva ser a doutrina desse professor digna dos mais calorosos aplausos, mas há que se ressaltar que, se promovida a ADPF com finalidade de evitar ou reparar lesão de preceito fundamental, praticado por ato normativo, decisões judiciais e leis, sua finalidade chegará muito próxima àquela presente na ADIn e no Recurso Extraordinário. Contudo essa proximidade é absolutamente superficial e aparente, não havendo que se confundir ADPF com ADIn e muito menos com o Recurso Extraordinário.

Apesar de fazer parte do controle de constitucionalidade, pertencente à via difusa e, de, em certo momento, permitir o afastamento daquelas situações que confrontam com as garantias constitucionais, o recurso extraordinário deve permanecer distante da ADPF e da ADIn, sobretudo quanto aos legitimados, competência, efeitos da coisa julgada e procedimento.

Colocadas frente a frente ADPF e ADIn, ainda assim é possível perceber, até com certo grau de facilidade, a distância a ser mantida entre ambas. A ADPF, destinada a evitar ou corrigir ataque a preceito fundamental, tem maior amplitude, permitindo ser aplicada nas situações originadas, inclusive antes do advento da própria Constituição, que a prevê.

Por derradeiro, e para não deixar dúvidas sobre a distância que deve ser guardada entre ADPF e ADIn, é possível assentar, com fulcro na disposição contida no art. 4º., § 1.º, da Lei n.º 9.882/99, que a ADPF se configura como instituto subsidiário.

Importante lembrar, como bem o faz a doutrina de Alexandre de Moraes¹²⁶, anotada no presente tópico, o que se justifica em razão da maneira adequada como trata o instituto da ADPF, que, apenas se subscrita por advogado, haverá exigência de procuração, sendo esta plenamente dispensada quando promovida por qualquer daqueles legitimados, previstos no art. 102 da CF. Ressalte-se que essa mesma interpretação se aplica quando do procedimento destinado à ADIn e à ADECon.

Como dispõe o art. 1.º da lei que disciplina a figura da ADPF, possui esse instituto de controle da constitucionalidade dupla natureza: preventiva ou inibitória e reparatória.

Será considerada de natureza inibitória, quando destinada a prevenir lesão a preceito fundamental, e será por outra via reparatória, quando destinada a recompor os danos causados pelo ato lesivo.¹²⁷

Gizam-se os elementos que deverão compor a petição inicial no momento da propositura da Arguição. A esse respeito dispõe o art. 3.º da Lei n.º 9.882/99: deve conter a petição inicial I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado; II - indicação do ato questionado; III - a prova da violação do preceito fundamental; IV - o pedido com as suas especificações; V - havendo, deverá ser apresentada a controvérsia judicial relevante que penda sobre o preceito fundamental.

¹²⁶ Idem, p. 26.

¹²⁷ Nesse mesmo sentido ver trabalho significativo de MORAES, Alexandre de .Comentários à Lei n. 9.882/99 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBERG, Walter Claudius (Coord.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n.º 9.882.99. São paulo: Atlas, 2001 p. 17.

Ressalte-se, ainda, que, afora os legitimados do art. 103 da CF, deverá seguir a petição inicial acompanhada do instrumento de mandato (quando exigido) e com cópia dos documentos necessários para demonstrar a infração ao preceito fundamental.

Sobre os elementos da petição da ADPF, duas observações: a) percebe-se que em relação ao instituto da ADPF, o art. 3.º da lei que o disciplina não menciona a necessidade da causa de pedir, ou seja, dos fundamentos que recaem sobre o pedido. Diferentemente, verificamos que o art. 3.º da lei que regula o procedimento da ADIn e ADEcon exige como um dos seus requisitos a demonstração dos fundamentos de cada pedido de impugnação.

Sobre a necessidade do fundamento, já assentou o STF que caso a ADIn verse sobre provável inconstitucionalidade de toda a lei, não há razões para exigir o fundamento individualizado.¹²⁸

De um modo ou de outro, não se pode questionar da necessidade de apresentação da causa de pedir, em qualquer desses instrumentos.¹²⁹

b) a segunda observação quanto aos elementos exigidos na apresentação da inicial no processo da ADPF e da ADIn/ADEcon, refere-se ao disposto no inciso terceiro do art. 3.º da presente lei: “prova da violação do preceito fundamental”. Como se nota, não há especificação da forma de prova, o que culmina no surgimento inevitável de

¹²⁸ STF – Pleno, ADIn 2.182- DF - Méd. Cautelar, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 31/05/00, apud Theotônio Negrão, CPC, nota 1.ª referente ao artigo 3.º da Lei n.º 9.868/99, p. 1059.

¹²⁹ Os elementos de identificação das demandas coletivas, serão alvo de estudo em capítulo específico por constituir premissa indispensável ao tema em estudo.

uma dúvida: tal prova deve ser necessariamente documental ou será possível tal demonstração por outro meio, como, por exemplo, a oitiva de testemunhas?

Em resposta a esta segunda colocação, parece-nos não haver abertura para que se possa falar em testemunhas, vez que estamos diante de procedimento a tramitar na competência do STF; e, também, porque estamos falando em demonstração de ato normativo, ou ato judicial, ou ainda de fatos concretos ocorridos no seio da sociedade, todos passíveis de prova documental, materializados que estão.

3.3.4 Mandado de segurança coletivo

Como assevera doutrina de Celso Agrícola Barbi,¹³⁰ com o advento da Constituição de 1934 foi instituída a figura do mandado de segurança, instituto tipicamente brasileiro e neste momento, restritivamente voltado às questões individuais. Mais adiante, precisamente com o advento da Constituição de 1937, deixou esse instituto de fazer parte da seara constitucional, retornando nas subseqüentes.

Esse momento, contudo, se configura como coroamento de um longo e conturbado processo em que o habeas corpus mostrou-se insuficiente, ou melhor, inadequado à tutela de interesses que, segundo narra Castro Nunes¹³¹ não encontravam amparo no nosso ordenamento jurídico.

¹³⁰ A proteção do cidadão contra atos ilegais da administração pública no Brasil, *Repro* 28, p. 20. com a mesma informação ver doutrina de FIGUEIREFO, Lucia Valle. Mandado de segurança. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 13.

¹³¹ NUNES, Castro. Do mandado de segurança. e de outros meios de defesa contra atos do poder público. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1948. p. 13. Igualmente sobre o processo evolutivo do mandado de segurança segue doutrina de SIDOU, J. M. Othon.

Ressalte-se que, somente com o advento da Carta Constitucional de 1988, restou devidamente inserida em nosso ordenamento jurídico a figura específica do mandado de segurança coletivo, até então, era destinado somente à proteção de interesse líquido e certo, individualmente considerado.¹³²

Atualmente o mandado de segurança coletivo está previsto de modo expresse no art. 5.º, LXX, da CF de 1988.

Segundo ainda nos ensina Lucia Valle Figueiredo,¹³³ os principais requisitos exigidos na interposição do mandado de segurança coletivo são os mesmos exigidos na sua interposição de modo individual, ou seja, o direito líquido e certo, não amparados por *habeas data* ou *habeas corpus*. A propósito, chega a afirmar Ada Pellegrini Grinover¹³⁴ que o mandado de segurança coletivo não passa de espécie do individual.

Por direito líquido e certo, diz a autora, deve ser entendido “o que não se submete a controvérsias factuais”. Em outras palavras, Arnold Wald¹³⁵ diz tratar-se de “direito comprovado de plano...”.

As Garantias ativas dos direitos coletivos: habeas corpus, ação popular, mandado de segurança. Rio de Janeiro: Forense. 1977. p. 229 e ss.

¹³² FIGUEIREDO, Lucia Valle. Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 14.

¹³³ Idem, p. 24.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. Revista de Processo, São Paulo, v. 58, 1990. p. 75.

¹³⁵ WALD, Arnold. Do mandado de segurança na prática judiciária. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 120.

Diferencia-se do mandado de segurança individual, diversamente do que sustenta Eduardo Arruda Alvim,¹³⁶ não só em relação aos legitimados, mas ainda em relação aos requisitos para concessão de liminares.

Nesse sentido, exige o art. 2.º da Lei n.º 8.437/92 que para concessão de sua liminar, assim como na hipótese de ação civil pública, seja realizada audiência, permitindo a oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas.

Outra característica específica do mandado de segurança coletivo é que não se destina à proteção de direitos individuais, em tese, mas, tão-somente, à proteção de direitos pertencentes a grupos, sejam de pessoas determináveis, determinadas, ou ainda, de pessoas indetermináveis.

Desse modo, não se pode ter dúvida de que o instrumento da segurança coletiva se destina à proteção de toda e qualquer forma de direito coletivo, seja quanto aos difusos, os coletivos propriamente ditos e os individuais homogêneos.¹³⁷

¹³⁶ Esse processualista sustenta que a única distinção entre o mandado de segurança coletivo e o individual estaria na legitimação. ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 50.

¹³⁷ Para uma adequada leitura sobre o objeto do mandado de segurança coletivo, ver texto, já acima referido de Ada Pellegrini Grinover. Mandado de segurança coletivo. p. 79; no mesmo sentido, Lucia Valle Figueiredo. Mandado de Segurança. p. 27, Importante frisar que, em outro escrito (Aspectos processuais das demandas coletivas. p. 55), havíamos nos posicionado de modo contrário a tal possibilidade, por entender que o mandado de segurança coletivo se destinava exclusivamente à proteção de direitos divisíveis e pertencentes a grupos de pessoas determináveis, contudo o estudo mais aprofundado e mais cauteloso da matéria nos levou à conclusão diversa esposada nas linhas acima.

Ainda sobre a questão do objeto a ser protegido pelo mandado de segurança coletivo, Luiz Manoel Gomes Júnior¹³⁸ chega a afirmar, adequadamente nos parece, que a diferença entre esta figura e as demais espécies de demandas coletivas se restringe à impossibilidade de produção de provas documentais na segurança coletiva.

A utilização do mandado de segurança poderá ocorrer em razão de dupla finalidade: a) na primeira delas, visa a evitar que certa autoridade, mesmo que no exercício de função delegada, pratique ato de agressão a direito líquido e certo que não possa ser protegido por meio de *habeas corpus* ou *habeas data*; neste caso será denominado de mandado de segurança preventivo; b) poderá ocorrer que o referido direito líquido e certo já tenha sofrido a agressão que se pretendia evitar, desse modo só resta a interposição da mesma figura do mandado de segurança com fins a cessar essa agressão.

Quanto à utilização desse instrumento, visando a repelir agressão já consumada a direito líquido e certo, deverá a parte demonstrar a referida agressão mediante provas documentais inequívocas, apresentadas inicialmente com a petição vestibular.

¹³⁸ GOMER JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual coletivo. Rio de Janeiro, Forense, 2005. p. 19.

3.3.5 Mandado de injunção coletivo

Segundo doutrina de Celso Ribeiro Bastos,¹³⁹ são dois os requisitos do mandado de injunção: a) que haja um direito constitucional de quem o invoca; b) o impedimento que o impetrante está padecendo de poder exercê-lo por falta de norma regulamentadora.

Ainda segundo esse saudoso constitucionalista, o “mandado de injunção só tem cabimento quando a falta de norma regulamentadora impede o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania”.

Roberto Rosas vai um pouco além de afirmar o objeto do mandado de injunção, como sendo instituto destinado a preservar ativamente essas mesmas garantias, já frisadas por Celso Bastos, diz que somente estas podem ser alvo do presente instituto, tendo sido esta a intenção do legislador.¹⁴⁰

Em sentido contrário, segue Carlos Mário da Silva Velloso,¹⁴¹ afirmando que a interpretação sobre o objeto do mandado de injunção, não pode ser restritiva, sobretudo em razão dos fins que levaram o legislador brasileiro a inseri-lo em nosso ordenamento jurídico, seguindo a necessária proteção da equidade, como o fizeram os ingleses.

¹³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 p. 242.

¹⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito processual constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 106.

¹⁴¹ VELLOSO, Caio Mario da Silva. Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). Mandados de

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a figura do mandado de injunção em seu artigo 5º. inciso LXXI, dizendo que: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, à soberania e à cidadania.”

Importante lembrar que essa figura constitucional também faz parte do rol de medidas que se apresentam aptas a emprestar proteção aos direitos coletivos. Em sentido contrário, nos parece, segue doutrina de Roberto Rosas¹⁴² que se manifesta, afirmando ser o mandado de injunção figura individual. “Não se lhe aplicando o mandado de segurança coletivo”.

Data maxima venia, não entendemos desse modo. É preciso considerar que a Constituição Federal de 1988 determinou em seu art. 8.º, III, que aos sindicatos faculta promover ação no sentido de proteger os direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Entendendo de modo positivo a concessão da medida injuntiva, visando à proteção de direitos coletivos, seguem as mais recentes decisões do STF, fundamentando tal hipótese por analogia na determinação do art. 5.º, LXX, que fala do mandado de segurança coletivo.¹⁴³

segurança e injunção.. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 99. O autor registra vasto rol de doutrinadores que seguem mesmo entendimento.

¹⁴² Op. cit., p. 107.

¹⁴³ MI- 361. Relator. Min. Néri da Silveira, j. 08-4-94; MI- 20. Relator Min. Celso de Mello, j. 19-5-94; MI-73, Relator Min. Moreira Alves, j. 7-10-94; todos os julgamentos foram proferidos pelo pleno daquela casa. Na doutrina, José Afonso da Silva. Mandado de Injunção. In Mandados de Segurança e Injunção. P. 397.

Carlos Mario da Silva Velloso, já lembrado nos parágrafos acima, assevera, quanto à utilização das disposições referentes ao mandado de segurança coletivo, que esta deve ser feita com certa dose de cautela.

Haja vista que o mandado de injunção possui caráter substancial ao passo que o mandado de segurança se apresenta como “instrumento processual de realização de direito liquido e certo.”¹⁴⁴

Com fulcro nesse entendimento, sustenta o autor deva o mandado de injunção seguir o procedimento do Código de Processo Civil, tendo em vista a necessidade de produção de provas, e sobretudo a garantia de fazê-lo, salvo, se já existirem provas suficientes, podendo neste caso, seguir o procedimento do mandado de segurança.

Questão que se apresenta de modo interessante é saber qual a distância que deve ser guardada entre a presente figura de mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão?

Vimos que o mandado de injunção, previsto na Constituição de 1988, mais precisamente em seu artigo 5.º. LXXI, é destinado a forçar regulamentação de norma que por sua ausência impede ou dificulta o exercício de direitos fundamentais.

Por outro lado, já anotamos igualmente que a inconstitucionalidade por omissão se verifica quando haja inércia daquele que deveria legislar no sentido de proteger

¹⁴⁴ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). Mandados de segurança e injunção. São paulo: saraiva, 1990. p. 101.

direitos fundamentais. De fato, a proximidade é grande, mas não suficiente para transformar tais figuras em uma única.

Enquanto a ADin por omissão destina-se a *determinar* a quem de competência, que se legisle sobre um específico direito fundamental que poderá ser exercido em situações abstratas¹⁴⁵, o mandado de injunção terá cabimento, igualmente para regular o exercício de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, contudo permite ao próprio juiz criar norma especial para regular o caso concreto.¹⁴⁶

Como anota doutrina de José Afonso da Silva, “o conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação.”¹⁴⁷

Continua esse constitucionalista: “é equivocada, portanto, data venia, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação,

¹⁴⁵ Nesse sentido determina o artigo 103, parágrafo segundo da Constituição Federal: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

¹⁴⁶ Com a mesma afirmação SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). Mandados de segurança e injunção. p. 399; nessa mesma obra, Carlos Mario da Silva Velloso. Mandado de segurança e institutos afins. P. 101, Roberto Rosas. Direito Processual Constitucional. P. 107.

¹⁴⁷ Mandado de Injunção. In Mandado de Segurança e de Injunção. Coordenação de Sávio de Figueiredo Teixeira. P. 399. Nesse mesmo sentido, entendendo que a sentença de injunção não possui a finalidade de obrigar o legislador ordinário a legislar, segue doutrina de Celso Agrícola Barbi em seu artigo denominado igualmente, Mandado de Injunção. In Mandado de Segurança e Injunção, coordenado por Sávio de Figueiredo, p. 390.

dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão”.¹⁴⁸

3.3.6 Ação popular

A origem da ação popular data do período romano, como nos narra obra de Rodolfo de Camargo Mancuso.¹⁴⁹ Já naquela época era possível perceber o anseio dos cidadãos em proteger os bens que entendessem pertencer a uma coletividade, mesmo que sua utilização recaísse sobre um único indivíduo.

No ordenamento jurídico pátrio, como nos noticia a obra desse mesmo professor da USP, a ação popular tem origem ainda no período imperial e início do período republicano.

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar da ação popular como uma das garantias constitucionais, sendo excluída desse rol apenas na Constituição de 1937, voltando em todas as Cartas que a essa se seguiram. Hodiernamente, a ação popular está prevista em sede constitucional, no art. 5º, LXXIII, onde se determina que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a *anular* ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas e do ônus de sucumbência” (grifo nosso).

¹⁴⁸ Mandado de segurança e injunção. P. 399.

¹⁴⁹ *Ação popular*, p. 39 e ss.

À primeira vista, diante de leitura puramente superficial, tem-se a impressão do cabimento de ação popular apenas com fins declaratórios, uma vez que o artigo fala em “anular o ato”. Na verdade, esta restrição não encontra razão de ser. Nada impede que por meio de ação popular possa o cidadão pleitear algo de natureza condenatória ou ainda mandamental e executiva *lato sensu*. Exemplo de ação popular com natureza condenatória tem-se na situação em que o cidadão requer a condenação da administração, juntamente com os beneficiários, a repor aos cofres públicos as quantias despendidas com viagens inexistentes. Quanto a mandamental, pode-se falar na situação em que se requer a imposição de obrigação de não contratar determinada empresa, ou no caso da executiva, quando se pede, via ação popular, a determinação para que realize determinada obra contratada com a administração pública, sob pena de multa diária.

Na verdade, a supremacia do objeto envolvido em demandas destinadas à proteção de direitos coletivos permite, inclusive, que diante de pedido inadequado possa o magistrado, de ofício e sem configurar decisão *ultra petita*, *extra petita* ou *infra petita*, readequar a natureza de tal demanda.

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado determina que todo e qualquer ato realizado pelo Poder Público possa ser fiscalizado e eventualmente impugnado por iniciativa de qualquer cidadão. Essa garantia, fundada no Estado Democrático de Direito, tem por mira impedir qualquer que seja a ordem de agressão ao patrimônio público, praticada por aqueles que contratam com os entes públicos ou que exercem de algum modo função pública.

Como bem anota trabalho de José Carlos Barbosa Moreira,¹⁵⁰ a Lei n.º 4.717/65, ao regular a ação popular, fixou o conceito de patrimônio público com a finalidade de não permitir tratamento restritivo ao termo. Desse modo, diz o art. 1.º, § 1.º, da referida lei: “Considera-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Seguindo esse entendimento é possível a utilização da ação popular com a finalidade de proteger, por exemplo, a depredação de prédio histórico, a descaracterização de parque ecológico, independentemente de seu conteúdo financeiro.

Como será oportunamente analisada, em momento destinado ao estudo dos aspectos processuais das demandas coletivas, a ação popular se assemelha a outras figuras que, da mesma forma, se destinam à proteção de patrimônio público, quais sejam, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.

Interessante observação é apresentada por José Afonso da Silva,¹⁵¹ quando aduz ao fato de que a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de situações a serem protegidas pela ação popular, passando a encampar a proteção ao meio ambiente e à moralidade administrativa. Ainda com fulcro nas observações desse respeitado constitucionalista, ao referir-se à exigência de moralidade administrativa, na verdade está-se diante de exigência de cumprimento dos ditames legais, observando-se os limites traçados pelos princípios que regem a administração pública. Diz que “isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é

¹⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. Revista de Processo, São Paulo, v. 28, p. 10.

¹⁵¹ Op. cit., p. 461.

puramente formal, porque tem conteúdo jurídico, a partir de regras e princípios da Administração”.

Assim, como será anotada no campo destinado ao estudo da ação civil pública, a ação popular não se destina, *a priori*, a atacar questões de controle de constitucionalidade, sobretudo tendo em vista a existência de figuras especificamente destinadas a tal fim.

3.3.7 Ação civil pública

Hugo Nigro Mazzilli¹⁵² diz que “a rigor, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público”. Nos termos da Lei n.º 7.347/85, o entendimento parece mais amplo, indicando, segundo esse mesmo autor, ação que visa à proteção aos direitos transindividuais. Desse modo, a ação civil pública pertence ao gênero ação coletiva, juntamente com todas aquelas anteriormente tratadas.¹⁵³

Segundo Arruda Alvim,¹⁵⁴ o surgimento de ações como a civil pública se deu por razões várias, como a forte influência do capitalismo, implicando o surgimento dos

¹⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 69.

¹⁵³ Como assevera doutrina de José Marcelo Menezes Vigliar, tanto ação coletiva quanto ação civil pública são expressões equivocadas, mas ainda assim aquela se apresenta mais indicativa de seu objeto do que esta última. Nessa esteira, ainda com esse doutrinador, sem dúvida um dos principais estudiosos dos temas afetos às demandas coletivas, “ação civil pública por nenhuma razão sustentável poderia se classificar como espécie da coletiva, já que ela também veicula pretensão coletiva”, op. cit., p. 455.

¹⁵⁴ ALVIM, Arruda. Ação civil pública. Revista de Processo, v. 87, 1997. p. 149.

conflitos econômicos, por exemplo, além das naturais evoluções sociais, deflagrando a formação de grupos socialmente organizados.

Os novos contornos ,traçados pelo aparecimento de conflitos de massa, exigiram do legislador um esforço no sentido de constituir instrumentos processuais aptos a efetivar os anseios daqueles grupos.

A Lei n.º 7.347/85, que disciplina a figura da ação civil pública, determina, em seu art. 1º. e incisos, que esta se destinará à proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico.

Em sede constitucional a ação civil pública está prevista no art. 129, III. Diz que são funções institucionais do Ministério Público: “III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Deixando de lado a questão da adequação do termo “ação civil pública”, que a nosso ver é indicativo de direito subjetivo de pleitear proteção ao Estado diante de interesses públicos e sociais de qualquer ordem¹⁵⁵, é necessário observarmos a natureza jurídica de tal ação bem como seu objeto.

¹⁵⁵ Não se permite a limitação de situações a serem protegidas pela ação civil pública.

Conforme doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso,¹⁵⁶ a ação civil pública possui natureza processual, tendo em vista sua destinação a regular o *modus faciendi* do direito material. Bem lembra esse autor que não é possível sustentar uma pureza entre as diversas áreas do direito, o que também se verifica, em sede de ação civil pública, que, apesar da preponderância em matéria processual, possui certos aspectos que se caracterizam como de direito material.¹⁵⁷

A ação civil pública possui característica interessante na medida em que abarca diversas outras leis que se destinam à proteção de interesses coletivos. Assim, a Lei n.º 7.853/89, que disciplina os interesses dos portadores de deficiência; a Lei n.º 7.913/89, disciplinando os interesses dos investidores do mercado de valores mobiliários; a Lei n.º 8.069/90, disciplinando os interesses das crianças e adolescentes; a Lei n.º 8.078/90, regulando o Código de Defesa do Consumidor; a Lei n.º 8.429/92, regulando a questão de improbidade administrativa.

Essa característica se deve, sobretudo, à legitimidade do Ministério Público para pleitear o amparo dos interesses coletivos em gênero.

Tem por objeto a proteção de todo e qualquer direito coletivo originário de interesse público ou social que esteja ameaçado de agressão ou que já tenha sofrido qualquer forma de agressão. Gregório Assagra de Almeida alude à impossibilidade de

¹⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 26.

¹⁵⁷ A possibilidade de ocorrência de crime contra a Administração Pública nos termos do art. 10 da Lei n.º 7.347/85; a decadência, a prescrição.

se limitar o campo de atuação da ação civil pública.¹⁵⁸ Diz que “decisões jurisdicionais que restringem o campo de aplicabilidade da ação civil pública, ao argumento de que ela não poderá ter como objeto o erário ou matéria tributária, estão ferindo frontalmente o texto e o espírito do dispositivo constitucional, em prejuízo da própria sociedade e do Estado Democrático de Direito”. O autor vai além, indicando de modo incisivo a inconstitucionalidade da MP n.º 2.180/2001, que determina não ser admitida a ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.¹⁵⁹ Sustenta esse autor, acertadamente a nosso ver, ter o governo legislado em benefício próprio, impedindo o livre exercício do direito de ação, garantido democraticamente pelo art. 5.º, XXXV, denominado inafastabilidade do poder jurisdicional.

Aspecto que merece análise, mesmo que breve, é relativo à possibilidade de se valer da ação civil pública com fim de exercício de controle de constitucionalidade.

Ressalta a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli que a jurisprudência se posiciona de modo negativo, ou seja, não admite a ação civil pública em lugar de ação própria, ADIn/ADEcon. Continua o autor dizendo que um dos motivos que justifica tal entendimento é, sem dúvida, a questão da competência. Sabe-se que a ADIn/ADEcon, instrumentos destinados ao controle concentrado da constitucionalidade, é de competência originária do STF (art. 102, I, a, da CF); além da competência, também a legitimidade de um instituto e outro não se confundem.

¹⁵⁸ Op. cit., p. 307.

¹⁵⁹ Proibição esta contida igualmente no art. 1.º, par. ún. da Lei n.º 7.347/85.

Ainda com base na doutrina desse processualista, tem-se que a alegação de inconstitucionalidade no máximo poderia ocupar a posição de causa de pedir, jamais de pedido, exatamente em razão da inadequação completa da regra de competência.

Também sustentando a impossibilidade de utilizar a ação civil pública com finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, onde o efeito é sempre *erga omnes*, segue doutrina de Alexandre de Moraes,¹⁶⁰ ressaltando da mesma forma esse autor que haverá tal possibilidade apenas como causa de pedir.

Ainda no sentido de permitir o controle incidental de constitucionalidade, e neste caso concordamos, por meio de ação civil pública, segue doutrina destinada especificamente ao estudo do tema de autoria de Gilberto Schäfer.¹⁶¹ Entende o autor que não se pode jamais abandonar a idéia de que todos os juízes são, pela própria essência da função, titulares do exercício do controle de constitucionalidade, cabendo a cada qual deles, incidentalmente em uma demanda civil pública, analisar como elemento prejudicial à questão da constitucionalidade da lei envolvida na demanda. No presente tópico, apesar de concordar com a posição desse doutrinador, data maxima vêniam ousar ir além.

Na verdade, a afirmação que se faz não inova e, salvo engano de minha parte, de fato não foi esta a idéia desse excelente trabalho. Originário no denominado modelo americano, o controle difuso, praticado pelo juiz incidentalmente na demanda que tenha

¹⁶⁰ Direito constitucional, p. 614.

¹⁶¹ SCHÄFER, Gilberto. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

outro bem da vida como objeto principal, é uma realidade do processo brasileiro. Do mesmo modo a admitem os Tribunais estaduais e superiores de nosso país.

Essa visão, contudo, não nos parece ir de encontro com o entendimento doutrinário que rechaça a idéia de um controle de constitucionalidade por meio de ação civil pública. Como se pode notar nas diversas citações doutrinárias, acima anotadas por nós, o que não se permite é a idéia de uma ação civil pública com fins a discutir como elemento principal a inconstitucionalidade de uma norma, aí sim, ferindo frontalmente regras de ordem processual, dentre elas a competência e os limites da coisa julgada. Frisa-se que da mesma forma que compete ao magistrado declarar a inconstitucionalidade incidental de norma como matéria prejudicial ao mérito, deixando de aplicá-la ao caso concreto, lhe cabe verificar se não está o proponente da ação civil pública ou de outra ação ordinária qualquer mascarando um pedido de declaração de inconstitucionalidade.¹⁶²

Alude a doutrina de Gilberto Schäfer, posição da qual compartilhamos, que nem mesmo a alegação de que a demanda coletiva faz coisa julgada *erga omnes* se mostra suficiente para afastar a possibilidade de se acolher incidentalmente a alegação de inconstitucionalidade de norma. Assim expressa o autor: “na ACP, o que faz coisa

¹⁶² Anote-se a doutrina de SÁ, José Adonis Callou de Araújo. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 129, onde o autor entende não haver nesse caso qualquer declaração de inconstitucionalidade, “mas negativa de aplicação da norma tida por inconstitucional.”

julgada *erga omnes*, quando se trata de direito ou interesse difuso, é a tutela do bem específico que foi colocado em jogo...”¹⁶³

Não é mesmo outra a determinação contida no artigo 469, I do CPC. A coisa julgada não atinge a causa de pedir, quando isoladamente analisada. É exatamente isto que irá ocorrer na ação civil pública onde incidentalmente se analisará o fundamento da inconstitucionalidade. Exatamente por ser analisada no curso da demanda como matéria prévia a verificação do mérito, não se permite falar em coisa julgada material e por consequência usurpação da competência do STF. Haverá, como restará devidamente anotado em tópico específico do presente trabalho, mera conexão entre tais demandas, devendo ser suspensa a ACP até que o STF declare ou não a inconstitucionalidade da norma.

3.4 A LEGITIMAÇÃO NAS DEMANDAS COLETIVAS:

3.4.1 Conceito de legitimidade.

O termo legítimo é demasiadamente amplo, extrapolando, e, muito os limites do direito processual.

Genericamente conceituado, legítimo é aquele que atua, não necessariamente de acordo com aquilo que lhe é de direito, de acordo com a verdade.¹⁶⁴

¹⁶³ Ação civil Pública e Controle de Constitucionalidade. P. 128. Nesse sentido ver ainda TAVARES, André Ramos. Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, 2003. p. 107 e ss.

¹⁶⁴ Para uma adequada análise do significado do termo legitimidade fora do âmbito jurídico ver valiosas considerações feitas por Donaldo Armelin em obra direcionada ao

Analizado restritivamente dentro do direito, é possível verificar, ainda, uma certa amplitude do termo legítimo, seja em relação ao direito civil, ou ainda qualquer outra matéria pertencente ao direito material.

Apesar da relevância que possa ter a análise do termo legitimidade, frente a todas estas suas vertentes, no presente escrito só nos interessa a verificação dos seus contornos dentro do direito processual.

Aqui, apesar de destinado ao estudo do processo coletivo, mostra-se inevitável a análise dos limites conceituais da figura da legitimidade, além é claro, de suas características.

Esta análise se justifica tendo em vista os contornos próprios que deverá receber, quando inserida no processo destinado à solução de conflitos de massa.

Pois bem. No processo civil individual, costuma-se falar em duas espécies de legitimidade: ordinária e extraordinária. Há, no entanto, aqueles que, como Alexandre Freitas Câmara, buscam se posicionar no sentido de permitir um fracionamento maior da chamada legitimidade extraordinária. Igualmente seguimos esta posição.

O que ocorre, em verdade, é que a legitimidade extraordinária se configura como gênero, da qual a substituição processual se mostra apenas como espécie. Frise-se, no entanto, que para grande parcela da doutrina uma e outra não passam de sinônimos.

A Constituição Federal garante a todo e qualquer sujeito de direitos a prerrogativa de buscar o Estado, visando à proteção de um direito que tenha sido agredido ou que esteja em perigo iminente de sofrer uma agressão. (art. 5.º, XXXV). A esse direito (na verdade um Poder) dá-se o nome de acesso à ordem jurídica justa, direito de ação. Como estabelece o próprio dispositivo supra mencionado, o Estado possui um dever, inafastável, de pacificar os conflitos sociais que lhe são apresentados. Essa inafastabilidade da atuação jurisdicional se deve ao fato de ter esse mesmo Estado sub-rogado às suas mãos a prerrogativa de impor sua vontade com fins à manutenção da ordem social.

Como já anotado no tópico destinado ao estudo do direito de ação, sua titularidade é desvinculada da titularidade do direito material, além do que, é incondicional. De modo que, se aludir à figura da legitimidade como condição da ação, não pode pensar, como outrora fazia Liebman e ainda o fazem processualistas de escol como Araken de Assis, Humberto Theodoro Jr, que seja exigida como requisito de existência da ação, ou para o exercício de seu direito. Na verdade, as condições da ação são requisitos necessários à análise do mérito da demanda.

Nada impede, portanto, que o sujeito promova demanda, mesmo não sendo parte legitimada, ou ainda que não tenha qualquer interesse de agir. Verificada esta irregularidade, contudo, deverá a demanda ser imediatamente extinta sem que se resolva o mérito. (art. 267, VI).

Como anotado em tópico específico abaixo, a legitimidade se apresenta de duas formas: aquela relacionada à demanda, identificada pela doutrina como

legitimidade *ad causam*; e de outro lado a legitimidade exigida como elemento de configuração do processo válido, identificada como legitimidade *ad processum*. Enquanto aquela se configura como condição da ação (ou como melhor entendemos, da demanda) esta se apresenta como pressuposto processual de validade do processo.

3.4.2 Legitimidade e capacidade.

As figuras da legitimidade e da capacidade, quando analisadas à luz das regras de direito e, sobretudo, do direito processual civil, a única que nos interessa no presente momento, conduz a uma série de questionamentos. Contudo tais indagações serão aqui avaliadas e respondidas nos limites do que possa interessar ao escopo do presente trabalho monográfico. Não ignoramos a relevância que tais figuras despertam também no âmbito do direito material, mas os limites traçados para esse trabalho não nos permitem ir além.

Pois bem. E por onde começar a análise, que ora se pretende, dos institutos da legitimidade e da capacidade aplicados no processo civil, senão pela própria dificuldade, encontrada na doutrina, de distanciá-las.

Essa dificuldade em colocar legitimidade e capacidade cada qual em seu escaninho, passa a trazer outros desdobramentos, muitas vezes já dentro do processo, dificultando o atingimento de seu fim.

Donaldo Armelin, ao escrever o que entendemos ser a melhor obra nacional já publicada sobre o tema da legitimidade no processo civil brasileiro, chega a mencionar que em certos momentos “difícil se torna escandir a capacidade da legitimidade.”¹⁶⁵

Segundo posição desse professor da PUC/SP, “enquanto a incapacidade afeta intrinsecamente o ato, eivando-o de invalidade, a ilegitimidade do agente somente repercute nos efeitos do ato, inibindo a regular produção destes.” Podemos dizer que, enquanto a capacidade está ligada a aptidão do sujeito frente ao próprio direito, a legitimidade aparece vinculada à aptidão para o exercício desse mesmo direito. Ou ainda, como nas palavras de Fredie Didier Jr. “a capacidade é a aptidão genérica para a prática dos atos da vida civil. A legitimidade é a aptidão específica para a prática de determinado ato.”¹⁶⁶

Na idéia da prof^a. Teresa Arruda Alvim Wambier a “legitimidade supõe a capacidade.”¹⁶⁷ Isto porque, a configuração da legitimidade se dá através da relação estabelecida entre os sujeitos envolvidos no conflito social e o próprio bem, objeto de desejo de ambos.

A observação daquilo que se pode entender por capacidade e por legitimidade, não se mostra questão vazia de significado prático, pelo contrário, a perfeita formação e desenvolvimento do processo exige a presença da tríplice configuração da capacidade, quais sejam: capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade

¹⁶⁵ ARMELIN, Donaldo. A legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 14.

¹⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 174.

¹⁶⁷ Nulidades do processo e da sentença.

postulatória, além da perfeita distância que deve ser guardada entre legitimidade *ad causam* e *ad processum*. Visando não perder de vista a finalidade do presente trabalho, iremos nos ater a comentar apenas as espécies de legitimidade, sobretudo aquela relacionada à demanda, quanto às espécies de capacidade, remetemos nosso leitor para outro trabalho de nossa autoria.¹⁶⁸

Passemos, então, à análise das espécies de legitimidade e verificando, nesse curso, as vias de adequação com as demandas coletivas.

3.4.3 Legitimidade ad causam

Ao buscar uma idéia de legitimidade *ad causam* que pudesse compreender sua natureza e características, a doutrina se bipartiu dando vida a duas correntes: a) a primeira delas, no sentido de afirmar que a figura da legitimação, assim como do interesse de agir decorreria da própria relação de direito material em nada interessando a condição de exercício do processo. Por essa linha, só teria legitimidade para a causa o sujeito que demonstrasse sua titularidade em relação ao bem material pretendido. Ainda por este aspecto, a legitimidade se aproximaria de tal ordem do direito material que facilmente se confundiria com o próprio mérito da demanda. Analisando a figura da legitimidade a partir da relação puramente material, segue doutrina de Arruda Alvim, Vicente Greco Filho, Alfredo Buzaid.

b) De outro lado, segue doutrina afirmando que, face à autonomia estabelecida entre relação de direito material e processual, a legitimidade, assim como todas as

¹⁶⁸ Aspectos processuais das demandas coletivas.

demais figuras que compõem as denominadas condições da ação, pertencem ao âmbito do processo, tendo sua origem verificada a partir do envolvimento do sujeito com a lide posta em juízo. Nesse sentido, segue doutrina de Humberto Theodoro Jr., dizendo que “legitimados são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito.” Adiante conclui esse processualista mineiro, valendo-se da doutrina de Arruda Alvim que “as condições da ação são requisitos de ordem processual, intrinsecamente instrumentais e existem, em última análise, para se verificar se a ação deverá ser admitida ou não.”¹⁶⁹

Seguindo essa mesma linha, afastando de modo peremptório a legitimidade *ad causam* da relação de direito material, Ernane Fidélis dos Santos alude que “a pessoa pode não ter o direito e ser parte legítima para propor a ação.”

Outro doutrinador que entende estar a legitimidade relacionada à lide, Ricardo Negrão, sustenta que “é legitimado “*ad causam*” todo aquele que, em vista ao que restou afirmado na inicial, estaria sujeito a sofrer as consequências práticas da decisão judicial em sua esfera jurídica.”¹⁷⁰

Data máxima venia aos autores ligados às duas correntes, entendemos que não se pode estancar uma teoria da outra, ao falar em legitimidade.

Na verdade, o que se tem é uma figura de natureza híbrida, onde, ao mesmo tempo, convivem elementos de ordem material e processual. Começemos por afirmar

¹⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 69.

¹⁷⁰ NEGRÃO, Ricardo. Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Leud, 2004. p. 122.

que as condições da ação não são requisitos para o exercício do direito de ação. A ausência de qualquer das condições não impede a propositura da ação, seu exercício, mas o julgamento do mérito dessa mesma demanda. De outro lado, não se pode afirmar que a caracterização da legitimidade decorra da lide. Isto porque a figura da lide se verifica intraprocesso.

Na verdade, a legitimidade é de ordem processual por se apresentar como requisito de admissibilidade do mérito; além do que sua verificação se dá pela simples afirmativa apresentada pelo autor na sua peça inicial.

A legitimidade *ad causam*, de agir ou ainda de parte, é conceituada pela tradicional doutrina do professor Donaldo Armelin, exaustivamente citada por todos aqueles que se enveredam pelo estudo do direito processual, como sendo “uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado.”¹⁷¹

Cândido Rangel Dinamarco diz tratar-se de uma “qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz.”¹⁷² Segundo ainda este processualista da USP, a legitimidade *ad causam* se depreende da “necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la.”¹⁷³

¹⁷¹ ARMELIN, Donaldo. A legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 11.

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2.ed. São paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 306.

¹⁷³ Ibidem, p. 306.

Liebman, considerado precursor da idéia de que para promover a demanda deveria ser demonstrada a legitimidade ativa e passiva para a demanda diz “que o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir e a pessoa com referência à qual ele existe.”¹⁷⁴

Em outra obra sustenta Liebman que:

toda vez que surge um conflito de interesses, a lei não reconhece a qualquer um o poder de dirigir-se ao juiz para que intervenha e imponha o império da lei. Aquele a quem a lei atribui esse poder e aquele em face de quem o pedido pode ser feito é que são as pessoas legítimas.¹⁷⁵

Francesco Carnelutti define a legitimação *ad causam* como “a idoneidade de uma pessoa para atuar no processo, devida à sua posição e, mais exatamente, a seu interesse ou a seu ofício.”¹⁷⁶

Apenas há que se ressaltar o fato de que esse processualista italiano fala em “legitimação processual”. Como já anotado nos parágrafos acima, há uma distinção a ser considerada entre legitimação *ad causam* e *ad processum*, o que restará devidamente colocado ao longo do presente tópico.

¹⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. 3.ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I, p. 208.

¹⁷⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: José Bushatsky editor, 1976. p. 127.

¹⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000. v. 2, p. 57.

Outro expressivo doutrinador italiano fala sobre a legitimação. Ensina Salvatore Sata que, enquanto o interesse de agir se configura em uma das condições objetivas da demanda, a legitimidade se configura como uma das condições subjetivas.

Em sede legislativa estabelece o código de processo civil brasileiro em seu artigo 3.º que, para propor ou contestar uma demanda, é necessário ter interesse e legitimidade.

Problema que surge entorno da figura da legitimidade ad causam é saber se faz ou não parte do mérito da demanda, ou pelo menos produz efeitos como se de mérito fosse. Nessa quadra, algumas posições devem ser analisadas.

3.4.3.1 Legitimidade ad causam e mérito da demanda.

Mérito é indicativo de pretensão, o pedido apresentado em juízo pelo autor.¹⁷⁷

A propositura de uma demanda em juízo pelo autor, onde irá apresentar frente ao juiz o seu pedido, originário de uma relação de direito material, implica, inexoravelmente, no exercício de uma garantia constitucional do direito de ação (CF/88 - art. 5.º, XXXV).

Ressalte-se que o próprio exercício desse direito constitucional de ação decorre de outra garantia, também de ordem constitucional, qual seja, o devido processo legal,

¹⁷⁷ No capítulo seguinte, onde iremos tratar exclusivamente dos elementos de individualização da demanda, restará o pedido devidamente analisado, inclusive frente às diversas teorias apresentadas pela doutrina nacional e alienígena.

analisado em seu aspecto substancial. Não é, portanto, instituto de ordem puramente processual.

Mas a pergunta que se põe nesse momento é outra. Esse exercício do direito constitucional de ação pode sofrer limitações? A resposta é negativa.

Como já anotado no tópico destinado ao estudo das garantias constitucionais do processo coletivo, o acesso à justiça deve ser visto como exercício pleno de um poder. Poder de exigir do Estado uma tutela jurisdicional efetiva.

Portanto a exigência feita pelo nosso legislador processual, artigo 3.º do CPC, de que, para propor ou contestar uma demanda, é necessário ter interesse e legitimidade, não pode ser lido isoladamente, carecendo, como sempre no estudo de normas processuais de adequada sistematização.

Impõe-se que a idéia de legitimidade *ad causam*, assim como de interesse e de possibilidade do pedido objeto do litígio, decorrem do direito material e não do processual. Legitimado para a demanda (*ad causam*), portanto, é aquele que demonstra de modo suficiente sua relação de titularidade com o direito material pretendido. Caso não tenha êxito, sua demanda restará extinta sem que tenha o mérito sido resolvido, exatamente pela ausência de uma condição da ação. (art. 267, VI)¹⁷⁸

É preciso ressaltar, no entanto, que essa demonstração se faz por simples asserção, ou seja, não é preciso que se prove de modo absoluto essa relação na propositura da demanda, bastando a alegação do autor de que lhe pertence o direito

material pleiteado e de que o réu resiste a observar esse direito. Essa observação se dá face à autonomia do direito de demandar em relação ao processo. Nesse sentido alude doutrina de Humberto Theodoro Jr. que “legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito”.¹⁷⁹

Essa espécie de condição da ação, assim como a possibilidade jurídica e o interesse de agir, na verdade, não devem ser vistos como requisitos exigidos para existência da ação.¹⁸⁰ A ação, aqui considerada em seu aspecto puramente constitucional, deve ser vista como garantia *incondicional* de acesso à ordem jurídica justa (CF/88 art. 5.º, IIIV).

As condições da ação como assevera doutrina de Rodrigo Da Cunha Lima Freire, devem ser analisadas como requisitos mínimos à análise do mérito da demanda.

Ao contrário, entende Arakem de Assis¹⁸¹ que a legitimidade, apesar de estranha ao mérito da demanda, deva ser encarada e decidida de modo definitivo no processo. Afasta esse processualista a idéia, esposada por Liebman, de que a

¹⁷⁸ Igualmente entendendo decorrer a legitimidade da relação de direito material segue doutrina de Arruda Alvim, Manual (?); Vicente Greco Filho; Alfredo Buzaid,

¹⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1 p. 68

¹⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2, p. 62; Arakem de Assis. Manual do Processo de Execução, seguindo lição originária de Enrico Tullio Liebman em seu Manual de Direito Processual Civil, vol.I, traduzido por Cândido Rangel Dinamarco, além desse próprio professor da USP em suas Instituições de Direito Processual Civil, vol.II, p. 299, falam em condições da ação como requisitos exigidos para configuração da existência da ação, o que, vimos, não nos parece adequado.

¹⁸¹ Substituição Processual. Artigo publicado m obra coletiva coordenada por Fredie Didier Jr. Leituras Complementares de Processo Civil. 3.ª Ed, Juspodivm. Salvador: 2005. p. 301 e ss. Nesse mesmo sentido, ver ainda Fredie Didier Jr. Pressupostos

legitimidade constituiria em uma das condições da ação. A principal razão apresentada pelo autor é de que a “legitimidade não condiciona a ação”.

Como já ressaltado acima, não é essa nossa posição.

A legitimidade é, por sua própria essência, elemento de direito, não podendo jamais ser confundido com aqueles de fato, nem tão-pouco produzir efeitos como se de mérito fosse.

Utilizar o processo, como permite a doutrina desse respeitado processualista, para obter do Estado uma definição sobre sua ilegitimidade, é permitir a utilização do processo como instrumento em si mesmo, o que foge por completo a sua destinação, qual seja, de serventia à resolução de conflitos sociais sobre a titularidade do direito material pretendido.

Como dito, a legitimidade nasce a partir da titularidade do objeto litigioso. Se ao final da demanda, ou durante seu desenvolvimento, verificar o magistrado que qualquer das partes não possui qualquer relação com o objeto litigioso, nem tão-pouco possui autorização legal para atuar processualmente na defesa de interesse alheio, deverá extinguir o feito sem resolver o mérito, objeto principal da demanda por carência de uma das condições da ação.

A legitimidade, assim como as demais condições da ação, é, nas palavras de Gabriel Rezende Filho “uma preliminar do mérito da causa.”¹⁸² Importante frisar que o autor fala em preliminar *do* mérito e não *de* mérito. Esse simples detalhe, nos parece, apresenta relevância na doutrina. Dizer que a legitimidade se constitui em preliminar *do* mérito indica que deverá ser resolvida antes mesmo de se enfrentar o mérito e, verificada sua ausência será a parte carecedora de ação.

Ainda nesse sentido segue entendimento de Donaldo Armelin dizendo que: “... as condições da ação constituem uma categoria à parte dentro da esfera da admissibilidade, que se constitui matéria preliminar do mérito e com este inconfundível.”¹⁸³

Nem mesmo a necessidade de se regularizar a ausência de legitimidade em uma demanda como condição de sua repositura, permite confundi-la com o próprio mérito da demanda. Nesse sentido, afirma doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina que ausente uma condição da ação, reconhecido este fator na sentença “haverá fenômeno assimilável à coisa julgada...”¹⁸⁴

Esse entendimento, aparentemente contraria o disposto no artigo 268 do CPC, que expressamente diz, que com a ressalva do disposto do artigo 267, V (coisa julgada, litispendência e perempção), a extinção do processo não obsta a que o autor o intente

¹⁸² RESENDE FILHO, Gabriel. Direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1954. v.1, p. 171. Nesse mesmo sentido parece seguir doutrina de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição Coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 402.

¹⁸³ ARMELIN, Donaldo. A legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 45.

¹⁸⁴ O dogma da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 32.

novamente, exigindo como requisito, tão-somente o recolhimento das custas judiciais e apresentação da respectiva guia.

Por certo, a vontade do legislador não é a de permitir a livre repropositura da demanda sem que se corrigisse o erro que causou a extinção do feito, sob pena de se mostrar em absoluto descompasso com a sistemática processual e em desacordo com os princípios que regem a instrução processual. Como adequadamente pondera doutrina de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, “a repropositura não é admitida de forma automática, devendo implementar-se o requisito faltante que ocasionou a extinção do processo.”¹⁸⁵

Ressalte-se, ainda, que a necessidade de se corrigir o vício que causou a extinção do feito sem resolução do mérito se impõe a qualquer das preliminares do mérito. Exceção apenas se tem nos casos de litispendência, coisa julgada e perempção.

De acordo com a legislação processual brasileira, essa legitimidade de atuar no processo se configura de dois modos, ordinária e extraordinária. A verificação dos contornos de uma e outra, e ainda de eventuais desdobramentos que possam se verificar a partir daí, se mostra de extrema relevância para o presente estudo, haja vista a necessidade de verificar se o autor da demanda coletiva está atuando no processo coletivo na condição de legitimado extraordinário, ordinário, como legitimado autônomo ou se sua legitimação é concorrente.

¹⁸⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 444. art. 268, nota 1.

Outra situação relevante que deverá ser enfrentada no presente tópico, é aquela ocupada pelas associações, disposta no artigo 5.º, XXI da CF/88, que de modo expresso diz que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados, judicial e extrajudicialmente.”

Passemos então à análise de cada uma das problemáticas, envolvendo a legitimação *ad causam*. Com relação ao exercício da legitimação, restou anotado nos parágrafos acima que esta poderá variar entre ordinária e extraordinária.

Como já devidamente anotado nos primeiros parágrafos do presente tópico, em regra, somente aquele que se apresenta como titular da pretensão resistida possui autorização para provocar o exercício de sua atividade jurisdicional junto ao Estado e, exatamente por estar em juízo defendendo o que lhe é próprio, convencionou-se denominá-lo de legitimado ordinário. O vocábulo ordinário serve exatamente como indicativo daquilo que se apresenta como regra no ordenamento.

Nesse sentido, segue determinação do artigo 6.º do CPC, dizendo que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio...” desse modo, somente o titular do direito material pode dirigir-se à frente do Estado, pleiteando a tutela jurisdicional. Apenas em sede de exceção, onde se exige inclusive expressa autorização legal, poderá um determinado sujeito provocar a atividade jurisdicional do Estado com o intuito de defender interesse alheio. Exatamente por ser exceção à regra, vem denominado de legitimado extraordinário.

Como determina a letra do já citado artigo 6.º do CPC, apenas em situações expressamente permitidas em lei, a sede de absoluta exceção àquela regra, poderá

sujeito estranho à relação de direito material promover demanda em defesa de interesse alheio.

Em síntese, enquanto na legitimação ordinária haverá nítida coincidência entre o titular do direito material pretendido e o titular da relação processual, na legitimação extraordinária, essa mesma coincidência inexistente, isso indica que o sujeito titular da relação de direito material não corresponde ao sujeito da relação processual.

Especificamente em relação à legitimação extraordinária, tem-se o maior nível de insatisfação na doutrina. Doutrinadores existem, por exemplo, para os quais a legitimação extraordinária somente se aplica ao processo individual, sendo incompatível com as demandas coletivas. Nesse sentido segue orientação de Ricardo Negrão, apresentando extenso rol de doutrinadores. Diz o autor, que são várias as razões que impedem a adoção dessa forma de classificação da legitimação nas demandas coletivas (*stricto sensu*) e naquelas envolvendo interesses difusos, dentre as quais é possível destacar:¹⁸⁶

a) não há entre legitimados e tutelados a sobreposição de legitimações processual e material; b) não há, diante dessa situação, a mesma relação de substituição no que se refere ao interesse material e processual que se verifica tradicionalmente no processo individualista; c) e ainda, verifica-se que nesse caso os pretensos substituídos não podem, como o podem os efetivamente substituídos no processo tradicional, atuar no processo em lugar do substituto...

Nesse mesmo sentido diz a doutrina de Nelson Nery Jr. que:

na verdade o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de legitimação autônoma para a condução do processo.” Justificando tal assertiva em nota de rodapé diz: “os casos de substituição processual determinados pela lei se distinguem dos de legitimação para as ações coletivas, pois naqueles o substituto busca defender direito alheio de titular determinado, enquanto nestas o objetivo dessa legitimação é outro, razão por que essas ações têm de ter estrutura diversa do regime da substituição processual.”¹⁸⁷

Essas são, de fato, as premissas estabelecidas por aqueles que sustentam com fulcro na doutrina alemã que no processo coletivo, sobretudo nas hipóteses de interesses coletivos e difusos, exatamente por entenderem indefinidos os sujeitos, não se poderia falar em sujeito legitimado ordinário da relação material, não sendo por consequência permitido falar em legitimado extraordinário; não haveria a quem se substituir.¹⁸⁸

¹⁸⁶ NEGRÃO, Ricardo. Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Leud, 2004. p. 289.

¹⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 117. Nesse mesmo sentido caminha MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63.

¹⁸⁸ Nesse sentido, segue entendimento de NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. Notas ao artigo 5.º Da LACP; SHIMURA, Sérgio a. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo;

Data maxima venia, esse não parece ser o melhor entendimento. A impossibilidade de se individualizar¹⁸⁹ o sujeito da relação material não permite concluir pela sua inexistência. O direito material, caracterizador do interesse difuso, pertence a cada sujeito da sociedade, essa a individualização. Convencionou-se dizer que o direito difuso não possui titulares, alegação que entendemos deva ser analisada com certa dose de cautela. Parece-nos, no mínimo, estranho afirmar que tal rol de direitos não pertence a ninguém, não possui titulares. É possível a existência de direitos sem titulares? Na verdade o que ocorre é que a titularidade é de tal ordem ampla, (pertencente a todo e qualquer individuo social) que o judiciário não comportaria tamanha demanda pela sua proteção, além do que seria um golpe definitivo na segurança jurídica permitir que qualquer cidadão, sentindo-se agredido no seu direito a viver em um meio ambiente equilibrado, ou a conviver em meio a um patrimônio cultural respeitado, viesse a juízo pleitear sua proteção. Por isso, a necessidade percebida pelo legislador de eleger um rol de sujeitos e instituições representativas para que estes atuassem em juízo em substituição daqueles. Promovida a ação coletiva em defesa de tais direitos, sobretudo aqueles denominados de difusos, estar-se-á atuando em defesa do interesse de cada sujeito social. Não nos resta dúvida, portanto, de que há aí nítida

NOLASCO; Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 155.

¹⁸⁹ É bom que se diga que impossibilidade de identificação dos sujeitos da relação material se dá em diferentes medidas, tratando-se de interesse difusos, coletivos e individuais homogêneos. Quanto ao interesse difuso, a referida impossibilidade de individualização se estenderá por todo desenvolvimento da demanda, ao passo que nas hipóteses de interesses coletivos, a individualização virá com o estabelecimento da via executiva, onde os sujeitos podem ser individualizados, ou ainda, com o relacionamento daqueles que pertençam à classe envolvida no litígio; por fim, em relação aos interesses individuais homogêneos a possibilidade de individualização do sujeitos se dá de modo ainda mais claro e fácil, face à titularidade do direito que já se apresenta individualizada, apenas protegida coletivamente.

hipótese de substituição processual. Fato de ser o direito material divisível ou não pouco importa nesse momento, é a titularidade que vale.

Reafirmando nossa idéia de que não há real motivo para se falar em uma legitimidade autônoma segue entendimento de DONALDO ARMELIN, dizendo que:

Todavia, verifica-se que apenas uma concepção mais restrita da legitimidade ad causam ensejou tal elaboração, uma vez que, ontologicamente, não se distinguem o “prozessföngsrescht” e a legitimidade extraordinária, centrada na substituição processual.

Quanto à defesa de interesses individuais homogêneos, parece não divergir a doutrina, quanto à configuração da legitimidade extraordinária. Seguimos igualmente esse entendimento. Apenas, ressalte-se que alguns doutrinadores tratam legitimação extraordinária e substituição processual como sinônimos, idéia da qual não compartilhamos. Tal questão será melhor analisada nos parágrafos abaixo.

Outro tópico que merece atenção quando se discute a legitimação nas demandas coletivas, é aquele que define ser a legitimação exclusiva ou concorrente. Segundo pontifica doutrina de Vicente Greco Filho, o exercício da legitimidade extraordinária será exclusivo, “quando a lei, atribuindo legitimidade a um terceiro, elimina a do sujeito da relação jurídica material que seria o legitimado ordinário; é concorrente quando a lei admite a ação proposta pelo terceiro e também pelo

legitimado ordinário alternativamente.”¹⁹⁰ Se relacionados os legitimados para as demandas coletivas e os próprios titulares do direito material, tem-se como exclusiva tal legitimidade. Tal afirmativa decorre da impossibilidade dos próprios titulares do direito pleiteado (cada indivíduo social) atuar em juízo. Por outro lado, se considerada a relação entre os próprios legitimados elencados na legislação própria, ter-se-á uma legitimidade concorrente. Isso porque todos possuem autorização para atuar isoladamente em juízo.

Considere-se, ainda, que proposta uma demanda coletiva por aqueles mesmo legitimados, no entanto, na defesa de interesses individuais homogêneos, tal legitimação será considerada concorrente, se relacionados aos próprios titulares do direito material. Ao contrário do que se viu na defesa de interesses difusos e coletivos (strito sensu) aqui os próprios titulares do direito material pretendido são livres para atuar em juízo em sua defesa de modo individual. Surgem os seguintes exemplos de legitimidade concorrente: Ação coletiva promovida pelo Procon em defesa do interesse dos consumidores, nada impede que os próprios consumidores, em litisconsórcio ou individualmente o façam, ou o sindicato que promove ação coletiva na defesa de interesse de sua classe, igualmente nada impede que os próprios sindicalizados o façam isoladamente. Saindo fora dos exemplos de demandas coletivas, poder-se-ia pensar no exemplo da investigação de paternidade, onde tanto a mãe, quanto o próprio filho, ou ainda o Ministério Público poderá fazê-lo.

¹⁹⁰ GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 79.

Alexandre Freitas Câmara classifica a legitimidade extraordinária além da exclusiva e concorrente, também em subsidiária. Segundo esse doutrinador será subsidiária “quando o extraordinário só pode ir a juízo diante da omissão do legitimado ordinário em demandar.”¹⁹¹ Cita como exemplo a hipótese da ação penal privada subsidiária à pública. Poderíamos citar ainda a situação prevista no artigo 989 do CPC que permite ao próprio juiz determinar a abertura do inventário, quando os interessados não o fizerem no prazo determinado em lei.

Cabe nesse ponto do trabalho analisar, mesmo que brevemente, e, ao final definir se legitimidade extraordinária deve ou não ser encarada como sinônimo de substituição processual.

A importância dessa elucidação, apesar de não termos aqui a pretensão de esgotarmos o debate, prende-se ao fato de se saber se o legitimado coletivo figura como legitimado extraordinário, como legitimado autônomo, como substituto processual (isso na hipótese desse não ser lido como sinônimo daquele primeiro) e, quanto aos efeitos da coisa julgada. Quanto à primeira indagação, de plano, apresentamos nossa posição no sentido de que a substituição processual só se configura como sinônimo de legitimidade extraordinária, quando o legitimado extraordinário atuar no processo de modo exclusivo, ou seja, com exclusão da legitimidade ordinária daquele que possui a titularidade material. É o que ocorre na ação civil pública, já anotado acima. Assim, para nós, a substituição processual se apresenta como espécie da legitimidade extraordinária e não como sinônimo pleno.

¹⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 126/127.

Tratando o legitimado extraordinário como sinônimo de substituto processual, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO diz que “a locução substituição processual, muito usual em doutrina, não indica a sucessão de partes nem traz em si qualquer idéia de um movimento consistente em pessoa que sai e pessoa que entra na relação processual: substituto processual é o legitimado extraordinário.”¹⁹² E continua o autor: “diz-se extraordinária essa legitimidade, em oposição à legitimidade ordinária, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações.”¹⁹³

Por outro lado, existem aqueles que, a exemplo de ARAKEM DE ASSIS,¹⁹⁴ entendem que substituição processual se classifica como espécie do gênero legitimidade extraordinária, prevista no artigo 6.º do CPC.

Outro doutrinador que distancia legitimidade extraordinária e substituição processual é ALEXANDRE FREITAS CÂMARA.¹⁹⁵ Para este processualista, ocorrerá a substituição processual quando aquele que atua no processo em nome próprio defendendo interesse alheio (legitimado extraordinário) exercer tal direito de modo

¹⁹² Instituições de Direito

¹⁹³ seguindo o entendimento de que a legitimidade extraordinária deve ser entendida como sinônimo de substituição processual ver ainda: GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 77 e ss; THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 54; ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 448; MARQUES, José Frederico. Manual de Direito processual civil. 2. ed. Campinas: Millennium, 2002. v. 1, p. 304.

¹⁹⁴ Substituição Processual. In Leitura Complementares de Processo Civil. organizador DIDIER JUNIOR, Fredie. 3. ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2005. p. 301.

¹⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 127.

exclusivo, sem que o titular do direito material atue em conjunto, idéia da qual compartilhamos.¹⁹⁶

A nosso ver, a legitimidade *ad causam* das ações coletivas pode ser melhor classificada, se dividida da seguinte forma: a) quanto às ações destinadas à defesa de interesses difusos, onde o legitimado ordinário (os sujeitos sociais) se mostra indeterminável, (pelo simples fato serem todos atingidos simultaneamente) a legitimidade se configura como extraordinária, atuando os legitimados como substitutos processuais exclusivos, b) em relação aos direitos coletivos e aos individuais homogêneos, onde os sujeitos são determinados ou determináveis, a legitimidade para a ação civil pública será da mesma forma extraordinária, também classificada como substituição processual, porém como concorrente, exatamente pelo fato de os titulares da relação de direito material não ficarem excluídos de vir a juízo defendê-lo.

Necessário ainda estabelecer uma certa e adequada distância entre legitimidade *ad causam* e *ad processum*. Como restou anotado nos parágrafos acima, esta se configura como pressuposto do processo, a nosso ver como pressuposto de desenvolvimento inclusive, havendo quem entenda de maneira diversa¹⁹⁷ e, aquela como condição de julgamento válido do mérito da demanda.

¹⁹⁶ Frise-se que já tivemos posição diversa, onde vislumbrávamos na substituição processual sinônimo da legitimidade extraordinária. Aspectos processuais das demandas coletivas.

¹⁹⁷ Ver a obra já citada de ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 450, onde o autor entende ser pressuposto de existência do processo.

Segundo palavras de TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER,¹⁹⁸ a legitimidade *ad processum* vem determinada pela letra da lei. Procura demonstrar essa professora da PUC/SP e consegue, que a legitimidade *ad processum* não se confunde com aquela analisada anteriormente, “verifica-se quando a lei processual outorga a alguém a possibilidade de exercer concretamente sua capacidade processual, em relação à determinada situação. “Exemplificando, completa: “ marido e mulher têm, isoladamente, capacidade processual, por serem plenos no exercício de seu direito, não possuem, entretanto, legitimidade processual para agirem sozinhos em ações reais imobiliárias. (art. 10, parágrafo primeiro do CPC).

Verificado aquilo que de mais relevante em linhas gerais sobre o instituto da legitimidade *ad causam*, passemos a observar o elenco dos legitimados para as demandas coletivas em cada uma das ações tratadas no presente trabalho.

De acordo com a Lei n. 7.347/85 em seu artigo 5.º, são legitimados para promover a ação civil pública a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Associações que estejam constituídas há pelo menos um ano e que tenha entre suas finalidades a proteção de algum dos interesses coletivos, assim, meio ambiente, interesse econômico, cultural, artístico, histórico, etc.

Seguindo entendimento de ANTONIO GIDI¹⁹⁹ e FREDIE DIDIER JR²⁰⁰ esse rol, por si só, não basta para determinar a legitimidade frente às demandas coletivas. É

¹⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades da sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 30.

¹⁹⁹ Revista de Processo , 108. p. 61

necessário, além da autorização legal, que aquele ente tenha relação com a situação a ser protegida. Como afirma a doutrina desse último processualista, “não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importando quais são suas peculiaridades.” Essa a teoria da legitimidade adequada. De acordo com essa teoria, é facultado ao juiz analisar se aquele legitimado elencado pela lei possui vínculos com o bem a ser protegido. A teoria da legitimidade adequada já consta do Anteprojeto do Código de Processo Coletivo, em seu artigo 20, inciso I.

Quanto à ação popular, regulada pela Lei. n. 4.717/65, já mencionamos em parágrafos anteriores que sua legitimidade restringe-se ao cidadão, mas que tal determinação implica absoluta ineficácia desse instituto, tendo em vista o vale de distância que existe entre o cidadão e aquele ente que deverá compor o pólo passivo, geralmente um grupo de grande poder político e econômico.

Com relação às demandas que visam ao controle de constitucionalidade como a ADin e ADEcon, a Constituição de 1988, mais especificamente em seu artigo 103, arrola os sujeitos que possuem legitimidade para promover tanto a ADin quanto a ADEcon. Esse rol restou equiparado pelo advento da Emenda Constitucional 45.

Desse modo, estão autorizados a promover tais demandas: O Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de

²⁰⁰ DIDIER JÚNIOR, FREDIE. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartir Latin, 2005. p. 96.

Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partidos Políticos com representação no Congresso nacional, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ressalte-se o fato de ser absolutamente taxativo esse rol de legitimados.

No instituto da ADPF, disciplinada pela Lei n. 9.882/99, observa-se aquela mesma característica verificada nas demais ações de controle de constitucionalidade relativamente à inexistência de partes nos moldes tradicionais.²⁰¹ Por outro lado, como esclarece a doutrina de ROBERTO MENDES MANDELLI JUNIOR, “pode-se falar em legitimidade ativa, na medida em que a Constituição (e a Lei 9.882/99) confere a alguém ou determinado órgão a capacidade processual (legitimidade ad causam) de ingressar com uma ação em relação a um ato normativo ou comportamento do Poder Público contrários à Constituição, ou a preceito constitucional fundamental.”

Os legitimados à propositura da ADPF são exatamente aqueles autorizados à propositura da ADin e ADEcon, já arrolados no parágrafo anterior, previstos ainda de modo expresso no artigo 2.º da Lei n. 9.882/99.

O Mandado de Segurança Coletivo tem sua legitimidade determinada pelo artigo 5.º, inciso LXX, da CF/88. Assim, podem propor tal demanda: a) os partidos

²⁰¹ Consignamos nossa posição no sentido de não concordamos com a idéia de inexistência de partes no processo objeto. A nós, não só estão presentes partes, como aquele que apresenta um pedido em face de outro sujeito, no presente caso, a autoridade legiferante, como ainda é possível falar em contraditório, tendo em vista que este está ligado à participação dos sujeitos, nada interessando o fato de se discutir puramente direito objetivo.

políticos com representação no Congresso Nacional; b) as entidades de classe;²⁰² c) as associações legalmente constituídas e com mais de um ano de constituição.

Seria esse rol do Mandado de Segurança exaustivo? Poderia o Ministério Público promover tal demanda? E a União, os Estados, Municípios, DF, Autarquias, Fundações de Direito Público?

Respondendo positivamente quanto ao Ministério Público, segue a doutrina de MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, fundamentando sua posição na disposição do artigo 127 da CF/88. Esse artigo atribui ao Ministério Público a função de proteger a “ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

O STJ no mesmo sentido vem entendendo que o Ministério Público, com fulcro na disposição do artigo 127 da CF/88 combinado com o artigo 129, III da mesma CF/88, poderá figurar como autor de toda e qualquer demanda que visar à proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, independentemente de fazê-lo por meio de ação civil pública, ação popular ou mandado de segurança coletivo.²⁰³

Particularmente não vemos impedimento na propositura do mandado de segurança pelo Ministério Público, exatamente pelo que dispõe os artigos 127 e 129, III,

²⁰² Súmula 629 STF: “a impetração do mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.” Súmula 630 STF: “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.”

²⁰³ Resp 637332/PR, Min. Rel. Luiz Fux- Primeira Turma, 24/11/2004; Ainda entendendo possui o Ministério Público legitimidade ativa par o Mandado de Segurança individual ou coletivo, ver doutrina já citada por nós de MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

ambos da Constituição Federal de 1988. Na verdade, não exergamos qualquer exagero na ampliação desse rol, estendendo-se aos mesmos legitimados à defesa dos direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, devendo ser ressaltada a necessidade de adequar tal legitimidade a cada situação real, exigindo-se, por exemplo, no caso da associação, que o direito a ser protegido esteja previsto em seu estatuto. Assim, por óbvio não se poderia admitir a legitimidade de um sindicato dos oficiais de justiça, defendendo interesse de clientes de empresa telefônica ou qualquer outra situação que não esteja intimamente ligada a sua finalidade, a denominada legitimidade adequada.

A atuação do Ministério Público na defesa dos interesses coletivos se mostra de tal ordem, que ousamos aludir, que está perfeitamente legitimado o Ministério Público a utilizar o mandado de segurança, com fim de preservar o direito de uma única criança à educação. No tópico específico sobre a ação civil pública, consignamos nossa posição no sentido de admitir a defesa de todo e qualquer direito individual e fundamental do ser humano por meio de ação civil pública. Nesse mesmo sentido se mostra a posição de Murillo José Digiácomo,²⁰⁴ mostrando que os direitos da criança e juventude se apresentam de modo relevantes para a coletividade e para manutenção do Estado Democrático de Direito, que não só permite ao MP atuar em favor de uma única criança ou adolescente como o impõe tal atribuição.

A nós parece que os direitos da criança e do adolescente, apenas de modo aparente se relaciona a uma única pessoa. Na verdade, esses direitos, elencados no

p. 279.

²⁰⁴ DIGIÁCOMO, Murill José. Instrumentos jurídicos para garantia do direito à educação. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Coord.). Direito à educação: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 318-319.

artigo 227 *caput* da Constituição Federal, pertencem a toda coletividade, devendo ser encarados como de natureza social e jamais como individual. A não garantia do direito de educação, à vida, à cultura, ao laser, a saúde, de uma criança ou adolescente, não prejudica isoladamente a este único sujeito, mas a toda uma sociedade. A derrubada de uma árvore de modo irregular ou a contaminação do solo não podem ser tratados como sendo mais relevante à sociedade do que a negativa de uma vaga em escola pública a uma criança ou ainda negativa de atendimento médico adequado a uma criança.

Passando adiante, é possível notar que o eminente professor Sérgio Shimura,²⁰⁵ enfrenta com o brilhantismo que lhe é peculiar, questão que tem causado certo desconforto na doutrina, qual seja, o limite de atuação das associações.

Dispõe de modo expresso a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.º, XXI, que: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicial.”

É preciso ressaltar, como o faz Sérgio Shimura,²⁰⁶ que a atuação representativa da associação depende de procuração específica do associado, além da previsão expressa no estatuto. Lembra ainda esse renomado processualista da PUCSP, que “tratando-se de sindicato, além do Cartório Civil das Pessoas Jurídicas, mister se faz também o registro perante o Ministério do Trabalho.”

²⁰⁵ SHIMURA, Sérgio. O papel das associações nas ações civis públicas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 158.

²⁰⁶ Idem, p. 159.

Como se vê, o estudo da legitimação sempre se mostrou como um dos mais tormentosos do processo, seja em razão das controvérsias quanto a sua classificação em ordinário e extraordinário apenas, como entendem alguns, ao passo que para outros o extraordinário se diferencia da substituição processual e ainda da legitimidade autônoma, seja quanto à dificuldade de distanciá-la da capacidade, seja ainda pela necessidade de fracioná-la em legitimidade para a causa e para o processo. De qualquer modo, indispensável seu estudo, sobretudo em trabalho como o nosso que se propõe a verificar a presença de litispendência entre as demandas coletivas, onde a posição e funcionalidade das partes no processo são fatores determinantes.

Inserindo a legitimidade como uma das condições da ação, Enrico Tullio Liebman diz que “o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir e a pessoa com referência a qual ele existe.”²⁰⁷ Buscando esclarecer, sem ter contudo a pretensão de pacificar os debates sobre a influência da legitimação na definição dos limites do processo, passamos a analisar alguns dos aspectos que a envolvem.

O adequado julgamento do mérito de uma demanda é invariavelmente precedido de um procedimento que envolve a análise criteriosa da presença de alguns requisitos, denominados de juízo de admissibilidade do processo. Este por sua vez, é composto de dois grupos, que se apresentam tão próximos que para alguns chegam a formar um único instituto, as condições da ação e os pressupostos processuais, negativos e positivos. A legitimidade compõe aquele primeiro grupo de requisitos, as

²⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209.

condições da ação, ao passo que a capacidade está inserida neste outro grupo, os pressupostos do processo, mais precisamente como pressupostos de validade.²⁰⁸

²⁰⁸ Sobre o juízo de admissibilidade do processo, ver obra de fôlego destinada especificamente ao estudo desse instituto e autoria de DIDIER JÚNIOR, Fredie . Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

4 ELEMENTOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS DEMANDAS COLETIVAS

4.1 JUSTIFICATIVA

O estudo dos elementos da demanda se justifica, sobretudo, visando à segurança do resultado da atuação jurisdicional do Estado. Vista por dentro, toda demanda é composta de elementos que são responsáveis pela sua individualização no cenário jurídico.

Segundo a teoria da tríplice identidade, objeto de estudo específico no tópico seguinte, a demanda é identificada por três elementos: partes, pedido e causa de pedir. O processo de leitura de cada qual desses elementos, com fins a estabelecer precisamente seus contornos, deve ser realizado com precisão cirúrgica, sob pena de frustrar a sua principal finalidade.

A legislação processual civil brasileira, expressamente filiada à teoria da tríplice identidade das demandas, (art. 301, parágrafo 1.º)²⁰⁹ adota posição no sentido de determinar a reunião e até a extinção de uma demanda, dependendo da presença de um, alguns ou todos os elementos identificadores da demanda em mais de uma delas. É o que se verifica da simples leitura dos artigos 103, 104 e 301, parágrafo 2.º, todos da

²⁰⁹ “uma demanda é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.”

legislação processual civil, que tratam respectivamente da conexão, da continência e da litispendência.²¹⁰

Ressalte-se, ainda, o fato de que, também do resultado da verificação dos elementos da demanda, decorrem os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, bastando que se verifiquem os artigos 128, 460 e 473, todos do CPC.

O objetivo, traçado para o presente trabalho, é exatamente verificar se a leitura de tais elementos sofre alguma modificação e, por consequência, verificar se a conexão, continência e, de modo particular a litispendência, deve passar por alguma adaptação interpretativa, quando relacionados às demandas coletivas.

Para tanto, ter-se-á que analisar cada qual deles à luz das disposições que regem o processo coletivo, bem como verificar se a teoria da tríplice identidade deve ser dotada no processo coletivo assim como o é no processo individual e, por fim, se a teoria da substanciação, que exige a narrativa dos fatos constitutivos do direito, se amolda aos contornos dessa nova ramificação do direito processual. É o que se passa a fazer.

4.2 CONCEITO DE ELEMENTOS DA AÇÃO

Como já anotamos por diversas vezes ao longo do presente escrito, não é a ação²¹¹, que exige análise de certos elementos ou condições para sua configuração e delimitação, mas a demanda.

²¹⁰ Cada qual desses institutos será analisado detalhadamente no próximo capítulo destinado à verificação da litispendência que, invariavelmente, exige ser colocada lado

Nesse mesmo sentido, segue Humberto Theodoro Jr. afirmando que “o que, porém, realmente existe na espécie são elementos da causa, pois, o direito de ação é único, variando apenas as lides deduzidas em juízo.”²¹²

Nada obstante concordamos com a posição de que demanda e ação sejam institutos distintos, porém, absolutamente próximos, entendemos que a utilização fiel dos termos permite uma maior e mais adequada depuração de seus sentidos e funções na atuação e estudo do processo.

A identificação da demanda se mostra de relevância impar.

A máxima idéia dessa necessária identificação é, sem dúvida, evitar a verificação de decisões desencontradas, o que aumentaria o sentimento de insegurança frente à atuação do Estado na pacificação dos conflitos.

A partir da identificação da demanda, vários institutos surgem na seara processual com fins a evitar tal ocorrência. Anotam-se, a conexão, a continência, a litispendência e a própria coisa julgada.

Os elementos da ação (ou da demanda como entendemos mais apropriado) são exatamente aqueles pontos de relevo que se extraem de uma relação jurídica processual e que permitem isolar esta demanda de outras que com ela possam

a lado com a conexão e continência com fins a permitir estabelecer o real contorno de cada um.

²¹¹ Entendido aqui este termo como poder de exercer o direito e ação.

²¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 73.

conflitar. Nestes termos os define Juvêncio Vasconcelos Viana como “...os meios pelos quais podemos realizar a atividade mental de identificação da ação proposta...”²¹³

É fato que toda atuação do Estado, no enfrentamento dos conflitos que lhes são postos, deve girar em torno dos elementos internos da demanda. Desse modo, não se admite que a atuação do Estado pese sobre pedido ou fatos e fundamentos não postos em juízo, (art. 128 e 460 CPC) nem tão-pouco que a imutabilidade de suas decisões atinjam sujeitos estranhos à demanda. (art. 473 CPC).

Por essa via, o conceito de elementos da demanda não pode ser outro senão os elementos que, partindo de uma análise interna da demanda, se mostram como responsáveis pela sua individualização, permitindo assim sua distinção de outras demandas com fins a evitar desencontros na atuação da vontade do Estado, na prestação da tutela jurisdicional.

José Roberto dos Santos Bedaque os define, dizendo tratar-se de “dados da relação jurídica material utilizados pelo processo para individualizar a ação proposta.”²¹⁴

Distanciam-se os elementos das denominadas condições da ação, uma vez que estas se apresentam nas colocações de Enrico Tullio Liebman, “como condições de admissibilidade do julgamento da demanda...”²¹⁵ Ausente, portanto, uma das condições

²¹³ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A causa de pedir nas ações de execução. In: TUCCI, José Roberto Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

²¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 3. d. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 103.

²¹⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. V. 1, p. 203. Sobre uma

exigidas para a demanda, impedido estará o magistrado de apreciar o seu mérito, nada tendo, portanto, com a finalidade dos elementos internos da demanda.

4.3 A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DA TRÍPLICE IDENTIDADE

Como já anotado brevemente, a nossa legislação processual adotou como critério de identificação das demandas a teoria do *tria eadem*. (CPC, art. 301, parágrafo 1.º) Apesar de se verificar nos ensinamentos de alguns doutrinadores²¹⁶ o fato da titularidade da teoria da tríplice identidade pertencer a Matteo Pescatore, na verdade esta já estava presente no período romano.

Como assevera doutrina de José Rogério Cruz e Tucci, é das mãos de Nerácio que surge a idéia de individualizar as demandas por meio das partes, do pedido e da causa de pedir.

Antes disso, anota esse processualista titular da USP, Juliano valia-se exclusivamente das partes da demanda para identificá-la.²¹⁷ Valendo-se da doutrina de Giovanni Pugliese, esclarece ainda José Rogério que, no período *per formulas*, vários caminhos e idéias foram adotados por diferentes juristas, na tentativa de encontrar uma forma segura de identificar uma demanda. Desde Juliano que, como já apontado, adotava a critério da identidade de pessoa para identificar uma demanda até Paulo que dizia bastar a condição da pessoa e não a total identidade entre elas.

adequada leitura das condições da ação, ver doutrina de Rodrigo da Cunha Lima Freire. Condições da Ação.

²¹⁶ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Conexão e tríplice identidade. Revista de Processo, São Paulo, v. 29, p. 50. Ver ainda nesse sentido SILVA, Edward Carlyle. Conexão de causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 31.

Adverte esse processualista que a causa de pedir foi a figura, das três, que maior dificuldade encontrou para se firmar como elemento de identificação das demandas. Referindo-se à doutrina de Paulo, coloca que, num primeiro momento, a causa de pedir somente era exigida nas demandas pessoais, sendo que, nas reais, todas as causas possíveis de aquisição encontravam-se albergadas pela decisão judicial.²¹⁸

Ainda acompanhando as anotações de José Rogério Cruz e Tucci tem-se que, “perante várias situações concretas, a teoria da tríplice identidade desponta insuficiente para desempenhar o papel que lhe é reservado no confronto de duas ou mais ações.”²¹⁹

Valendo-se da doutrina de Edoardo Grasso, anota José Rogério que a adoção da teoria da identificação das demandas pelos três elementos não passa de uma “boa hipótese de trabalho”. Afirma que, nas situações em que tal teoria se mostre insuficiente, mais adequado que se adote a teoria da identidade da relação jurídica.

Essa insuficiência da teoria da tríplice identidade, como forma de identificação da demanda pode ser verificada, por exemplo, na hipótese em que mesmo se mostrando distintos todos os seus elementos a comunhão estará presente. Diversos são os exemplos que seguem nesse sentido. É o caso em que o Ministério Público resolve promover demanda, pleiteando investigação de paternidade contra determinado

²¹⁷ TUCCI, José Roberto Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 39-40.

²¹⁸ Idem. p. 41.

²¹⁹ Idem. p. 213.

sujeito; paralelamente o provável filho promove demanda contra o pretenso pai (leia-se o mesmo que sofre investigação pelo MP) pleiteando alimentos.

Partes, pedido e causa de pedir distintos, mas não se pode ter dúvida de que há aqui conexão entre as demandas. Outro exemplo aludido por Egas Moniz de Aragão é o caso em que o autor pleiteia a restituição de um empréstimo e pela via da reconvenção se deduz a compensação do crédito pertencente ao réu.²²⁰

Ainda a demanda promovida pela instituição financeira que pleiteia a busca e apreensão do bem financiado e não pago, frente à demanda promovida pelo tomador do financiamento em que pretende debater a validade do contrato ou abusividade de suas taxas e juros, ou ação de despejo paralela à ação revisional de aluguel ou ainda os embargos de retenção por benfeitorias.

Ressalta ainda a doutrina de Egas Moniz de Aragão que, mesmo na hipótese de apresentados elementos apenas comuns entre si, haverá possibilidade de se pensar na conexão, não a exigência de serem idênticos.²²¹ Ressalte-se que o próprio legislador, ao descrever a regra do artigo 103 do CPC, exige para configuração da conexão a presença de elementos “comuns” entre uma demanda e outra.²²²

Retornando à doutrina de José Rogério Cruz e Tucci, tem-se a seguinte conclusão sobre a relação entre demandas com elementos distintos: “a conexidade aí

²²⁰ ARAGÃO, Egas Moniz de. Conexão e tríplice identidade. Revista de Processo, São Paulo, v.29. p. 51.

²²¹ Idem, p 50.

²²² “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhe for *comum* o objeto ou a causa de pedir”. (grifo nosso)

estabelecida é justificada não pela identidade de fundamentos, mas, sim, pela afinidade concernente à relação jurídica material.”²²³

Quando relacionada ao processo coletivo, a teoria da tríplice identidade da demanda se mostra ainda mais insuficiente.

Nas demandas coletivas, a análise dos elementos internos deve sofrer sensível modificação nos critérios de interpretação.

As partes, o pedido e a causa de pedir devem ser lidos a partir do objeto dessa espécie de demanda, qual seja, trazer à frente do Estado, conflitos que envolvam questões de interesse de massa.

A possibilidade de debater em apenas um processo questões que interessam a um número indeterminado e até indeterminável de pessoas, permite e até exige que, por exemplo, a causa de pedir, ou seja, a adequada narrativa dos fatos constitutivos do direito (causa remota) bem como os fundamentos de tais fatos (causa próxima) deverão ser lidos de modo ampliado, permitindo uma relativização dos critérios da eventualidade.

Veremos no tópico especificamente destinado à verificação da causa petendi, que às partes é permitido apresentar em qualquer momento do processo novos fatos que incidam sobre pedido apresentado. Este por sua vez, a cada fato inovado sofrerá modificações em seus contornos. Como assevera doutrina de Ricardo de Barros

²²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Causa petendi. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 215.

Leonel, nas demandas coletivas a análise da causa de pedir “deve recair apenas sobre aspectos mais genéricos da conduta impugnada na ação.”²²⁴

Igualmente com relação às partes da demanda coletiva, tem-se uma alteração na regra da identidade de sujeitos. Ver-se-á que, mesmo distintas as partes de várias demandas coletivas, a identidade entre elas será nítida. Assim, nada interessa se a ação coletiva foi proposta pelo Ministério Público ou por uma associação, os legitimados ativos serão os mesmos. Isso porque, no processo coletivo, os efeitos da coisa julgada não se restringem aos indivíduos do processo.

É de se lembrar que, quanto ao autor, por exemplo, ali está na condição de substituto processual, atuando na defesa de interesses alheios. Desse modo, verifica-se que coletivo, na verdade, se mostra o interesse e não as partes, estas são singulares.

Por todo exposto, imperioso concluir que a teoria da tríplice identidade, se colocada frente aos conflitos individuais, já se mostra insuficiente para resolver todas as questões de relação entre as demandas, quando frente aos conflitos de massa, resolvidos sob a luz das regras específicas do processo coletivo, tem, ampliada, essa ineficiência.

Tendo em vista que o objeto do presente escrito é analisar os contornos da plena identidade entre as demandas coletivas, e entre estas e as individuais,

²²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 232.

necessário irmos além dessas simples considerações sobre os elementos de identificação de uma demanda e analisá-los isoladamente e autonomamente.

4.4 PARTES

A verificação dos reais contornos do que deva ser entendido por partes, sobretudo no processo coletivo, objeto do nosso estudo, se mostra de total relevância. Como alude doutrina clássica de Giuseppe Chiovenda²²⁵ os limites subjetivos da coisa julgada, a formação da litispendência, a intervenção do terceiro, são exemplos de questões que só permitem ser suficientemente resolvidas a partir do real conceito de parte no processo.

Restringindo o conceito de parte ao aspecto puramente processual e respectivamente à relação processual e, reafirmando a completa desnecessidade de buscar tal definição na relação substancial, Chiovenda define parte como “aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada.”²²⁶

Segundo, ainda, a doutrina desse clássico processualista italiano, esta é uma forma de demonstrar claramente a autonomia da relação processual e substancial, vez que se permite, ora e outra, uma demanda proposta por aquele que não seja sujeito da relação substancial, e de outro lado, uma demanda proposta contra quem igualmente

²²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 2.ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 233.

²²⁶ Idem. P. 234.

não o seja, “temos dessa forma a posição de autor e réu” e, finaliza: “não concebível um processo civil sem essas duas partes.”²²⁷

Seguindo o mesmo entendimento de que o conceito de parte deve restringir-se ao seu aspecto puramente formal, ou seja, a posição dos indivíduos frente relação processual, nada interessando se são ou não os mesmos da relação substancial, segue doutrina de Niceto Alcalá-Zamora Y Castilho.²²⁸ O autor, adepto da posição de que só se permite pensar em duas partes no processo, mesmo que litisconsorciadas, conceitua parte, dizendo que “*partes son los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate...*”

Outro clássico doutrinador que se propõe a conceituar parte é Leo Rosenberg,²²⁹ o faz dizendo que “*Partes en el proceso civil son aquellas personas que solitan y contra las que se solicita, en nombre propio, la tutela jurídica estatal.*” Reafirmando sua posição no sentido de adotar a teoria formal no conceito de parte, segue esse doutrinador, a exemplo do que fez e disse Chiovenda, afirmando que em nada interessa saber se o autor é realmente o titular do direito pleiteado e se o réu é de fato o obrigado.

À frente de uma das teorias que buscam definir parte, aquela mais restritiva, Francesco Carnelutti,²³⁰ segue dizendo que é preciso levar em conta o fim pelo qual dois ou mais sujeitos buscam a prestação jurisdicional, para que se possa definir partes.

²²⁷ Idem. P. 235-236.

²²⁸ CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Estúdios de teoria general e história del proceso*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. Tomo I, p. 278.

²²⁹ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução de Angela Romera Vera. Tomo I, p. 211.

Para Carnelutti, o surgimento de conflito de interesses, qualificado pela pretensão resistida, posta em juízo, é o ponto fundamental para se falar na presença das partes, o que dá a idéia de um “estar contra alguém” diz o autor.

Ovídio Batista da Silva e Fabio Luiz Gomes²³¹ criticando o conceito formal (processual) de parte, dizem que, na verdade sendo a lide aquela descrição de conflito, trazida pelo autor da demanda, “partes da lide serão, sempre, as mesmas partes do processo.”

Para estes processualistas, “apenas as pessoas que tomam parte no processo como elementos componentes da controvérsia deverão ser designadas como partes, reservando-se para os demais integrantes da relação processual que, embora não integrantes da lide, participam também do processo, a denominação de *terceiros*.” Falam, assim, em “partes principais e partes secundárias” ou ainda em “partes do processo e partes da lide”

Conceito, que reputamos demasiadamente amplo, é aquele apresentado por Liebman e acolhido no Brasil por Cândido Rangel Dinamarco, dizendo tratar-se de parte “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz.”²³² Para Liebman, todo aquele que de algum modo se vê atingido pelos efeitos dos provimentos do juiz se apresentam na condição de parte.²³³

²³⁰ CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. São Paulo: Lejus, 2000. p.105.

²³¹ SILVA, Ovídio Batista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 134.

²³² LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. 3.ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v.I., p. 123

²³³ Idem, p. 124.

Terceiros, por sua vez, são aqueles que permanecem fora desse contraditório, ou seja, fora do processo. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, adquire-se a qualidade de parte de quatro formas: “ a) pela demanda autor; b) pela citação; c) pela intervenção (ingressando em processo pendente, o terceiro passa a ser parte); d) pela sucessão de um das partes.”²³⁴

Entendemos demasiadamente ampla tal posição, vez que na concepção desse processualista da USP, inclusive o assistente simples estaria aí incluído. Nas palavras de Cândido Dinamarco, “qualquer que seja a modalidade de assistência, ele terá faculdades, ônus, poderes e deveres inerentes à relação processual. Tem a liberdade de participar, praticando atos do processo. É legitimado a recorrer de decisões desfavoráveis ao assistido.”²³⁵

Data maxima venia, na verdade, quanto ao assistente simples, este não pode ser incluído na condição de parte, vez que por ordem do próprio legislador o assistente simples atuará como *auxiliar da parte principal*. (grifei) É bem verdade que o próprio artigo 52 do CPC estabelece que o assistente exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido; mas é certo também que o fará na condição de mero coadjuvante. Pesa sobre ele os efeitos da sentença e não da coisa julgada.

²³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 22.

²³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 388.

Como adverte doutrina de Humberto Theodoro Jr. “o assistente intervém tão-somente para coadjuvar uma das partes e obter sentença favorável, sem defender direito próprio.”²³⁶

José Rogério Cruz e Tucci, analisando com acerto a condição das partes no processo, diz que “o conceito de parte não pode ser aferido nos domínios da relação jurídica de direito material.”²³⁷

Nessa mesma linha de definição de parte, é possível observar, conforme adiante será possível notar, que parte não se confunde propriamente com o legitimado, podendo ocasionalmente uma e outra situação pesar sobre o mesmo indivíduo.

Vê-se que o que qualifica o sujeito como sendo parte é, tão simplesmente, a situação de apresentar-se narrado na peça processual, seja ela inicial ou incidental, exercendo um pedido em nome próprio ou contra ele sendo exercido um pedido.

Desse modo, entende-se que mesmo sendo acolhida a idéia de que o sujeito apresentado no processo se mostrava carecedor de legitimidade, não perderá a característica de ter sido parte do processo, a chamada parte ilegítima. Por outro lado,

²³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. Ed. Rio de janeiro: Forense, 2007. p. 163. Nesse mesmo sentido segue entendimento de ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003. p. 128. SANTOS. Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 11. ed. São paulo: Saraiva, 2006. p. 81. A jurisprudência do STJ igualmente aminha no sentido de considerar o assistente simples mero coadjuvante, ficando desse modo afastado dos efeitos da coisa julgada. Resp. 774.777/MT. Rel. Min. Humberto Martins, T2- Segunda Turma: julg. 06/03/2007.

²³⁷ TUCCI, José Rogério e Cruz. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. Tese (Cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006. p. 26.

mesmo tendo participado do litígio posto em juízo, se não vier a participar da demanda não será considerado parte.

Ressalte-se que a via da intervenção de terceiro, de fato permite a transformação de um terceiro em parte da demanda. Isso porque passa a exercitar pedidos ou contra ele se passa a pedir, mas, para que tal transformação ocorra, a pura intervenção não é o único fator a ser considerado. Necessário observar se esse terceiro está autorizado a demandar em nome próprio ou a ser demandado. O assistente litisconsorcial, o denunciado, o nomeado, o embargante, são exemplos de terceiros que, uma vez aceitos no processo, passam a figurar na condição de parte, exatamente por estarem autorizados a demandar em nome próprio.

No caso específico da oposição, o que se tem é que o terceiro, nada obstante passe à condição de parte, estará inserido em outra relação processual, paralela àquela principal, onde figurarão como partes passivas aquelas mesmas partes que se apresentam inseridas na demanda principal. De modo que não consideramos uma típica espécie de intervenção em processo alheio.

A idéia de parte, portanto, não se confunde com a idéia de legitimado, analisado outrora. (retro 2.4)

Enquanto o legitimado se configura pela relação entre o sujeito e o bem da vida a ser protegido, a parte se configura pela participação de um indivíduo na relação processual, demandando em nome próprio ou sendo demandado nessa mesma condição. Aquele, elemento material; este, puramente processual. Assim, considera-se que, sendo a demanda proposta por sujeito ou contra um sujeito que nenhuma relação

possui com o bem jurídico demandado, nem tão-pouco possui qualquer autorização legal para figurar em um dos pólos da demanda, será este considerado parte ilegítima. De outra sorte, qualquer sujeito que, nada obstante possua total relação com o bem da vida demandado, permaneça fora do processo, será sempre considerado terceiro, apesar de legitimado.

Quando relacionado aos limites impostos, especificamente para o processo coletivo, distante daquelas disposições do processo individual pelas suas próprias peculiaridades, o conceito de parte não sofre modificações substanciais.²³⁸

Ressalte-se, no entanto, que no processo coletivo a parte que vem ao processo, o faz em defesa de interesse alheio, ou seja, na condição de substituto processual. (art. 6.º do CPC)

Os próprios titulares da relação material não estão autorizados a demandar. Como já tivemos a oportunidade de anotar, a legitimidade nas demandas coletivas foi atribuída a entidades representativas, pelo simples fato de se manter íntegro o escopo dessa espécie de demanda, qual seja, a centralização dos debates jurídicos em torno de questões que dizem respeito a um número indeterminável ou mesmo que determinável, porém em quantidade tal que coloque em risco a segurança jurídica e a efetividade do processo.

²³⁸ Nesse sentido segue doutrina de TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. Tese (Cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São paulo. São paulo, 2006. p. 28.

Não coadunamos com a posição daqueles que, data maxima venia, não vislumbram a condição de terceiros naqueles que, apesar de titulares do direito material demandado, permanecem fora da relação processual.

Rodolfo de Camargo Mancuso diz que “é no mínimo duvidoso que se possa continuar chamando de terceiros os sujeitos concernentes ao conflito coletivo.”²³⁹ Sustenta esse autor que nas demandas coletivas a coisa julgada possui efeito expandido, sendo os sujeitos da relação material representados pelo autor ideológico.

Fosse verdadeira a idéia de que nas demandas coletivas não se admite pensar em sujeito na condição de terceiro, não poderia pensar em assistência litisconsorcial, denunciação da lide, por exemplo. Sujeitos que apesar de titulares do direito de demandar pela própria autorização legal, permanecem na condição de terceiros, simplesmente por continuarem fora da relação processual.

²³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 252. Ainda nesse sentido segue doutrina de BAZILONI, Nilton Luiz Freitas. A coisa julgada nas demandas coletivas. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 83. são suas palavras: “se terceiro é aquele que não participou da relação processual ou não fez parte da relação de direito material, segue-se que nas ações coletivas, de uma forma ou de outra todos estarão participando.” Nossa discordância se prende ao fato de termos partido de outra premissa, qual seja, de que só interessa para o conceito de parte sua participação na relação processual, nada interessando se é ou não sujeito da relação material. Mostrando-se contrário à posição defendida por nós no presente escrito segue doutrina de MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, o lesado que deseje intervir na ação coletiva sequer poderia ser considerado terceiro.” E continua o autor dizendo que “na verdade, ele faz parte do grupo em favor de quem foi proposta a ação.”

4.5 PEDIDO

Anota, de modo a não deixar dúvida, Milton Paulo de Carvalho que “inimaginável demanda sem pedido”²⁴⁰. Mas o que é o pedido? Confunde-se com o objeto litigioso? Com a lide? Com o mérito? É composto pela causa de pedir? Ou será que esta se apresenta como elemento externo voltado a individualizar o pedido tão-somente?

A doutrina e conseqüentemente aqueles que se propõem a estudar o processo, constantemente se vêem diante de um conflito, qual seja, determinar os limites conceituais de termos que, na verdade, se entrelaçam, não permitindo uma pureza plena de seus significados.

Pedido, lide, mérito, objeto do processo, objeto litigioso do processo e pretensão são exemplos de terminologias que a doutrina, não só no Brasil, se debate para tentar explicar e contorná-los.

Diga-se, que o próprio legislador do CPC atual, Alfredo Buzaid, na sua exposição de motivos, determina que o termo lide será sempre utilizado como indicativo de mérito.²⁴¹

No entanto uma simples análise dos artigos do CPC se mostra suficiente para perceber que, em diversos momentos, essa relação não ocorre. Nesse sentido dispõe o CPC em seu artigo 70, que “a denunciação da lide é obrigatória.” Nesse caso,

²⁴⁰ CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 73.

certamente não está o termo lide sendo utilizado como indicativo de mérito, mas de demanda.²⁴²

Ver-se-á, ainda, que de acordo com Alfredo Buzaid, o CPC atual adotaria a idéia de lide vinculada à concepção carnelutiana, em que este instituto aparece definido como “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro.”²⁴³ No entanto tal entendimento não se alinha com a concepção que aqui se reputa adequada sobre lide.

Observa-se, apenas com base nestas poucas e pontuais questões, que conceituar pedido, lide, objeto litigioso do processo, mérito, além dos respectivos limites, se constitui tarefa das mais árduas e relevantes.

Essa busca incansável pela definição precisa de tais figuras, não se mostra algo vazio de significado prático, pelo contrário, é necessário para que se possa igualmente definir limites de outros institutos do processo, como a litispendência, a coisa julgada, seus limites subjetivos e objetivos, a própria ação rescisória, que só terá cabimento quando a decisão for de mérito.

O primeiro passo nessa tentativa de sistematização desse instituto é buscar seu conceito. É o que se passa a fazer.

²⁴¹ Item 6. O autor alude ainda expressamente ao conceito de lide apresentado pela doutrina de Carnelutti, o que veremos, não nos parece a melhor doutrina.

²⁴² Com a mesma crítica, ver doutrina de DINAMARCO, Cândido Rangel . O Conceito de mérito. In Fundamentos do Processo Civil Moderno. P. 233.

²⁴³ Op.cit. 245.

4.5.1 Conceito

Pedido é a pretensão do autor. Pretender indica a possibilidade de reclamar, solicitar, desejar algo.²⁴⁴

Ao apresentar o pedido, deseja o autor da demanda ver solucionado pelas mãos do Estado-juiz um conflito social insatisfeito.

Segundo doutrina de Milton Paulo de Carvalho²⁴⁵ “pedido é o conteúdo da demanda, a pretensão processual, o objeto litigioso do processo, o mérito da causa.”

Humberto Theodoro Jr., valendo-se dos elementos de composição do pedido, esclarece que este deve ser entendido de um lado, como “o bem jurídico pretendido pelo autor perante o réu;” por outro lado, “no aspecto processual, o tipo de prestação jurisdicional invocada...”²⁴⁶

Na verdade, a conceituação do pedido, como elemento de identificação da demanda, leva em consideração uma série de fatores que de algum modo se entrelaçam, impedindo que na tentativa de conceituá-lo sejam estes afastados. Portanto estabelecer um conceito adequado de pedido só se permite após a verificação de todos os elementos de sua composição; é ato complexo.

²⁴⁴ Minidicionário Aurélio.p. 383.

²⁴⁵ CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1992. p. 97.

²⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 73. Igualmente, Arruda Alvim. Manual. P. 487.

4.5.2 Identificação do Pedido

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5.º, inciso XXXV, como já tivemos a oportunidade de anotar em tópico específico, destinado ao estudo dos princípios constitucionais influenciadores do processo, que a todo sujeito social é dado o poder de exigir, junto ao Estado-juiz, a tutela de um direito que se mostra ameaçado de agressão ou que já tenha sido de qualquer forma agredido.

Diante de tal situação, e querendo, face à subjetividade do exercício desse poder, deverá ser provocado o Estado, para que possa pesar sua força sobre aquele que resiste a observar e respeitar o direito alheio, lhe impondo a necessidade de cumprir com as determinações do Estado; a substitutividade de Chiovenda.

Em razão da formalidade que cerca a estrutura do processo, a provocação do Estado deverá ocorrer de modo escrito (salvo expressas permissões legais), observando-se as formalidades impostas pelo ordenamento.

A petição inicial, desse modo, é o instrumento de natureza eminentemente processual, responsável por dar vida ao poder subjetivo de provocar a atividade jurisdicional do Estado.²⁴⁷

Ainda estabelece o artigo 282 do CPC, como regra geral, que a formatação da petição inicial deverá conter certos elementos ali postos pelo próprio legislador. Dentre eles está o pedido com suas especificações legais. (inciso IV)

²⁴⁷ Conforme letra expressa do artigo 2.º Do CPC, atuação do Estado é inerte, só podendo ser prestado após adequada provocação.

Manifestando-se o autor em sua petição inicial, o fará apresentando pedidos de duas ordens. Um primeiro, de natureza processual, expressando a natureza do pedido solicitado, ou seja, estabelece que tipo de providência se espera seja tomada pelo Estado (condenação, declaração, constituição, mandamentalidade e executividade). O segundo pedido apresentado pelo autor é de ordem material. Na verdade, apenas com fins didáticos devem ser lidos, separadamente, vez que formam elemento único.

Este pedido de ordem material se mostra intimamente ligado àquilo que o autor pretende receber do Estado quando do resultado final do processo, ou seja, é o próprio bem da vida. Aquele convencionou-se chamar de pedido imediato, ao passo que este, de pedido mediato. Liebman, procurando definir pedido, o fez relacionando-o com o objeto da ação, dizendo tratar-se “aquilo que se pede ao juiz”.²⁴⁸

Humberto Theodoro Jr., equiparando pedido à lide, sustenta que na caracterização do pedido, tanto aquele de ordem processual (imediato) quanto aquele de ordem material (mediato) devem ser levados em consideração.²⁴⁹

Ao mencionar sobre o pedido como elemento de individualização da demanda, na verdade, se está tratando de uma figura de ordem processual, ainda que composta de uma parcela de natureza substancial.

²⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. 3.ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São paulo: Malheiros, 2005., p. 251.

²⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47.ed. Rio de janeiro: Forense, 2007. p. 73.

Nesta esteira, Milton Paulo de Carvalho diz que a doutrina processual brasileira não entendeu por necessário distinguir *pretensão* de *pedido* como o fizeram os portugueses. Arrolando diversos doutrinadores lusitanos, conclui esse processualista de São Paulo, que o pedido deve ser lido como pretensão de natureza puramente processual, não se confundindo, em momento algum, com a pretensão de ordem substancial.

Desse modo, diz que “os componentes do pedido podem ser determinados pela força de que vêm providos, ou pela precedência lógica na ordem de satisfação, dizendo-se condicionante o imediato e condicionado o mediato.”²⁵⁰

Assim, tem-se que o bem da vida, que inexoravelmente integra o pedido, se configura como “efeito do provimento”²⁵¹, por isso aqui integrante da pretensão de ordem processual.

Alude o autor ao bem da vida como “efeito do provimento” pelo simples fato de que não pode o demandante vir a juízo apresentando apenas pedido de providência jurisdicional, sem que este esteja acompanhado de um bem da vida a ser protegido.

Ponto que interessa sobremaneira ao presente estudo, exatamente por refletir diretamente no instituto da litispendência, é saber se, no processo de individualização das demandas, interessa tanto o pedido mediato quanto o imediato.

Arruda Alvim responde afirmativamente. Diz, “que não se pode conceber no processo a pretensão como direito material, exclusivamente...”²⁵²

²⁵⁰ Ibidem, p. 77

Essa também parece ter sido a idéia de nosso legislador processual, quando estabeleceu na regra do artigo 460 do CPC, que “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida...” Repete-se a intenção do legislador igualmente no artigo 128 do CPC: “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta...”

Essa necessidade de se estabelecer limites de atuação ao magistrado se mostra como corolário do devido processo legal, analisado em seu aspecto substancial.

Outrossim, agiria de modo contrário a todos os ditames do processo democrático, onde o respeito do contraditório, a ampla defesa e ao devido processo, o magistrado que atuasse fora dos limites estabelecidos na demanda.

Importante ressaltar, como o fez oportunamente Arruda Alvim,²⁵³ que a inserção do pedido imediato (tipo de providência jurisdicional) na caracterização da lide, objeto da demanda, interessa restritivamente à questão de sua individualização, nada importando na configuração dos limites da coisa julgada. Esta pesa, sobretudo, sobre o bem da vida envolvido na demanda.

²⁵¹ *idem*.

²⁵² ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8.ed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 487. nesse mesmo sentido ainda THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47.ed. Rio de janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 73. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v.2, p. 118. Menciona esse processualista que “um pedido é diferente de outro sempre que em cada um deles se postule uma espécie de provimento, mesmo que ambos se refiram ao mesmo bem da vida.”

²⁵³ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 487.

Pois bem. Será possível, a partir dessas colocações, afirmar que pedido, lide, mérito, pretensão, objeto litigioso e objeto do processo são termos que se equivalem?

Essa, sem dúvida, é uma indagação que não se responde com facilidade. A doutrina, veremos, diverge em diversos momentos.

Comecemos por considerar os termos lide e mérito.

Com relação à lide, sustenta Carnelutti tratar-se de “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro.”²⁵⁴

Esse conceito de lide apresentado por Carnelutti sofre da doutrina, sobretudo por parte de Liebman, crítica no sentido de se apresentar com características contundentes de uma ideologia sociológica, deixando de lado aquilo que mais interessa, o seu aspecto jurídico e, mais, processual.²⁵⁵

Como assevera doutrina de Liebman “a lide, assim entendida, se distingue rigorosamente do processo, sendo que este constitui o continente e aquela o conteúdo.”²⁵⁶

Se adotado o conceito de Carnelutti, ter-se-ia que uma simples resistência de um sujeito em ressarcir os danos causados a outrem em razão de acidente automobilístico, por exemplo, já seria suficiente para configurar a lide.

²⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São paulo: ClassicBook, 2000. v. I, p. 93.

²⁵⁵ Despacho. p. 117

²⁵⁶ ibidem, 113.

Por outro lado, surge doutrina, igualmente clássica, de Enrico Tullio Liebman, onde sustenta que não se pode levar em consideração na conceituação de lide, os elementos externos do processo.

Afirma que é possível “acontecer que o conflito de interesses entre duas pessoas não seja deduzido em juízo em sua totalidade.”²⁵⁷ Alude esse processualista que, face à liberdade de que dispõe as partes em levar a totalidade dos conflito à frente do juiz ou não, é possível que se peça uma solução apenas sobre uma parcela dele.²⁵⁸ E conclui: “o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é, portanto, o conflito existente entre as partes fora do processo e sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito.”

Para Liebman, a lide propriamente só se forma a partir da oferta de defesa do réu. Assim, diz que “a lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz.”²⁵⁹

Segundo concepção desse processualista italiano, compete ao magistrado verificar entre os pedidos apresentados, tanto pelo autor quanto pelo réu, qual está em conformidade com o direito e, protegê-lo.

Contudo, esclarece que esse conflito formado pela resistência do réu, na verdade, pode ocorrer de modo virtual, não sendo exigido para configuração da lide que o réu se oponha de fato.

²⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Túlio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 114.

²⁵⁸ Op.cit. 257.

²⁵⁹ Despacho. p. 121.

Ainda com Liebman, tem-se, em verdade, que a lide será moldada pelo pedido do autor, “ele é que propõe o pedido e com isso suscita a lide e fixa o mérito da causa. E conclui: “todas as questões por ele não abrangidas constituem questões prévias...”²⁶⁰

O nosso CPC, contudo, filiando-se à concepção carnelutiana, estabelece como lide aquele conflito de interesses externo e prévio ao processo. Nesse sentido, dispõe seu o artigo 128 que o “juiz decidirá lide nos limites em que foi proposta...”

Outro exemplo se verifica com relação ao denominado procedimento de jurisdição voluntária. Neste caso, entende-se não haver lide, exatamente por constituir hipótese em que os próprios sujeitos do conflito o solucionam de própria mão, não exigindo a imposição de vontades pelo Estado. Ou seja, não há imposição de vontades de um sujeito sobre o outro, mas ao contrário, convergência dessas vontades.

Pois bem. Até aqui verificamos que os termos, pedido, mérito e pretensão se equivalem, resta-nos analisar os termos objeto do processo e objeto litigioso como indicativo de lide ou pedido.

A doutrina, não se mostra uníssona ao relacionar o pedido do autor como objeto do processo. Doutrinadores há que sustentam haver certa distância entre objeto do processo e objeto litigioso.

Nesse sentido, Arruda Alvim identifica a lide, o mérito, o pedido do autor como o objeto litigioso da demanda. Ou seja, segundo esse processualista, nada obstante o

²⁶⁰ Ibidem, p. 122.

magistrado seja chamado a resolver todas as questões inseridas no processo²⁶¹, é só a lide, nos exatos limites em que colocada pelo autor na peça inicial, que será atingida pelos limites da coisa julgada.²⁶²

Para o autor, o objeto do processo contém o objeto litigioso. Enquanto este, como já anotado no parágrafo acima, se resume ao pedido do autor, (determinada providência jurisdicional e determinado bem da vida) não interessando para os seus limites, a resposta do réu, nem tão-pouco os seus fundamentos, o objeto do processo é formado por todas as demais questões, quais sejam: as questões preliminares, prejudiciais, os pontos de fato e de direito apresentados pelo réu.

Nesse sentido, igualmente se apresenta a doutrina de Sydney Sanches.²⁶³ O autor, em artigo destinado ao estudo específico do tema esclarece que o objeto do processo:

é toda a matéria, de fato, ou de direito, relacionado a pressupostos processuais e condições da ação e o próprio mérito que deva ser examinadas pelo juiz, provocado pelas partes ou “*ex officio*”, seja como simples operação de conhecimento, seja como julgamento propriamente dito, seja em caráter incidental, seja em caráter principal.

²⁶¹ preliminares, prejudiciais e mérito. Entende por questões preliminares todas aquelas questões que não influenciam na análise do mérito. Já quanto às prejudiciais, ao contrário, se caracterizam por impedir seja o mérito, a lide posta pelo autor, resolvido. Quanto ao mérito, trata-se do próprio pedido do autor, observados os seus estritos limites. ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 483.

²⁶² Ibidem. p. 484.

²⁶³ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigiosos do processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 13, p.31 e ss.

Assim, como Arruda Alvim, entende Sydney Sanches que o termo objeto litigioso se restringe ao pedido do autor.²⁶⁴

De outro lado, entendendo deva ser abandonada toda preocupação da doutrina em se distinguir objeto litigioso e objeto do processo, segue Cândido Rangel Dinamarco. Para o autor, é irrelevante essa tentativa de distinção, devendo ser o objeto do processo identificado pelo pedido, pela pretensão do autor.²⁶⁵

Igualmente nesse último sentido segue a doutrina de Liebman. Sustenta esse processualista italiano, que “o pedido do autor é o objeto do processo”.²⁶⁶ Alude ao termo “objeto do processo” no mesmo sentido em que aqueles que sustentam doutrina contrária falam em objeto litigioso.

A nosso ver, ainda que não traga tal discussão qualquer relevância de ordem prática, necessário analisar os institutos separadamente. Na verdade, tudo se resume, nos parece, ao significado que se empresta ao termo “objeto”. Falar em objeto do processo é falar em algo maior, como indicativo de finalidade de um instrumento, como escopo a ser atingido.

²⁶⁴ Ibidem. p. 45. Igualmente a doutrina de ASSIS, Araken de. *Cúmulo de ações*. 4.ed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 120. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2001. p. 122.

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1, p. 232 e ss;

²⁶⁶ O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito. In: LIEBMAN, Enrico Túlio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 118.

Como se sabe e a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco reafirma de modo adequado esta questão,²⁶⁷ o fim do processo é, sem dúvida a pacificação do conflito social ao qual estão os sujeitos da demanda envolvidos, pelo menos em regra. De modo que, para que possa o juiz atender a esta exigência, deverá resolver tudo aquilo que possa implicar em obstáculo a este fim.

Como afirma Liebman, estas questões, em verdade, ressalvada a hipótese de pedido expresso, serão objeto de cognição e não de decisão.²⁶⁸ Essa nos parece ser a idéia central daquela parcela da doutrina que sustenta ser o objeto do processo gênero, onde estão presentes os pressupostos do processo, as condições da ação e, inclusive, o pedido.

Por outro lado, quando se alude ao objeto litigioso, se está à frente do indicativo do cerne da demanda, daquilo que o autor pretende ver resolvido e protegido pelo Estado-juiz, o significado do termo é outro, vejam.

4.5.3 O pedido nas demandas coletivas

Relacionado às demandas coletivas, o conceito de pedido permanece aquele mesmo já anotado no tópico anterior, quando da verificação das linhas gerais desse elemento de individualização das demandas. Ou seja, aqui igualmente se tem pedido como a pretensão do autor.

²⁶⁷ Sobre os escopos do processo e da jurisdição, ver trabalho impar desse autor denominado: A Instrumentalidade do Processo.

²⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. 3. Ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 225.

Contudo, importante frisar que face às características que marcam as demandas coletivas, o pedido sofrerá certa variação na sua interpretação, o que será devidamente anotado no curso do presente tópico.

Nas demandas coletivas, assim como se verifica nas demandas individuais, o autor, pretendendo uma prestação jurisdicional do Estado, terá que provocá-lo, vez que pesa sobre este tipo de demanda o princípio da inércia jurisdicional, ficando o Estado impedido de atuar de ofício na prestação da tutela jurisdicional.

A petição inicial deverá conter, além de outros requisitos, elencados no artigo 282, o pedido e suas especificações. Assim, também aqui nas demandas coletivas, deverá o autor anotar a dupla face que marca o pedido. Deve indicar a providência jurisdicional desejada, pedido imediato,²⁶⁹ seguido do bem da vida perseguido, pedido mediato.

Especificamente com relação ao pedido imediato, providência jurisdicional a ser tomada na proteção ao bem da vida, determina o artigo 83 do CDC, que “serão admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Desse modo, permite-se tanto uma ordem de conhecimento, como cautelar e de execução. No primeiro caso, tem-se, ainda, que não só as demandas de natureza condenatória, mas igualmente a declaratória, constitutiva, mandamental e executiva lato-sensu, podem ser utilizadas nas demandas coletivas.

Nessa esteira, nada obstante expressa permissão legal, já tivemos a oportunidade de afirmar²⁷⁰ que a maior incidência nas demandas coletivas é mesmo de demandas com natureza mandamental ou executiva lato-sensu.²⁷¹ Ressalte-se que, apesar de remota, não se exclui a possibilidade de demandas com natureza declaratória, como aquela que visa a nulidade de cláusula contratual, ou de tombamento, como igualmente se admite a ordem constitutiva.

Especificamente quanto a esta última, já nos manifestamos no sentido de não ser possível nas demanda coletivas.²⁷² Contudo, após repensar o instituto, verificamos que mesmo a constitutividade está presente nas demandas coletivas. Talvez, não na hipótese avançada por Sandra Langruber da Silva²⁷³ que fala em constitutividade negativa da decisão que anula ato administrativo, onde data maxima venia, vemos ordem de natureza meramente declaratória. Explico.

²⁶⁹ Em momento adequado, veremos que diferentemente do que ocorre nas demandas individuais, nas coletivas os limites da congruência entre pedido e sentença serão alargados, sobretudo quanto a natureza da providência jurisdicional a ser tomada.

²⁷⁰ Aspectos processuais das Demandas Coletivas. P. 85.

²⁷¹ Face à destinação do presente escrito, qual seja, verificar as hipóteses de litispendência entre as demandas coletivas e entre estas e as individuais, não iremos adentrar o debate doutrinário sobre a adoção da teoria quinária na classificação das demandas. Apenas deixamos consignado que nossa posição é no sentido de adoção dessa teoria em detrimento daquela clássica. Sobre a adequada caracterização das medidas executivas lato-sensu e mandamentais, ver trabalho específico de MURITIBA, Sergio. Ação executiva lato-sensu e ação mandamental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁷² Ibidem. 85.

²⁷³ SILVA, Sandra Lengruber. Elementos das ações coletivas. São Paulo: Método, 2004. p. 88.

Como ressalta doutrina clássica de Tomás Pará Filho, a sentença de natureza constitutiva tem por efeito a “criação, modificação ou extinção de relação ou estado...”

274

Ainda com esse doutrinador tem-se que:

... a estrutura da sentença constitutiva se integra: a) de um momento declarativo ou de acerto, em que o juiz afirma uma preexistente situação jurídica a ser modificada ou inovada, consoante lei; b) de um momento constitutivo, por cuja força o juiz autoriza ou opera uma inovação jurídica.²⁷⁵

Não é o que se observa naquele exemplo.

A anulação de um ato, seja administrativo ou não, ocorre, como é notório e assente na doutrina, em razão de vício que se verifica na sua própria raiz.

Como esclarece doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷⁶ “anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.” Continua essa administrativista dizendo que “como a

²⁷⁴ PARÁ FILHO, Tomás. Estudo sobre a sentença constitutiva. São Paulo: Edições Lael, 1973. p. 57

²⁷⁵ Estudo sobre a sentença constitutiva. P. 58. Nesse mesmo sentido, ver doutrina de GOLDSCHMIDT, James. Direito processual civil. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003. p. 149

²⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 243.

desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos ex tunc, ou seja, a partir de então)".²⁷⁷

Portanto, seja a anulação do ato administrativo realizado pela própria administração pública ou pela via judiciária, constitui-se em mero ato declaratório e não constitutivo.

Exemplo de ato constitutivo, na esfera coletiva, poderia se pensar na desapropriação de determinado bem em razão de seu tombamento, face à sua destinação como patrimônio histórico e cultural.²⁷⁸ Aí sim, nos parece haver uma real alteração (efeito ex nunc) sobre o direito de propriedade, o que nos permite falar em constitutividade.

A afirmação que se faz no sentido de que as demandas coletivas, em regra, se apresentam como ordem mandamental e executiva, se prende ao fato de que comumente são promovidas com fins à obtenção de ordem, impondo obrigação de fazer ou não fazer.

É o caso de atos reiterados contra os direitos do consumidor,²⁷⁹ contra o patrimônio ambiental e cultural.²⁸⁰ Com isso, pode-se afirmar o absoluto caráter

²⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 243.

²⁷⁸ O procedimento de tombamento e desapropriação de bens declarados como patrimônio histórico e cultural está regulado pelo Dec-Lei n.º 25, de Novembro de 1937.

²⁷⁹ Má prestação do serviço, envio de produtos sem a devida solicitação do cliente, propaganda enganosa, vício de produto, etc.

²⁸⁰ emissão de poluentes, contaminação de solo e ar, emissão de sons fora dos limites estabelecidos em lei específica, programas televisivos que atentam contra a moral e a dignidade da pessoa humana, etc.

inibitório das demandas coletivas.²⁸¹ Como afirmamos outrora, “a maior necessidade quando se alude às questões coletivas é, sem dúvida, a inibição dos atos agressivos de direitos.”²⁸²

É certamente nesse sentido, visando preservar a finalidade preventiva das tutelas coletivas, que os artigos 84, parágrafos 3.º, 4.º e 5.º do CDC , 461 e 461 A do CPC determinam a adoção de medidas de apoio e medidas antecipatórias de urgência, inclusive de ofício,²⁸³ visando “a obtenção do resultado prático equivalente.”

E quanto ao pedido mediato, ou seja, o bem da vida?

Com relação a este, sua influência é absoluta, como não poderia deixar de ser.

Além de determinar os limites objetivos da coisa julgada, assim, como ocorre nas demandas individuais, a adequada observância do bem da vida nas demandas coletivas possui outra característica. Determinar se se trata de direito difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo.

Como anota Rodolfo de Camargo Mancuso,²⁸⁴ nas demandas coletivas é o pedido que determina sua natureza.

²⁸¹ Para uma adequada idéia sobre a tutela inibitória, ver no Brasil, obra de fôlego destinada ao estudo específico desse instituto. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

²⁸² Aspectos, p. 191.

²⁸³ As medidas processuais aplicadas na proteção de bens coletivos, quando necessário, deverão ser concedidas de ofício, inclusive a hipótese da tutela antecipada, nada obstante a vedação contida no caput do artigo 273 do CPC.

²⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 428.

Pedimos vênia, para transcrever os exemplos mencionados por esse autor, por entendermos adequados ao perfeito entendimento da afirmação aqui posta. Assim diz:

num dano ambiental por dejeção de poluentes num curso d'água, se foi pedida cominação para realização de obras e serviços necessários à recuperação desse bem, o interesse é difuso, porque esparso pela inteira comunidade, indistintamente, abrangendo as comunidades localizadas a jusante; se o objeto da ação é para que os municípios concernentes sejam condenados a firmar protocolo com as indústrias potencialmente poluidoras da região, em ordem à adoção das providências voltadas a proteger a comunidade que sobrevive às margens desse rio, o interesse é coletivo, em sentido estrito; enfim, se o pedido é para que sejam indenizados os prejuízos concretamente causados aos pescadores da região, o interesse será individual homogêneo.²⁸⁵

Adequada a afirmação do autor de que nas demandas coletivas as partes e a causa de pedir não adquirem a mesma relevância observada para o pedido.²⁸⁶

Isso porque, com relação às partes, já se viu, atuam na condição de substitutos processuais, de modo que, mesmo que se tenha partes autoras distintas em duas ou mais demandas coletivas, ou ainda que sejam os réus processualmente distintos, os beneficiários dos efeitos da decisão serão os mesmos, não sendo esta condição impeditiva para configuração da litispendência, por exemplo.

²⁸⁵ Idem

²⁸⁶ Ibidem, p. 428.

A causa de pedir, analisada no próximo tópico, quando relacionada às demandas coletivas, igualmente deve ser lida de modo mais flexível do que nas demandas individuais.

Na proteção dos interesses metaindividuais, como bem lembra Ricardo de Barros Leonel, “não há especificação tão intensa dos fatos...” afirmando esse autor ainda que, “mesmo nas ações em defesa de interesses individuais homogêneos basta a descrição da conduta genericamente, o dano causado de forma inespecífica, e o nexo entre ambos.”²⁸⁷

Importante lembrar que nas demandas coletivas, e também nas individuais é verdade, o cúmulo de pedidos é quase inerente à sua finalidade. Raros são os casos em que, além de pedir o ressarcimento do dano causado, a cessação da agressão a um bem coletivo, não se pede conjuntamente a imposição de multa pelo descumprimento da ordem, o desfazimento de determinada obra, a obrigação de fazer e de não fazer.

Alias, esse é o típico caso em que, em obediência ao disposto no artigo 461, parágrafo 5.º c/c artigo 84, parágrafo 5.º, do CDC, deve o juiz agir de ofício, determinando as medidas adequadas à efetivação de suas ordens.

²⁸⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 232.

4.5.4 Possibilidade de relativização do princípio da congruência nas demandas coletivas.

Antes de adentrarmos o mérito do presente tópico, adequado consignar que o mesmo não se destina ao estudo exaustivo do tema da congruência no processo civil,²⁸⁸ mas tão-somente a análise da possibilidade de sua flexibilização frente às demandas coletivas. Desse modo, partimos dos conceitos e premissas já estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

A constante necessidade de se proteger a segurança jurídica, como corolário do devido processo legal, exige do juiz interpretação restritiva do pedido apresentado pelo autor e, eventualment, pelo réu nas hipóteses em que o sistema processual lhe permite fazê-lo. (CPC – art. 293)

Nesse sentido, veda o artigo 460 da legislação processual civil a possibilidade de o juiz conceder ao autor da demanda pedido de natureza diversa daquela pleiteada ou em condenar o réu em quantia superior ou ainda em objeto diverso do que lhe foi demandado. Anota-se em paralelo, o artigo 128 do mesmo diploma legal que determina que caberá ao juiz decidir a demanda em conformidade com os limites do pedido.

Segundo anota Milton Paulo de Carvalho em obra já arrolada por vezes no presente trabalho, que o princípio da congruência deve ser entendido como “a correspondência exata que deve existir entre a pretensão processual formulada pelo

²⁸⁸ O que fora realizado com o brilhantismo e a competência que lhe é inerente pela professora e amiga Andréa Boari Caraciola, em trabalho orientado pela professora Patrícia Miranda Pizzol destinado à conclusão do curso de doutorado na PUC/SP, em

autor e o pronunciamento judicial de mérito, de modo que este abranja tudo e só o que se contém na pretensão.”²⁸⁹

Ainda com esse processualista, tem-se que é o caráter instrumental do processo que justifica tal imposição.²⁹⁰ Isso porque é o processo que se destina exclusivamente a servir o direito material, o bem da vida pleiteado.

De modo que provado suficientemente o direito pleiteado pelo autor, deverá o magistrado julgar sua demanda totalmente procedente.

Por outro lado, entendendo o juiz que o autor não logrou provar todo o direito apresentado na inicial, só lhe concederá o pedido até o limite do que restou devidamente provado, negando-lhe a outra parte. Por fim, se apesar de apresentar o pedido o autor não demonstrar sua titularidade, suficientemente, será sua demanda julgada totalmente improcedente. (CPC – art. 269, I)

O que não poderá jamais é o juiz conceder algo maior, menor ou diverso do pleiteado, (decisão ultra, infra ou extra – petita).

Verificado tal vício, segundo dispõe doutrina de Nelson Nery e Rosa Nery,²⁹¹ deverá ser corrigido mediante interposição de recurso. Afirmam, ainda,, estes

defesa realizada no dia 05/12/2007 onde obteve nota máxima. Agradeço a esta autora a gentileza de me ter cedido cópia ainda não publicada do referido trabalho.

²⁸⁹ CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sérgio antonio Fabris Editor, 1992. p. 162.

²⁹⁰ Ibidem. P. 163.

²⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 584, nota 1. do artigo 460.

processualistas que, na hipótese de sentença infra-petita, os embargos declaratórios são cabíveis.²⁹²

Em sua tese de doutoramento, Andréa Caraciola, valendo-se da doutrina de Cândido Dinamarco, sustenta idéia que igualmente reputamos adequada, afirmando que no caso de sentença citra-petita, os artigos 515 e 516, ambos do CPC, permitem ao tribunal a análise da questão deixada de fora pelo juiz originário.²⁹³

É preciso lembrar, ainda, que tal limitação não é imposta exclusivamente em razão do bem da vida, mas da mesma forma com relação à providência jurisdicional pleiteada.

Seguindo essa linha, tem-se que, apresentado pedido de natureza condenatória, em tese, não poderá o magistrado apenas declarar tal direito, ou ainda, no sentido inverso, se pedido algo de natureza declaratório não poderá o juiz condenar. Neste último caso, será a sentença viciada por caracterizar decisão ultra-petita, devendo ser retirado seu excesso por meio de recurso.²⁹⁴

Como bem anota Arruda Alvim,²⁹⁵ a sentença que decidir sobre algo que não tenha sido objeto de requerimento do autor ou eventualmente no caso do réu, em sede de reconvenção, ação declaratória incidental, intervenções de terceiros, fere de modo

²⁹² Art. 535 do CPC – “cabem embargos de declaração quando: II- for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.”

²⁹³ Princípio da Congruência no Código de Processo Civil. Tese apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito na área de Direito Processual Civil. PUC/SP. 2007. p. 287.

²⁹⁴ Esse tem sido também o entendimento do STJ.

²⁹⁵ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2, p. 673.

frontal o princípio dispositivo, previsto no artigo 126/128 do CPC, caracterizando sua nulidade.

E com relação às demandas coletivas?

É certo que a aplicação do princípio da congruência às demandas coletivas deve, invariavelmente, sofrer certa flexibilização em sua leitura. Tudo porque, como já anotado ao longo do presente escrito, a superioridade do bem, aqui envolvido, exige um processo mais flexível do que aquele imposto para as demandas individuais.

Essa afirmativa não permite concluir que o juiz é livre para decidir a demanda do modo e na forma que bem entender.

Por outro lado, é fato, consolidado na doutrina, que no processo individual a atuação do juiz, na busca pela verdade dos fatos, deve ser ativa, sem contudo, ferir princípios como o dispositivo, o princípio do contraditório e ampla defesa.²⁹⁶ Frente às demandas coletivas, essa atuação ativista do juiz encontra respaldo ainda maior.²⁹⁷

Nesta espécie de demanda não se pode dizer, por exemplo, que será nula a sentença em que o juiz, tendo sido provocado para decidir sobre pedido declaratório, observe que na verdade trata-se de ordem mandamental; ou que há necessidade de

²⁹⁶ Para uma adequada visão sobre a atuação do juiz no processo, ver trabalho significativo de DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: Fundamentos do processo civil moderno. v. 1. p 130. Outro, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

²⁹⁷ Sobre o papel dos juízes nas sociedades de massa, ver LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 299.

impor condenação ao réu, sobretudo se este ato jurisdicional for realizado com a finalidade estrita de impedir a prática de ato lesivo à coletividade.

Exemplo se tem, no caso em que, apresentada demanda visando à declaração sobre o real interesse público sobre propriedade privada e, se positivo, a efetivação de seu tombamento, ato puramente declaratório, portanto, verificando o juiz, no resultado de uma perícia, que o referido bem está em perigo iminente de desabamento, ordenando, assim, que se pratiquem atos necessários à sua reestruturação, o que caracteriza ato de mandamentalidade.

A exigência de proteção aos direitos metaindividuais permite, sem qualquer sombra de dúvida, a flexibilização dos limites de atuação jurisdicional. É falsa a idéia de que tal atitude possa ferir o princípio do contraditório, pois, como já anotado no parágrafo anterior, este deverá ser perseguido pelo juiz.

Exemplo, já arrolado por nós em outra ocasião,²⁹⁸ é aquele em que promovida demanda contra o proprietário de posto e combustível para que adapte suas estruturas com o fito de evitar contaminação de solo, poderá o juiz lhe impor condenação pelos danos já causados ao meio ambiente, de ofício, se no curso dessa demanda surgir, por exemplo, documento da CETESB, demonstrando que aquele solo já estava contaminado. Por óbvio, que deverá o magistrado respeitar todas as garantias processuais da parte que sofrer tal imposição.

José Roberto dos Santos Bedaque, comentando sobre a tendência de se “reforçar os poderes do juiz”, diz que

nessa linha entre as diversas sugestões destinadas a fazer com o processo seja realmente instrumento de justiça – não meio de que se vale os inadimplentes para protelar ainda mais a realização do direito, interessa, aqui, examinar a simplificação da técnica processual mediante a concessão de poderes ao juiz para conduzir o processo de forma adequada, segundo as circunstâncias.²⁹⁹

Continua esse processualista da USP afirmando que “em primeiro lugar, é preciso abandonar a idéia de que os atos processuais devem atender rigorosamente à determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei.” E conclui: “o formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo.”³⁰⁰

Parece não ter sido outra a idéia do legislador, quando inseriu, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, artigo 11, parágrafo 3.º, a permissão para que determine de ofício a produção das provas, observando o contraditório.

Ora, a produção de provas, por si só, não se justifica; obviamente, tal permissão visa a permitir ao juiz aprofundar sua participação e convencimento na relação processual.

²⁹⁸ Aspectos. 180.

²⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. p. 105.

³⁰⁰ Ibidem.

É certo que no processo individual a produção de provas serve ao magistrado, permitindo restritivamente melhor conhecimento dos fatos já apresentados pelo autor a serem decididos ao final da demanda.

Nas demandas individuais, mesmo que se depare com questão que possa ensejar alteração do pedido que lhe fora apresentado pelo autor, não poderá o juiz tomá-lo em consideração de ofício, o que será permitido quando se tratar de demanda coletiva, com fundamento na supremacia do interesse metaindividual, tomando por fundamento os princípios específicos aplicáveis aos conflitos de massa.

É preciso ter em mente que, se de fato há um desejo em proteger bens de ordem pública como aqueles protegidos por esta espécie de demanda, é preciso mais do que boa intenção, exige-se mudança de mentalidade.

É claro que tal teoria não se baseia simplesmente em boa intenção, mas em fundamento que aqui se entende por razoável.

Se colocada aquela determinação, contida no artigo 11, parágrafo 3.º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, que permite ao juiz determinar produção de provas de ofício, ao lado do disposto no artigo 5.º do mesmo Anteprojeto, que permite ao juiz acolher emendas ao pedido inicial, inclusive a apresentação de novos pedidos até que se profira a sentença, ver-se-á que nada impede ao magistrado, verificando que a prova, determinada por ele, indica situação não apresentada pelo autor em sua inicial, determinar a emenda da inicial.³⁰¹

³⁰¹ Ressalte-se que neste ponto buscamos apenas trazer à luz a possibilidade do juiz, ao proferir a sentença, fugir aos limites traçados pelo pedido do autor, inserido na

Outra situação que corrobora no sentido de permitir a atuação do juiz na busca por uma prestação jurisdicional justa, é aquela que permite em situações excepcionais, a concessão de medidas de urgência de ofício. Nesse sentido já se manifestou a doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque. Diz esse doutrinador que “não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança.”³⁰²

Mesmo a legislação processual pátria nos dá indícios de que caminha no sentido de permitir uma atuação mais ampla do juiz, visando uma melhor e mais segura decisão. A Possibilidade de fixação de multa (astreints) de ofício, prevista nos artigos 461, §§ 4.º e 5.º, além do artigo 84 do CDC.

Importante se faz o alerta feito por Luiz Guilherme Marinoni quanto à atuação do juiz no processo. Diz o autor:

Perceba-se que a possibilidade de imposição de fazer diverso do pedido não se confunde com a possibilidade de imposição do solicitado através da utilização de meio executivo diferente

inicial, como determina o disposto no artigo 460 em combinação com o artigo 128, ambos do CPC. Com relação à possibilidade de alteração do pedido a partir da atuação do juiz na investigação da verdade da demanda, iremos tratar em tópico destinado ao estudo da alteração da demanda logo após a análise da causa de pedir por entendermos seja este o momento mais coerente com a idéia se está buscando construir.

³⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 378. Em sentido contrário, entendendo não ser possível a concessão de tutela antecipada de ofício, entendimento este majoritário, inclusive na doutrina, NERY JÚNIOR, Nelson: NERY, Rosa Maria de Andrade.. Código de Processo Civil Comentado. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 454, nota 7 do art. 273 do CPC.

do postulado. Quando se pensa em meio executivo distinto, imagina-se, por exemplo, a contraposição entre uma medida de coerção direta e a multa, enquanto que, no outro caso, altera-se o próprio fazer pedido.

Arremata esse processualista afirmando que:

A distinção entre a determinação de algo diverso do solicitado e a imposição de meio executivo diverso para a concessão daquilo que foi requerido, destina-se a evidenciar que o juiz, diante dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, pode deixar de lado, além do meio executivo solicitado, o próprio pedido mediato.³⁰³

4.6 CAUSA DE PEDIR

4.6.1 Conceito

Conceituar causa de pedir não é tarefa das mais cômodas. Havendo quem sustente ser “impossível emitir um conceito unívoco e abrangente.”³⁰⁴

Analisando o conteúdo desse instituto, esse processualista da USP diz tratar-se de “locução que indica o fato ou conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão do demandante.”³⁰⁵

³⁰³ As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz Para a prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva. Artigo retirado do site do autor. WWW. Professormarinoni. Com.br em consulta realizada no dia 11/01/2008.

³⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e i. A causa petendi no processo civil. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 24.

³⁰⁵ ibidem. P. 24.

Moacyr Amaral dos Santos não apresenta propriamente um conceito de causa de pedir, mas especifica sua finalidade, dizendo corresponder ao fundamento do pedido.³⁰⁶

Humberto Theodoro Jr. diz tratar-se do “fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo”.

De todas as tentativas de encontrar um conceito adequado, e que conseguisse delinear esse elemento da demanda, aquela apresentada por Liebman nos parece a mais completa. Diz esse doutrinador italiano, por vezes já citado por nós, que a causa de pedir deve ser entendida como:

o fato do qual surge o direito que o autor pretende perseguir ou a relação jurídica de que se faz derivar o direito, com todas as circunstâncias e indicações necessárias para individualizar exatamente a ação que se propõe, e que variam conforme as diversas categorias de direitos e de ações.³⁰⁷

É possível notar, contudo, que a causa de pedir é composta por dois elementos: a) os fatos dos quais emerge a situação jurídica trazida às mãos do Estado; b) as razões jurídicas que embasam o pedido do autor.

³⁰⁶ SANTOS, Moacyr Amaral dos. Primeiras linhas de direito processual civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 164.

³⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 249.

Portanto, para que o sujeito venha a juízo pleitear a proteção de direito do qual entende ser titular, necessário que, além de narrar seu pedido (imediato e mediato), traga também todas as razões fáticas e jurídicas que o fundamentam.³⁰⁸

É nesse sentido que impõe o artigo 282, III, do CPC, que a petição inicial venha acompanhada da narrativa dos fatos constitutivos do direito, bem como seus respectivos fundamentos jurídicos.

A ocorrência de uma situação social que traga, de algum modo, reflexos na órbita jurídica de um sujeito, configura, o que se denomina relação jurídica substancial.

Se eventualmente tal situação não restar devidamente resolvida pela boa vontade dos envolvidos, permitindo que aflore em qualquer deles o desejo de buscar a realização do direito que entende ter sido agredido injustamente, facultado lhe está buscar a via adequada para solução da controvérsia, qual seja, o Estado-juiz.³⁰⁹

Para tanto, já vimos,³¹⁰ deverá o sujeito insatisfeito provocar a atividade do único detentor do Poder Jurisdicional,³¹¹ o que exigirá a apresentação do pedido, especificando nesse ponto o tipo de providência jurisdicional que deseja ver praticada pelo Estado, juntamente com o bem da vida que espera ver protegido.

³⁰⁸ Nesse mesmo sentido, ver doutrina destinada especificamente ao estudo da causa de pedir no processo civil do professor José Rogério Cruz e Tucci, onde o autor esclarece que somente aqueles fatos que podem influenciar na constituição do direito pleiteado serão exigidos na petição inicial. *A Causa Petendi*. p. 25.

³⁰⁹ Esse conceito está sendo utilizado no sentido lato, indicando também a arbitragem, onde não se dispensa a colocação do pedido e de suas razões fáticas e jurídicas.

³¹⁰ No tópico destinado ao estudo do pedido.

³¹¹ Como exigência do artigo 2.º do CPC. “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

Contudo, a apresentação de um pedido por mais especificado por ser não se mostra suficiente para uma individualização da demanda. É necessário que esse pedido esteja devidamente acompanhado de um fato, é necessário, portanto que decorra de uma situação social específica.

A apresentação do fato, como elemento de individualização da demanda se mostra de todo relevante, por ser responsável pelo isolamento daquele pedido no cenário jurídico. Por essa razão deve se dar de modo detalhado, sobretudo quando se tratar de relação jurídica individual.

Ao lado da exigência de narrativa dos fatos constitutivos do seu direito, deverá o autor apresentar o fundamento jurídico do seu direito, de modo a inserir aquele fato no cenário jurídico.

A causa de pedir se mostra, assim, como um dos elementos que irão permitir a perfeita individualização da demanda, visando emprestar tratamento igualmente unitário a cada uma delas.

Desse modo, tem-se que a causa de pedir não faz parte do objeto da demanda, da pretensão do autor, constituído pelo pedido do autor, mas tão- somente para individualizá-lo. Assim, um pedido de dano moral deverá ser considerado único, se analisado em razão dos fatos que o cercam.

Para o perfeito atingimento da ordem jurídica justa, é mais do que necessário que a resposta jurisdicional seja individualizada, não se podendo decidir fatos iguais de modo diverso, sabidamente.³¹²

Esse tratamento personalizado só será possível, se verificada a equivalência entre as demandas, resultado que exige a análise de suas características internas.

Segue-se, assim, que o pedido de dano material decorrente de negligência de um determinado sujeito no trânsito, por exemplo, por ter cruzado o sinal vermelho involuntariamente é distinto do pedido de dano material por dolo, pelo resultado desejado praticado por motorista no trânsito, por exemplo, por ter dirigido sem habilitação e embriagado.

Conclui-se que, sem a perfeita verificação da causa petendi de uma demanda, é vazio o trabalho na tentativa de sua identificação.

4.6.2 Teorias da substanciação e da individuação

Assevera José Rogério Cruz e Tucci que a preocupação com o que deveria ser entendido por conteúdo, minimamente exigido para identificação das demandas, data de 1879, com a entrada em vigor do ZPO alemão.

Valendo-se da doutrina de Ernesto Heinitz, anota esse processualista de São Paulo que nesse período passou-se a indagar se haveria necessidade de narrativa dos

³¹² Ressalvam-se aqui aquelas hipóteses em que o próprio legislador permite ao juiz decidir de acordo com a máxima de experiência, como ocorre com as demandas de jurisdição voluntária.

fatos de onde tenha originado o direito, ou se bastaria a afirmativa do autor sobre uma relação jurídica.³¹³

Alude, no entanto, Ricardo de Barros Leonel, ao fato de que as primeiras preocupações com as exigências mínimas para caracterização da demanda surgiram já no período romano, onde se exigia um maior detalhamento dos fatos quando se tratasse de demandas, tendo por pedido a proteção de direitos pessoais, já que estes poderiam se relacionar por mais de uma vez em relação ao mesmo bem jurídico e às mesmas partes, o que não se verificava com relação aos direitos reais.³¹⁴

Valendo-se da doutrina de Gianfranco Ricci, sustenta Ricardo de Barros, que na hipótese da substanciação, são os fatos capazes de constituir o direito afirmado que permitem a delimitação da demanda; ao passo que adotada a teoria da individuação, bastará a afirmação do direito pelo demandante.³¹⁵

Segundo a teoria da substanciação, é o fato narrado pelo autor que dará os contornos da atuação do juiz. Desse modo, estando diante de demandas que apresentam as mesmas partes, o mesmo pedido, mas que decorram de situações fáticas distintas, consideram-se demandas distintas, devendo ser reunidas tão-somente em razão da verificação de conexão (CPC-art. 103).

³¹³ LEONEL, Ricardo de Barros. A causa petendi nas ações coletivas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 90

³¹⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido. São Paulo: Método, 2006. p. 86.

³¹⁵ Ibidem. 87.

Atenção especial deve ser prestada em relação ao segundo elemento de caracterização da causa de pedir, o fundamento jurídico. Não por ser mais relevante do que os fatos narrados, porque na verdade não o são, mas pelas semelhanças, inclusive terminológicas que apresentam com outras figuras do processo.

A inadequada interpretação do que se deva entender por fundamento jurídico da demanda, pode levar a uma controvérsia no processo de individualização das demandas.

Nesse sentido, esclarece doutrina de Arruda Alvim³¹⁶ que fundamento jurídico não se confunde com fundamento legal. Quanto a este último, indica tão-somente o dispositivo legal onde se pretende enquadrar a situação fática, ao passo que aquele primeiro, indica a necessidade do autor da demanda narrar os fatos em tal ordem que permita a conclusão desejada.

O fundamento jurídico, portanto, se configura como uma consequência lógica e natural da adequada narrativa dos fatos constitutivos do direito do autor. A indicação do artigo, é assim, coisa estranha à configuração dos elementos identificadores da demanda.³¹⁷

Cândido Rangel Dinamarco vai além, dizendo que o próprio fundamento jurídico, nada obstante seja elemento integrante da causa de pedir exigido expressamente pela legislação processual,

³¹⁶ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 489.

³¹⁷ Nesse sentido DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 128.

não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados – para o que levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (narra mihi factum dabo tibi jus)³¹⁸

Corroborando esse entendimento, afirma José Rogério Cruz e Tucci que “o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos apontados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente”.³¹⁹

Ainda sobre o tema em análise, outra observação se faz necessária: que a teoria da substanciação, indubitavelmente adotada por nosso ordenamento processual, pelo menos quanto ao processo individual, comporta graus de superficialidade.

José Rogério Cruz e Tucci, manifestando-se sobre o tema, afirma que, na hipótese de demandas voltadas à verificação do usucapião extraordinário, a narrativa da causa de pedir será muito mais tênue.

Isso porque, segundo o autor, posição que entendemos correta, a disposição, contida no artigo 1.238³²⁰ do Código Civil, pressupõe a presença dos elementos fáticos constitutivos desse direito, bastando que demonstre a posse pelo lapso temporal

³¹⁸ Ibidem, v. 1, p. 128.

³¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.161. Igualmente nesse sentido ver ASSIS, Araken de. Cumulo de ações. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 140.

exigido em lei, 15 anos, a não verificação de oposição e a utilização do bem como seu. Ainda com esse processualista da USP não há qualquer necessidade de se narrar os detalhes da constituição dessa posse.³²¹

Acrescente-se a esta idéia os exemplos das demandas possessórias com menos de ano e dia, no processo executivo, as medidas cautelares.

São estas situações em que a própria condição do autor, frente à situação fática ocorrida, já se mostra suficiente para a caracterização do seu direito, dispensando-se assim, um maior detalhamento desse mesmo fato.

Nesse mesmo sentido, segue José Ignácio Botelho de Mesquita³²² entendendo ter a legislação processual brasileira adotado posição intermediária entre as teorias da substanciação e da individuação. Isso porque, não se contenta com a simples narrativa dos fatos constitutivos do direito do autor, mas exigindo ainda o fundamento jurídico da relação.

³²⁰ A edição utilizada da obra de José Rogério Cruz e Tucci data do ano de 2001, por essa razão ainda refere-se ao artigo 550. Tomamos assim a liberdade de mencionar a idéia do autor com a respectiva atualização.

³²¹ A causa. P. 251 e ss.

³²² MESQUITA, José Inácio Botelho. A causa de pedir nas ações reivindicatórias. Revista de Processo, São Paulo, v.6, 1967, p.197- apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 435.

4.6.3 A causa de pedir nas demandas coletivas

Assim como ocorre com outros institutos processuais, a causa de pedir, quando relacionada às demandas coletivas, passa por processo de adaptação iluminada que é pelos princípios e regras inerentes a essa espécie de demanda.

Ao longo do trabalho e nas inúmeras doutrinas já anotadas, restou devidamente consignado que o processo coletivo público se sobrepõe em detrimento do privado, o grupo em detrimento do indivíduo.

Por essa razão é que ao juiz está autorizado a investigar de modo a encontrar a verdade dos fatos.³²³

Toda essa amplitude que cerca as demandas, envolvendo questões coletivas, reflete, sem dúvida, na maneira como os fatos devem ser narrados pelo demandante e interpretados pelo juiz.

Não se diga que nas demandas coletivas não haverá necessidade de narrativa dos fatos e fundamentos jurídicos. Não é essa a idéia. O que de fato ocorre com esse tipo de demanda, como bem assevera doutrina de Ricardo de Barros Leonel³²⁴ é que os fatos que aqui possam interessar são mais genéricos do que nas demandas individuais.

³²³ A verdade que se deve perseguir no processo, seja individual ou coletivo deve ser a real. Sobre o tema ver trabalho curto, porém significativo de SILVA, Nelson Finotti. Verdade real versus verdade formal no processo civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, v.20, p.17, 2002.

³²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. A Causa Petendi nas ações coletivas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 157.

Ainda com base na doutrina desse autor, tem-se que a amplitude que deve recair sobre a leitura da causa de pedir se deve às próprias características dos direitos protegidos nesse tipo de demanda.³²⁵

Desse modo, demonstra esse autor que, em relação aos direitos difusos, a narrativa dos fatos se dá de maneira mais superficial, genérica, do que naquelas demandas que tem por objeto a defesa de direitos individuais homogêneos.

Ainda com base na doutrina de Ricardo de Barros, tem-se que a causa de pedir possui, assim, uma graduação correspondendo à graduação também existente no direito a ser protegido.

Essa graduação se dá em relação à maior ou menor possibilidade de individualização dos sujeitos e, por outro lado, a amplitude do direito a ser protegido.³²⁶

Seguindo a linha desse autor, verifica-se que a causa de pedir, nas demandas individuais, exige do autor uma narrativa tal que permita ao juiz identificar, em todos os detalhes, a relação existente entre esse indivíduo e a situação de fato por ele apresentada. Por outro lado, nas demandas coletivas, sobretudo naquelas em que se pede proteção a direitos difusos, a apresentação da causa de pedir se contenta com a generalidade da situação e do direito a ser protegido.

Nesse mesmo sentido, anota Rodolfo de Camargo Mancuso que nas demandas coletivas a causa de pedir não pode exigir a mesma profundidade exigida nas demandas individuais, uma vez que,, naquelas os indivíduos são indeterminados e até

³²⁵ Ibidem. p. 158.

indetermináveis, além do que, em relação aos fundamentos, “são expostos em contemplação de uma dada dimensão coletiva...”³²⁷

É nesse sentido que vem narrado o artigo 5.º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo/IBDP. Determina esse dispositivo que “a causa de pedir será interpretada extensivamente.”

Aqui cabem algumas considerações: ao referir-se à *interpretação extensiva* da causa de pedir. O que já se pode afirmar é que tal determinação legal está atribuindo ao juiz um limite diverso daquele observado na interpretação das demandas individuais.

Enquanto nas demandas individuais não pode o magistrado fugir aos limites fáticos estabelecidos pelo autor; naquelas, envolvendo conflitos de massa, possui maior liberdade.

Voltando à doutrina de Ricardo de Barros Leonel tem-se afirmação que reputamos como correta, essa maior mobilidade que serve o juiz, frente às demandas coletivas, se mostra necessária, face às características sociológicas, políticas e até econômicas que a cerca. O que, segundo o autor, contribui nesse processo de individualização das demandas coletivas.³²⁸

Exemplo poderia ser imaginado na situação em que determinada empreiteira resolvesse construir gigantesco complexo turístico em determinado município privilegiado pela natureza.

³²⁶ Ibidem. p. 157.

³²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 435.

Apresenta como justificativa para a obra, o grande impulso financeiro que trará àquele município, seja em relação à arrecadação de impostos, seja ainda em relação à criação de empregos diretos e indiretos, além da circulação de turistas após o término da obra.

Verificado que a construção de tal obra, nada obstante os benefícios que trará, irá causar grande impacto ambiental, destruindo reserva, por exemplo, de mangue - se em região litorânea - ou a invasão de áreas preservadas, como a mata atlântica, deverão ser tomadas as devidas providências no sentido de evitar tal ocorrência, o que poderá ser realizado, seja por meio de ação civil pública ou ainda por ação popular.

Por uma via ou outra, na propositura da demanda, a narrativa dos fatos constitutivos serão realizados, independentemente, da especificação dos sujeitos, até porque, trata-se de direito difuso, onde os sujeitos são indetermináveis.

Ainda que se trate de demanda proposta por associação de pescadores ou de catadores de caranguejo, visando à proteção das suas atividades de sobrevivência, o que configura direito coletivo em sentido estrito, os fatos narrados não exigem a identificação desses mesmos indivíduos no sentido de definir os limites de agressão a cada qual deles.³²⁹

Com relação ao fundamento, é livre o juiz para conduzir a situação fática apresentada aos fundamentos que entender mais adequado.

³²⁸ A Causa Petendi nas Ações Coletivas. P. 159.

³²⁹ Nesse mesmo sentido, valendo-se de outro exemplo, ver LEONEL, Ricardo de Barros. A causa petendi nas demandas coletivas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e;

Se se trata de ferir direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, ao patrimônio histórico, urbanístico, cultural, ao juiz compete definir. Mesmo que tenha sido narrada agressão a direito coletivo ou individual homogêneo, entendendo o juiz tratar-se de direito difuso, ou ainda, em sentido contrário, narrado como direito difuso e entendendo tratar-se de coletivo, poderá realizar a exigida adaptação, inclusive quanto à correção do pólo ativo, se necessário for.

Sem embargo, entende Rodolfo de Camargo Mancuso, em obra destinada ao estudo específico da ação civil pública que, no caso das demandas coletivas, tenha o legislador se aproximado mais da teoria da individuação, sem contudo, abandonar por completo a teoria da substanciação.³³⁰

Em verdade, o que se tem é uma gradação da aplicação da teoria da individuação sobre a substanciação frente às demandas coletivas.

Individual homogêneo, coletivo em sentido estrito e difuso, seguindo essa ordem tem-se uma crescente abstração no detalhamento da causa de pedir. Na medida em que cresce a indeterminação dos sujeitos e a abstração do direito a ser protegido, maior a superficialidade na narrativa dos fatos e maior a liberdade do juiz em adequar o fundamento jurídico.

Em sentido contrário, entendendo devam ser narrados todos os fatos constitutivos, como exigido no artigo 282, III, do CPC, independentemente de se tratar de demandas coletivas, segue doutrina de Sandra Lengruber da Silva. A autora

BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 158.

sustenta que, sendo o CPC de aplicação subsidiária aos conflitos de ordem coletiva, e não havendo dispositivo legal específico nas regras que regem as demandas coletivas, deve prevalecer aquela exigência.

Data maxima venia, parece-nos que a razão está com aquele professor da USP. A inexistência de artigo expresso, determinando a flexibilização da causa de pedir nas demandas coletivas, não nos parece óbice suficiente para afastar a idéia de que, aqui, os fatos devam ser apresentados de modo genérico, obedecendo àquela gradatividade já apontada nos parágrafos acima.

Essa consequência, como demonstra claramente toda a extensão do trabalho apresentado por Ricardo de Barros Leonel, já por tantas vezes mencionado no presente tópico, exatamente pelo tratamento cirúrgico que oferta ao tema, ocorre da própria estrutura lógica desse tipo de demanda.

Inadequado seria exigir do autor de uma ação civil pública, no exemplo apresentado por nós nos parágrafos acima, identificar na demanda os danos configurados a cada qual dos indivíduos atingidos pela agressão ao meio ambiente, em ação proposta pela associação na defesa de pescadores (direito coletivo sem sentido estrito).

É claro que o autor não está totalmente isento de narrar os fatos constitutivos do pleiteado direito, mas compete ao juiz interpretá-los de modo amplo, considerando a situação social que o cerca, os valores envolvidos, como mais uma vez ressaltou Ricardo de Barros Leonel.

³³⁰ Ação Civil Pública. 7.^a ed, RT. São Paulo: 2001. p. 86.

Foi exatamente para não incorrer nesse erro que fizemos questão de frisar na análise do artigo 5.º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo/IBDP, anotado nos parágrafos anteriores, que o papel inovador aqui pesa mais ao juiz do que sobre o autor. Esse deve, frisamos, narrar tanto quanto possível os fatos constitutivos do seu direito, contudo isso não indica um limite rígido para atuação do juiz.

5 LITISPENDÊNCIA ENTRE AS DEMANDAS COLETIVAS

5.1 CONCEITO DE LITISPENDÊNCIA

Chegamos aqui no ponto central de nosso trabalho. Neste capítulo, buscar-se-á entender algumas questões sobre o instituto da litispendência, sobretudo quando aplicada ao processo coletivo.

A busca incessante pela efetividade do processo, sem perder de outro lado a necessária segurança jurídica, tem sido, nos últimos tempos, um dos pontos nevrálgicos do estudo do processo.

Como anota José Roberto dos Santos Bedaque, “efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à justiça.”³³¹

Continua esse processualista da USP dizendo que “entre as várias alternativas existentes com vistas à redução da morosidade, propõe-se o reexame da técnica processual, que deve ser tratada com plena consciência de seus objetivos.”³³²

É o que se pretende neste trabalho com a análise e sugestão de aperfeiçoamento do instituto da litispendência, em primeiro plano ao que possa

³³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. p. 46.

³³² Ibidem, p. 47.

interessar ao processo coletivo, mas ficando aqui uma sugestão de reflexão sobre esse instituto frente às demandas individuais.

Foi certamente essa idéia de celeridade, de economia e de segurança processual, que levou o legislador processualista, não só no Brasil, a impedir que duas demandas, com os mesmos elementos subjetivos e objetivos, pudessem caminhar até final julgamento. Nesse sentido determina o artigo 267, V, do CPC, que será o processo extinto sem resolução do mérito, quando verificada a litispendência.

Mas o que é de fato a litispendência? Quando tem início? Quais os seus efeitos? Quando se verifica? Aplicada ao processo coletivo guarda alguma peculiaridade? Essas são questões que deverão ser aqui analisadas e respondidas.

Segundo anota Ernane Fidélis dos Santos “a litispendência é fenômeno das características próprias e não há como defini-la senão insuficientemente.”³³³ De fato, tem toda razão esse processualista, contudo buscaremos ainda, assim, junto à doutrina, algumas colocações que possam transmitir uma idéia desse instituto.

O termo litispendência indica, segundo doutrina de James Goldschmidt, “a situação jurídica em que encontra-se uma causa ao estar submetida ao julgamento e resolução dos Tribunais.”³³⁴

³³³ SANTOS, Ernani Fidelis dos. Manual de direito processual civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 462.

³³⁴ GOLDSCHIMIDT, James. Direito processual civil. Tradução de Lisa Pary scarpa. Campinas: Bookseller, 2003. Tomo I, p. 384.

Para Salvatore Sata litispendência se configura quando “a mesma causa é proposta em dois juízos consecutivamente vinculados em qualquer estado e grau da causa...”³³⁵

Na doutrina nacional, a idéia de litispendência não se mostra diversa. Nesse sentido, aduz José Frederico Marques que a “litispendência é fenômeno resultante da apresentação de uma lide em juízo.”³³⁶ Segue o autor dizendo que é em torno do pedido apresentado pelo autor que se forma essa figura, que passa a ganhar contornos processuais com a propositura da demanda.

Igualmente, adotando a idéia de litispendência a partir da propositura da demanda, segue Cândido Rangel Dinamarco. Segundo coloca esse processualista, o termo deriva do latim *litis – pendentia* (processo pendente).³³⁷

Ainda com esse processualista da USP, tem-se que “a litispendência é o estado do processo que pende, não esse seu efeito.” Quer Cândido Dinamarco com essa colocação lembrar que o instituto, ora em comento, não significa o impedimento de se ter duas demandas tramitando com os mesmos elementos, mas o simples fato de se propor uma demanda composta por certa parte, pedido e causa de pedir.

Igualmente, aludindo que a litispendência não pode ser entendida pela existência de duas ações idênticas, segue doutrina de Moniz de Aragão. Diz: “se são

³³⁵ SATA, Salvatore. Direito processual civil. 7. ed. Tradução de Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. p. 101.

³³⁶ MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, p. 212.

³³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 49.

duas não podem ser idênticas, se são idênticas não podem ser duas, trata-se de uma só.”³³⁸

Vale, por fim, mencionar a idéia de Chiovenda sobre a figura da litispendência. Diz que “em geral, indica a pendência de uma relação processual na plenitude de seus efeitos.”³³⁹

Como se pode notar, litispendência, ao contrário do que possa dar a entender a disposição contida no artigo 301, parágrafo 2.º, do CPC, não pode ser vista como a existência de duas demandas compostas pelos mesmos elementos internos, mas como aquela demanda posta em juízo e sob a qual ainda se permite a prática de atos processuais.

5.2 INÍCIO DE CONFIGURAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA.

Outra questão bastante tormentosa, quando do trato da litispendência, é o momento de sua configuração, o que fará com que entre em aparente choque com outro instituto, a prevenção.

De um lado se posicionam aqueles que entendem que a litispendência se forma logo com a propositura da demanda, de outro, aquela parcela da doutrina que sustenta ser apenas a partir da citação válida do réu que a litispendência se dá.

A legislação processual estabelece, expressamente em seu artigo 219, que dentre os efeitos produzidos pela citação, validamente praticada, está a litispendência.

³³⁸ Ibidem, p. 199/200.

³³⁹ Instituições, vol. I, p 282.

Contudo essa problemática não se resolve de modo tão simples assim. A leitura desse dispositivo legal deve ser compatibilizada, o que não se mostra tarefa das mais fáceis, com outras determinações contidas na mesma legislação processual. Nesse sentido, determina o artigo 87 do CPC: “Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta.”

O artigo 263 da mesma legislação, por sua vez, estabelece que: “considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara.” A segunda parte desse mesmo dispositivo do CPC, talvez contenha os elementos necessários para sistematização dessa questão. Diz que: “a propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219, depois que for validamente citado”. Pois bem.

Antes de tecermos nossos comentários sobre essa situação, necessário se faz verificar as duas posições doutrinárias.

Sustentando a primeira posição de que a litispendência se dá já com a propositura da demanda segue doutrina de Cândido Rangel Dinamarco. Diz esse autor que o processo considera-se pendente a partir do momento em que a petição é entregue ao judiciário até o momento em que não se admite mais qualquer hipótese de recurso.³⁴⁰

Anota que, em diversos momentos, o radical latino *lis*, *litis* aparece com o significado de processo e não de lide como poderia parecer. É o que ocorre, como

³⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 49.

anota Cândido Dinamarco, com os vocábulos litispendência, litisconsórcio, litisdenúnciação, litiscontestatio).

Prossegue esse mesmo processualista da USP alegando que o impedimento de propor novo processo para discutir uma demanda idêntica àquela, já posta em juízo, deve ser vista como efeito da existência do processo já distribuído. Exatamente por essa razão, tem-se com esse doutrinador que litispendência não pode significar o impedimento de se ter duas demandas compostas pelos mesmos elementos, mas indica a existência de um processo já posto com tais elementos.

Vai além Cândido Dinamarco aludindo que a litispendência pesa os seus efeitos sobre as partes do processo em momento distinto. Em relação ao autor, os efeitos da litispendência são imediatos. Diz: “a) para ele, o juiz está desde logo prevento, para a própria causa e outras conexas que ele próprio tome a iniciativa de instaurar, b) impede-o de repropor, durante ela, uma demanda igual à pendente e c) o bem postulado reputa-se litigioso, para os efeitos da lei processual e da substancial.” Quanto ao réu, só a partir do momento em que passar a integrar a relação jurídica processual é que se pode pesar sobre ele os efeitos do processo existente.³⁴¹

³⁴¹ Nesse mesmo sentido segue doutrina de SANSEVERINO, Milton; KOMATSU, Roque. A citação no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Apud – CORREIA, André de Luiz. A citação no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 66. José Frederico Marques. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III, p. 212. Diz Frederico Marques que “com a propositura da ação o litígio adquire tonalidade processual e, em torno da área demarcada pelo pedido do autor, forma-se a litispendência.” Ainda nesse sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 6. ed. p. 408. Esse último doutrinador arrola ainda doutrina de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alienação da coisa julgada. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 102 e DALL’AGNOL, Antonio. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. V. 2, p. 507.

De outro lado, estão aqueles que sustentam que a configuração da litispendência se dá somente com a realização da citação válida do réu. Isso porque é nesse memento que se verifica a formação da relação processual, momento em que o réu se vê em condições de apresentar a sua parcela de pretensão.

Como pondera André de Luiz Correia os efeitos constantes do artigo 219 do CPC são conseqüências da formação da relação jurídica, que segundo o autor possui formação trilateral. Continua esse doutrinador afirmando que antes desse momento, não há relação jurídica processual, “mas apenas início de processo, que não se presta a produzir nenhum dos efeitos encartados no art. 219, nem com relação ao autor, nem com relação ao réu.”³⁴²

Analisando exemplo, arrolado por Milton Sanseverino e Roque Komatsu, diz que:

ajuizada a primeira demanda, nada impede que o autor, antes da citação do réu, proponha a segunda (conexão à primeira) em outro juízo, pois ainda não houve a prevenção, visto que ainda não se formou a relação jurídica processual.³⁴³

³⁴² A citação, p. 67.

³⁴³ Entendendo igualmente que a formação da litispendência se dá com a realização da citação válida do réu, segue a doutrina majoritária. Nesse sentido ver, ARAGÃO, E. D. Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 2., p. 199, WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 292. Moacyr Amaral dos Santos. Primeiras Linhas, vol II. P. 171. Humberto Theodoro Jr. Curso, vol.I, p. 304. Esse processualista diz que “consiste a litispendência em tornar completa a relação processual triangular.” Ernane Fidélis dos Santos. Manual vol.1, p. 462. na doutrina estrangeira essa também parece ser a posição mais comum. Na doutrina de Chiovenda é possível notar que o próprio conceito ofertado leva a idéia de que somente com a

Data maxima venia àqueles que sustentam ser a partir da citação válida que se forma a litispendência, doutrina majoritária, diga-se, entendemos de modo diverso.

Algumas observações são indispensáveis nesse momento em que se busca uma tentativa de sistematização da questão.

Em primeiro lugar, aquela observação apresentada por Cândido Dinamarco de que o termo *litis* pode ser indicativo de processo como de *lide* nos parece desnecessária. Apesar de indicarem institutos distintos, processo e *lide*, lembramos que *lide*, pretensão, mérito, objeto litigioso do processo, são indicativos da mesma figura, qual seja, o pedido do autor.

Vimos que é o pedido apresentado pelo autor, ladeado da causa de pedir, esta com a função de individualizar aquele no cenário jurídico, que demarca os limites de atuação jurisdicional do Estado, servindo a vinda do réu, para completar essa relação que já existe e é real, sem contudo alterar, em regra, os limites da demanda já posta pelo autor.

Outra questão que não se pode abandonar, sob pena de se conseguir fechar a idéia que se procura esposar, é o fato de que essa demanda é composta por duas partes autônomas, o que permite concluir pela plena possibilidade de produção de efeitos distintos e em momentos distintos para um e outro.

realização de uma citação válida do réu é que se pode pensar em litispendência. Para ele, “indica a pendência de uma relação processual na plenitude de seus efeitos.” Instituições. P. 282.

Desse modo, adotamos aqui posição já exarada por Cândido Dinamarco de que em relação ao autor, a litispendência se forma já com a distribuição da demanda, que, com a citação válida, passa a gerar seus efeitos também sobre o réu.

Admitir, como o fazem aqueles adeptos da corrente contrária, que mesmo após a distribuição da demanda pelo autor pudesse esse distribuir outra demanda composta pelos mesmos elementos em outro juízo, sem que isso lhe trouxesse maiores prejuízos, a nós, é ferir frontalmente o princípio do juiz³⁴⁴ natural.

É sabido que um dos males da práxis forense é a situação onde o autor procura se esquivar do juiz natural. Para tanto, se vale de inúmeras “armações”, como por exemplo, distribuir várias petições iniciais e posteriormente desistir daquelas que tenham “caído” em juízos desfavoráveis à sua posição. A outra possibilidade, agora vedada pela reforma do artigo 253 do CPC, era a distribuição e desistência reiterada da mesma inicial, quando esta não “caísse” em juízo que lhe interessasse.

Admitir que possa o autor, antes da citação do réu, distribuir petições iniciais em diferentes juízos, sem que isso importe em litispendência, data venia, é permitir o absurdo acima narrado.

Impõe desse modo que, uma vez distribuída a demanda, a competência será fixada (art. 87 CPC), passando a demanda a gerar seus efeitos em relação ao autor. Segue-se que configurada está a litispendência, interrompida está a prescrição, o objeto já se torna litigioso (inclusive para efeitos de fraude). Já com relação ao estado de mora, aí sim, apenas com a citação do réu.

Salvo situação em que o autor distribua várias petições iniciais sobre a mesma demanda, de modo absolutamente concomitante, o que nos parece de mais rara ocorrência, aquela primeira, tornando-se pendente, deverá permanecer, permitindo ao réu, que em sede de contestação, ou ainda de ofício, sejam as demais extintas sem resolução do seu mérito, por óbvio. (art. 267, v. CPC). Ponto de relevo que se põe, ante a questão em debate, é lembrar a distância que deve ser guardada entre litispendência e prevenção. Enquanto a prevenção se configura como forma de fixação de competência,³⁴⁵ a litispendência impede a propositura da mesma demanda por mais de uma vez.

No processo coletivo não se adota nenhum dos dois dispositivos, destinados à configuração da prevenção nas demandas individuais (artigos 106 e 219 do CPC), mas, regra específica elencada no artigo 2.º, parágrafo único, da Lei n.º 7.347/85 (Ação Civil Pública) e com igual redação no artigo 5.º, parágrafo terceiro da Lei 4.717/65 (Ação Popular).

Diz esse último dispositivo que: “a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e os mesmos fundamentos.”

Como se viu, nas demandas coletivas, a distribuição das demandas não só se mostra suficiente à configuração da prevenção do juízo, como igualmente serve à caracterização da litispendência.

³⁴⁴ Na verdade, juízo natural.

³⁴⁵ Não no sentido de determinação de competência, mas de eleição de competência, frente a vários juízos ou juízes com a mesma competência.

5.3 A INSUFICIÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 301, PARÁGRAFOS 2.º E 3.º DO CPC PARA CONFIGURAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA, SOBRETUDO EM RELAÇÃO ÀS DEMANDAS COLETIVAS.

Dispõe o parágrafo 2.º do referido artigo que “uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” enquanto o parágrafo 3.º diz que “há litispendência, quando se repete ação, que está em curso”.

Já nas demanda individuais é possível notar a insuficiência da tríplice identidade para resolver diversas questões relativas à identificação das demandas.³⁴⁶

Como esclarece doutrina de Arruda Alvim, a satisfação de um interesse pode se dar por mais de um caminho, onde, tomado um deles, automaticamente se excluem os demais.³⁴⁷ Por essa razão prefere o autor falar em *concurso de pretensões* (grifo nosso) e não como comumente se alude na doutrina de concurso de ações.

Pondera esse processualista que em matéria de identificação das demandas, há uma insuficiência da teoria da tríplice identidade “devendo-se fazer certas aparentes concessões, tendo em vista que o sistema jurídico define um objeto (“consequência jurídica”) como equivalente ao outro.”³⁴⁸

Como nos ensina doutrina de José Rogério Cruz e Tucci, nessas situações e em diversas outras hipóteses, busca-se, “a identidade de escopo das pretensões” como o faziam os juristas romanos. Valendo-se das palavras de Emilio Betti diz que a

³⁴⁶ Nesse sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 213.

³⁴⁷ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 479.

³⁴⁸ Ibidem, p. 481.

“densidade de função das ações concorrentes, porque tendentes a satisfazer o mesmo interesse.”³⁴⁹

Em trabalho especificamente destinado ao estudo da concorrência de ações, Liebman, sustentando a unidade de pretensões, mesmo quando diverso um dos elementos de individualização das demandas conclui que “a satisfação de um direito concorrente importa, assim, o simultâneo dos outros e por isso, por via reflexa, a extinção das ações correspondentes.”³⁵⁰

Seria, talvez, o caso em que na hipótese de co-propriedade de um imóvel, um dos co-proprietários propõe demanda contra o locatário, pleiteando a rescisão do contrato de aluguel, fundada em falta de pagamento. Paralelamente, o outro co-proprietário promove uma segunda demanda contra o mesmo locatário, visando agora o despejo, com fundamento na mesma falta de pagamento. Nada obstante se tenham autores distintos e pedidos aparentemente também distintos, nos parece que há, no presente caso, total identidade de relação jurídica, vez que incidentalmente na demanda onde se pede o despejo por falta de pagamento, já está presente o pedido de rescisão desse mesmo contrato.

Pela via contrária, não estaria o juiz julgando a demanda ultra-petita se além de rescindir o contrato locatício determinasse a desocupação do imóvel, vez que nos parece descabida, além do contra-senso, a idéia de se rescindir o contrato de locação

³⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 229.

³⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Túlio. Ações concorrentes. In: Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Benvindo Aires. 4. ed. Forense, Rio de Janeiro:2006. p. 216.

pelo inadimplemento e permitir que o locatário permaneça no imóvel. Em verdade, essa medida não passa de uma consequência, um desdobramento automático, algo já implícito naquele pedido.

Trata-se, portanto, do mesmo pedido numa demanda e noutra, ainda que apresentados com uma “roupagem” distinta. Verifica-se, portanto, a litispendência. A ocorrência da coisa julgada num caso impediria por completo o debate sobre o outro.

Outro exemplo, onde se demonstra claramente a insuficiência da teoria da tríplice identidade no processo de individualização das demandas é aquele em que, proposta demanda investigatória de paternidade pelo Ministério Público; paralelamente surge outra demanda igualmente de investigação de paternidade, contra aquele mesmo, investigando da primeira demanda, só que proposta pelo próprio filho ou pela sua mãe em representação. Apesar de distintos os autores, verifica-se que o fim a ser atingido pela demanda é exatamente o mesmo, o que configura perfeita litispendência também.

Igualmente entendendo que na configuração da litispendência deva ser observado, com relação às partes, quem será atingido pelos efeitos da coisa julgada, segue o Ministro José Augusto Delgado tendo se manifestado sobre o presente tema da seguinte forma:

Não acarreta inexistência de identidade de partes no pólo passivo, o fato de o réu, no writ, ser a autoridade coatora do ato impugnado, e na ação ordinária, figurar no pólo passivo, a pessoa jurídica ao qual pertence o agente público impetrado,

vez que, se assim fosse, não se conceberia, ainda que em tese, a identidade de partes entre MS e uma ação ordinária proposta contra pessoa jurídica, já que esta não pode ser apontada como autoridade coatora. Ademais, os reflexos do mandado de segurança hão de recair na mesma pessoa jurídica a qual pertence o agente coator.³⁵¹

Com relação ao processo coletivo, essa insuficiência da disposição contida no artigo 301, parágrafos 2.º e 3.º, do CPC, se mostra ainda mais expressiva.

Como já anotado ao longo do presente trabalho, as especificidades que cercam as demandas coletivas exigem do legislador, mas, sobretudo dos aplicadores do direito, uma análise diversa daquela emprestada ao processo individual.

A identificação das demandas deve observar mais os efeitos que pesam sobre os titulares da relação jurídica substancial do que propriamente os elementos da demanda restritivamente considerados.

Com relação às partes, interessam em seu aspecto substancial e não processual. De modo que não interessa quem tenha promovido a demanda, se o Ministério Público, se uma Associação, se um cidadão (como no caso da ação popular). Ressalte-se que todos estarão inseridos no processo na condição de substitutos

³⁵¹ Voto proferido no julgamento do Ag Rg no Resp 932363/RJ. Primeira Turma, 02/08/07.

processuais, interessando mais àqueles que serão atingidos pelos efeitos da decisão e, estes serão invariavelmente os mesmos.³⁵²

Seguindo essa mesma linha, e admitindo a formação de litispendência entre demandas coletivas independentemente de quem as promova, segue o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo apresentado pelo IBDP.

Estabelece, em seu artigo 6.º, que “a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas, de qualquer espécie, desde que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, conquanto diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.”³⁵³

E com relação ao sujeito passivo, é possível a caracterização da litispendência, tendo sujeitos passivos diversos?

Importante aqui verificar a hipótese elencada pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo com relação à ação coletiva passiva, por entendermos irá refletir diretamente na conclusão sobre a indagação que por ora se faz.

³⁵² Nesse mesmo sentido já se manifestou WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo Civil Coletivo. p. 290.

³⁵³ A mesma exata narrativa é lida no artigo 29 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos Para Ibero- América. Já na proposta apresentada por Antonio Gidi, é possível ler em seu artigo 19 que: “a primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva.” Data maxima vênia, a nós parece inadequada tal idéia, uma vez que o autor fala em “controvérsia coletiva,” dando margem a desnecessárias discussões doutrinárias sobre o comporia tal situação, se somente o objeto (pedido) ou se deveria integrá-la também a causa de pedir. A clareza e objetividade do disposto no Anteprojeto, apresentado pela professora Ada Pellegrini, nos parecem mais adequadas.

Art. 39 - Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1.º do artigo 20 deste Código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e se revista de interesse social.

Art. 40 – Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos – Quando se tratar de interesses ou direitos difusos e coletivos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Pois bem. Se a configuração da litispendência em relação ao sujeito ativo se dá com base nos efeitos da decisão³⁵⁴ e não propriamente pela relação ocupada no processo, pouco importando quem seja o autor dessa demanda, uma vez que os sujeitos atingidos pelos efeitos dessa decisão serão os mesmos, isso também se dá com relação ao sujeito passivo.

Aproveitando aqui exemplo apresentado pela doutrina de Pedro Dinamarco,³⁵⁵ é possível pensar na seguinte situação: empresas participantes do mesmo grupo, responsáveis pela construção de uma barragem hidrelétrica. Uma delas promove demanda em face de Associação protetora do meio ambiente, pleiteando a declaração

³⁵⁴ Apesar do artigo aludir ao termo “coisa julgada”, optamos aqui em substituí-lo por “efeitos da decisão”. As razões, por significativas serão apresentadas em momento oportuno adiante.

³⁵⁵ La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos – hacia um Código Modelo para Iberoamérica. Apud – Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Curso de Direito Processual Civil, vol. 4, Processo Coletivo. P. 200. Frisa-se que apesar do

sobre adequação do seu projeto em razão de eventual risco verificado pela obra. Paralelo, uma segunda demanda é proposta por outra empresa pertencente àquele mesmo grupo, mandando agora citar o Ministério Público³⁵⁶, pleiteando a mesma declaração sobre a adequação do projeto.

Em caso como este não há outra figura a ser pensada senão na litispendência. Apesar de distintos os autores e réus, vimos que essa distinção se verifica restritivamente no campo do processo, de modo que considerada a relação jurídica material, tanto os sujeitos ativos quantos os passivos são os mesmos.

É fato que a doutrina se mostra resistente quanto à possibilidade dos legitimados elencados no artigo 5.º da LACP figurarem no pólo passivo da demanda como substitutos processuais da coletividade. No entanto, essa justificativa não se sustenta.

exemplo, Pedro Dinamarco se mostra contrario a tal possibilidade em razão da inexistência de texto legal autorizando.

³⁵⁶ Entendendo não ser, em tese, possível àqueles que são legitimados ativos figurarem no pólo passivo das demandas coletivas, Hugo Nigro Mazzilli. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. P. 314. Esse autor somente admite tal hipótese quando em ações incidentais anotando o caso dos embargos à execução ou de terceiros quando ele próprio seja o exeqüente, ou no caso da ação rescisória de coisa julgada oriunda de processo coletivo. Contudo a idéia que nos transmite é de que sua vedação atinge a situação em que tais entes tenham praticado atos contrários aos interesses coletivos, vertente esta distinta da que estamos tratando. Igualmente não admitindo tal hipótese, ver GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. p. 51-52. LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 205.

Por outro lado, Fredie Didier Jr. sustenta posição adotada por nós, que “a princípio qualquer um dos co-legitimados previstos em lei pode atuar no pólo passivo, cabendo ao magistrado, no caso concreto, a verificação do representante adequado.” Curso de Direito Processual Civil, vol 4. p. 202. Da mesma forma admitindo a hipótese de ação coletiva passiva, LENZA, Pedro. geral da ação civil pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 205 e ss.

Alegam estes a falta de previsão legal, entendendo que a disposição contida no artigo 81 do CDC permitiria restritivamente uma atuação ativa dos legitimados na defesa dos interesses coletivos.

Como bem lembra a doutrina de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. “não há qualquer indicativo no texto de lei que aponte para o sentido de que “defesa”, ali, somente significa “defesa no pólo ativo”, excluindo a “defesa no pólo passivo.”³⁵⁷

Acertadamente anotam esses mesmos doutrinadores, que “negar a possibilidade de ação coletiva passiva é fechar os olhos para a realidade...”³⁵⁸

Admitida a idéia de ação coletiva passiva, não vemos qualquer razão para não se pensar na hipótese de litispendência passiva.

Necessário, portanto, que se adapte redação do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo para que passe a encampar tal hipótese. E não só. Vimos, no presente tópico, a plena viabilidade de se pensar em litispendência nas demandas coletivas, mesmo quando distintos os sujeitos ativos ou passivos e a causa de pedir.

Não se está, com isso, afirmando que se deva abandonar a teoria da tríplice identidade para as demandas coletivas, mas que é necessário a adoção de sistema paralelo que permita a resolução eficaz dos conflitos sem o comprometimento das garantias fundamentais do processo.

³⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 6.ed. Salvador: Juspodium, 2006. p. 202.

A nosso ver, a narrativa do artigo, destinado a definir a litispendência nas demandas coletivas, deve ser o seguinte:

A distribuição³⁵⁹ de qualquer demanda que vise a proteção de direitos metaindividuais, configura de imediato litispendência para as demais, ainda que diversos alguns de seus elementos internos (partes, e causa de pedir) quando se verificar a convergência de pretensões.

E em relação ao pedido? É possível a configuração da litispendência entre demandas coletivas, tendo pedidos distintos entre elas? Depende. Não se pode pensar em litispendência, se não houver correspondência entre o pedido mediato das demandas. Já com relação ao pedido imediato, a providência jurisdicional, vez que entendemos tem natureza fungível quanto às demandas coletivas, parece ser possível tal hipótese.

Durante todo o presente tópico, procuramos sustentar que a litispendência entre as demandas coletivas não se dá única e exclusivamente pela total identificação dos elementos internos da demanda, mas, sobretudo, pela *concorrência de pretensões*, como já afirmou Arruda Alvim.

Em verdade, ainda que verificado que os elementos não correspondem em sua totalidade é possível a configuração da litispendência. Parte-se da seguinte premissa: ainda que distintos alguns dos elementos internos de identificação da demanda,

³⁵⁸ Sobre legitimidade passiva, consulte-se obra desses autores com vasta citação doutrinária nos dois sentidos. Curso de direito processual civil, v. 4, p. 203.

havendo total correspondência entre as relações jurídicas e conseqüentemente de pretensões, litispendência haverá.

O que ocorre, no fundo, é que o pedido se apresenta em uma demanda e outra, apenas com uma “roupagem” diferente. Como pano de fundo, tem-se exatamente o mesmo objeto em debate. É disso que estamos tratando.

Poder-se-ia aventar a situação em que um determinado posto de combustível promove demanda contra uma Associação de proteção ambiental, visando a declaração sobre a adequação de sua estrutura com fundamento no eventual risco de contaminação do solo. Ao lado, outra demanda, agora promovida pelo Ministério Público, pleiteando a reestruturação daquele mesmo posto de combustível, com fundamento no risco de contaminação do solo.

Esse exemplo, aparentemente nos fornece elementos de configuração de continência. Isso porque as partes processuais são distintas, o pedido de uma ser de ordem declaratória e outra condenatória, além do pedido mediato de uma ser a adequação da estrutura do posto, ao passo que na outra demanda o pedido mediato corresponde a reestruturação do posto.

Contudo a interpretação do pedido que nas demandas individuais, já vimos, deve ser restritiva, aqui frente às questões de ordem coletiva, ao contrário deve ser ampliada.

³⁵⁹ A utilização do termo distribuição no lugar de propositura é para não perdurar qualquer dúvida quanto ao momento de configuração da litispendência.

De modo que um pedido está presente no outro. Assim, tem-se que, na primeira demanda, verificada a insuficiência da estrutura de proteção ao solo, deverá o próprio juiz determinar, de ofício a regularização sob pena de multa, repita-se, preservados todas as garantias do processo. Do outro lado, tem-se que, para determinar a adequação da estrutura atendendo ao pedido do MP, deverá ser investigada a adequação da estrutura desse posto.

Nessa esteira, apesar de distintos os sujeitos do processo, tanto a Associação no pólo passivo, quanto o Ministério Público no pólo ativo, visam o mesmo fim, qual seja, a defesa do interesse difuso, que no presente caso se reflete na contaminação do solo. Esse é o bem da vida a ser protegido, essa a pretensão de um e outro. Há, assim, total correspondência entre as pretensões, exatamente por decorrerem da mesma relação jurídica material.

É possível notar que a procedência de uma demanda resolve automaticamente o objeto da outra.

Assevera doutrina de Rodolfo De Camargo Mancuso que “o conflito em sua inteireza vem exposto no objeto litigioso...”³⁶⁰ Continua esse autor afirmando que “só se pode conceber a concomitância entre ações coletivas se o desenho delas substancial e/ou processual – tiver um elemento discriminatório essencial.”³⁶¹

³⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas individuais. In: Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código Brasileiro de Processos Coletivos. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. RT. São Paulo: 2007. p. 165.

³⁶¹ Ibidem, p. 166.

Por fim, cumpre verificar a possibilidade de ocorrência de litispendência tendo entre duas demandas causa de pedir diferente.

O próprio Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo/IBDP já vem caminhando nesse sentido. Repetindo aqui a determinação do seu artigo 6.º onde se lê, que “a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas, de qualquer espécie, desde que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, conquanto diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.”

Já restou devidamente anotad, no tópico especificamente destinado à verificação da posição ocupada pela causa petendi frente às demandas coletivas, que a sua leitura não segue os mesmos critérios adotados, quando diante de demandas individuais.

A causa de pedir, que não deve ser lida como elemento integrante do objeto do processo, da pretensão, mas como figura capaz de individualizá-lo, quando colocada diante de conflitos de massa, deve ser lida de modo ampliado, podendo, inclusive ser alterada até que venha a sentença.

A configuração da litispendência, ainda que distintas as causas de pedir, se dá, pelos próprios exemplos arrolados nos parágrafos acima, quando do comentário acerca do pedido.

Ação popular promovida por cidadão contra o Município, seu prefeito e a empresa contratada para a realização da obra municipal, pleiteando a nulidade do contrato, em razão do superfaturamento. Ao lado, Ação Civil Pública, promovida pelo

Ministério Público contra aqueles mesmos sujeitos, pleiteando a nulidade do mesmo contrato, mas com fundamento no prejuízo ao erário público.

A situação de fato é a mesma, contudo, o fundamento jurídico, será outro.

Contudo vê-se que em uma demanda e outra o que se pretende é a proteção de um bem difuso, qual seja, o patrimônio público. Pouco importa se este foi agredido por superfaturamento de obra pública, ou pela facilitação da concorrência pública, é aquele bem da vida que está no centro do debate, a sua proteção é a pretensão maior de uma demanda e outra.

No fundo, o que se tem não é propriamente uma causa de pedir distinta, mas lida de modo mais amplo.

Por certo que, em casos como estes, terá o juiz que agir com discricionariedade, verificando até onde caminha a unidade das demandas. A configuração da litispendência tomando-se por termo a identidade de pretensões e não necessariamente dos seus elementos internos, pesa sobre o magistrado uma maior responsabilidade, sob pena de majorar a injustiça que busca afastar.

Assim, não interessa se o fazendeiro causou dano ambiental por desmatamento ou queimada ilegal, a pretensão de uma demanda e outra, nesse caso, é a preservação ambiental, o que permite pensar na litispendência.

Sendo a causa de pedir elemento de individualização do pedido, sendo aquela lida de modo amplo, invariavelmente este igualmente o será.

No exemplo acima, imposta ao fazendeiro a obrigação de reparar o dano causado ao meio ambiente, em razão do desmatamento, não poderá sofrer nova condenação, agora por queimada, por óbvio desde que se trate da mesma área atingida.

A atuação ativista do juiz, frente às demandas coletivas, lhe permite realizar, inclusive as adaptações necessárias. Se sentir a necessidade de adequação da inicial, a renovação do contraditório para que as partes se manifestem sobre todas as vertentes da demanda, deverá fazê-lo.

5.4 CONEXÃO

Se a litispendência se configura mesmo que haja divergência entre partes e causa, como pudemos verificar acima, quando ocorrerá a conexão?

Vimos que, para que ocorra a litispendência entre as demandas coletivas, adotam-se dois critérios: primeiro a verificação da identidade dos seus elementos internos, assim, se em duas demandas existirem as mesmas partes, (não processual, mas substancial) pedido e causa, dúvida não existe quanto à configuração da litispendência.

De outro lado, se verificar que as partes (substancial) são as mesmas, o bem da vida é o mesmo e a causa de pedir diversa, mas ainda assim as demandas caminham sobre a mesma pretensão, novamente se configura a litispendência.

Por via de exclusão, a conexão se configura nas hipóteses em que havendo o mesmo pedido ou a mesma causa, não há identidade de pretensão, mas meramente uma semelhança entre elas.

Contudo é preciso não perder de vista que também aqui a identificação da demanda, por meio exclusivamente desse critério, é falível, havendo necessidade de observar outras possibilidades de se pensar em conexão de causas, ainda que não presentes aqueles elementos exigidos pelo artigo 2.º da lei 7.347/85.

Como acertadamente anota doutrina de Edwar Carlyle Silva a configuração da conexão comporta graduação.³⁶²

No âmbito das demandas individuais, poder-se-ia pensar no exemplo da ação promovida pelo Ministério Público, pleiteando investigação de paternidade, tendo em paralelo outra demanda, agora promovida pelo filho contra o pretenso pai, pleiteando alimentos.

No caso das demandas coletivas, exemplo se tem, na hipótese da demanda promovida por associação de pescadores, pleiteando indenização contra determinada empresa que tenha despejado produtos químicos no rio sem seu devido tratamento. Ao lado, demanda promovida pelo Ministério Público, contra uma outra empresa pleiteando providências no sentido de despoluir rio contaminado por produtos químicos sem seu devido tratamento.

³⁶² Conexão de causas. p. 146.

Tem-se nesse caso, o que o Edward denomina de conexão por afinidade de questões. Em verdade, a afinidade de questões já está prevista de algum modo em nosso sistema processual. Dispõe nesse sentido o artigo 46, IV, do CPC que o litisconsórcio facultativo pode ocorrer em razão da afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

Explicando Cândido Rangel Dinamarco o que se pode entender por afinidade de questões diz tratar-se de “uma *conexidade degradada*, de intensidade menor, caracterizada por uma *causa de petendi* parcialmente igual, mas que não chega a ponto de ser a mesma.” Diz ainda: “basta que lhe seja comum o fundamento na mesma disposição de lei ou a adequação de um fato-base do qual haja decorrido créditos ou prejuízos para mais de uma pessoa.”³⁶³

Ao contrário do que se viu em relação à configuração da litispendência, a formatação da conexão entre as demandas coletivas, não se dá tão fora daqueles limites traçados para a conexão do processo individual, disciplinado no artigo 103 do CPC.

Isso porque a determinação legal contida no artigo 103 do CPC, encontra correspondência no artigo 2.º da Lei n.º 7.347/85, que regula o procedimento da Ação Civil Pública. “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.”

³⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 151.

Outro exemplo de conexão, agora com a presença da mesma causa de pedir, tem na situação em que proposta Ação Popular por determinado cidadão contra um certo prefeito, pleiteando a devolução de dinheiro desviado da saúde pública e direcionado ao pagamento de despesas particulares. Ao lado, demanda promovida pelo Ministério Público, contra determinada empresa, pleiteando a devolução do dinheiro desviado dos cofres públicos no mesmo episódio em atuou aquele prefeito.

É possível notar que tais demandas são distintas, possuindo nada mais do que um ponto em comum, qual seja, a situação fática que deu margem aos dois pedidos, ou, no caso da afinidade de questões, a relação do fundamento de direito.

Verificada assim a conexão, deverão ser as demandas reunidas no juízo prevento.³⁶⁴

³⁶⁴ É certo que a questão da reunião das demandas enseja diversas indagações, que merecem uma urgente e profunda análise. Como, por exemplo, a estrutura de uma certa comarca para receber uma grande quantidade de demandas, o prejuízo de um litigante em ter que se deslocar para outra comarca, etc. contudo, não iremos aprofundar tal debate no presente escrito por entendermos não exercer direta e profunda influência no objeto de nosso estudo, qual seja, a caracterização da litispendência entre as demandas coletivas e entre estas e as individuais. Contudo tomamos a liberdade de indicar autores que se têm disponibilizado a tratar com competência do tema: VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.; DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil. 6.ed. Salvador: Juspodium, 2006.; THEODORO JUNIOR, Humberto. Ações individuais e coletivas sobre Relação de Consumo – Reunião de Processos por Conexão. In Revista Síntese de direito civil e processo civil, n.º 37. ALVIM, Arruda. Código de Defesa do Consumidor comentado; além dos textos dos anteprojetos citados no presente trabalho e fixados em anexo.

5.5 CONTINÊNCIA

Outra figura que exige uma análise quando se estão verificando os limites da litispendência é a continência. Tudo, porque uma e outra são institutos sensivelmente próximos, distanciando-se por alguns poucos detalhes.

Assim, como ocorreu com a conexão, a continência aplicada ao processo coletivo se aproveita das mesmas regras apresentadas para as demandas individuais.

Nesse sentido, dispõe o artigo 104 do CPC, que “dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.”

Até onde caminhou nossa pesquisa, pudemos notar que somente o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em trabalho coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover, alude aos elementos de configuração da continência. Diz em seu artigo 6.º, inciso III, que esta figura se dará quando houver identidade de partes e causa de pedir, desde que o pedido de uma seja mais abrangente do que o das demais.

Hugo Nigro Mazzilli arrola interessante exemplo sobre continência. Assim, diz:

imaginemos que uma associação civil ajuíze ação civil pública visando ao fechamento de uma empresa que polui, enquanto o Ministério Público, simultaneamente, ajuíza uma ação civil pública visando ao fechamento da mesma empresa, pelo

mesmo motivo, mas pedindo, ainda, indenização pelos danos já causados.

A pergunta que cabe, é saber se a continência se dá apenas pela maior abrangência do pedido, ou se também poderíamos pensar nessa figura, quando as partes de uma demanda, ou ainda, a causa de pedir for mais abrangente.

Respondendo afirmativamente, o que nos parece coerente, segue doutrina de Cândido Rangel Dinamarco. Entende esse processualista de São Paulo que também na hipótese em que uma demanda se sustenta em dois ou mais contextos de fato, e a outra apenas em um, se configura a continência. Diz esse processualista que “são levados em conta, para aferir a relação de continência, os elementos concretos da demanda, quer objetivos ou subjetivos.”³⁶⁵

Por essa exata razão narra o autor o fato de que a continência não passa de uma “litispendência parcial”, vez que em parte coincide com a outra demanda.³⁶⁶

Por derradeiro, pode ser arrolada como exemplo de continência a situação em que demanda é proposta por associação de moradores de determinado bairro, visando ao fechamento de empresa responsável pela fabricação de produtos de amianto. Uma segunda demanda é proposta, agora pelo Ministério Público Estadual, contra a mesma empresa, pedindo o fechamento da empresa, mais o pedido de indenização pelos danos causados àqueles moradores.

³⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituição de direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 153.

³⁶⁶ Ibidem, p. 154.

Verificada a continência, sugerem os autores do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos/UNESA/UERJ/ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes seja extinta a demanda ou parte dela na proporção do conflito entre esta e a demanda continente.

Assim narra o seu artigo 7.º. Parágrafo 1.º “Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem julgamento do mérito.”

Parágrafo 2.º “sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão-somente para apreciação do pedido não contido na primeira demanda...”

Essa Inteligência, com a devida venia, nos parece inadequada.

Apesar de concordarmos com a alegação de que a continência configura parcial litispendência, não se justifica a extinção de qualquer delas, sobretudo nas demandas coletivas.

É preciso ter em mente que nas demandas coletivas, o que já restou devidamente observado por nós, a causa de pedir, e por consequência o pedido, deverão ser lidos de modo amplo, podendo ser verificadas pequenas distorções factuais ou até em relação aos fundamentos entre uma demanda e outra.

Veja que a finalidade dos institutos da conexão, continência e litispendência é evitar sentenças contraditórias, exigência da necessária segurança jurídica, preferimos, por mais afinado com tal escopo, falar em reunião das demandas no juízo prevento.³⁶⁷

A esse respeito entende Teresa Arruda Alvim Wambier que a figura da continência deva ser lida sob dois aspectos: a) quando a demanda com objeto mais amplo é proposta em segundo momento; b) quando a demanda com objeto menos abrangente é proposta em segundo momento.

No primeiro caso, sugere a reunião das respectivas demandas; ao passo que na segunda situação, por entender configurar parcial litispendência, fala em extinção do processo sem resolução do mérito.³⁶⁸

Igualmente não temos dúvida de que nessa segunda hipótese configurada está uma litispendência parcial, contudo, por maior que seja o nosso respeito à Professora Teresa Wambier, não coadunamos desse entendimento.

A nosso ver, face à possibilidade de maior amplitude do pedido e da causa de pedir em uma e outra demanda, num caso ou noutro a reunião das demandas é o mais aconselhado.

³⁶⁷ Igualmente entendendo pela reunião das demandas, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 476.

³⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 280.

5.6 LITISPENDÊNCIA E OS EFEITOS DA DECISÃO

A configuração da litispendência entre as demandas coletivas, face às suas características específicas, “só se permite definir após a verificação dos contornos que marcam a coisa julgada”.³⁶⁹

Em verdade, como acertadamente coloca a doutrina da professora Teresa Arruda Alvim Wambier a verificação da coisa julgada na configuração da litispendência entre as demandas coletivas pouco interesse desperta. Sugere a autora, o que entendemos correto, por isso acatamos, que passe a doutrina a pensar na configuração da litispendência coletiva, analisando aqueles que serão atingidos pelos efeitos da decisão.³⁷⁰

Atingidas pela coisa julgada serão as partes do processo e, como já anotamos no tópico destinado ao estudo das partes, estas devem ser entendidas como aquelas que vêm ao processo, seja pela petição inicial (autor), pela citação (réu) ou pela via da intervenção (terceiros interessados). Estes, no momento em que aceitos pela intervenção passam a figurar na condição de parte, ressalvadas raríssimas hipóteses em que tal não ocorre, como a assistência simples e o *amicus curiae*.

³⁶⁹ Essa foi a afirmação da Min. Eliana Calmon ao proferir voto como relatora em julgamento do Resp 642462/PR.

³⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.281

Nas demandas coletivas, ainda que se troque o autor da demanda, (Ministério Público na primeira demanda e IDEC na segunda) se atuando em substituição dos mesmos titulares do direito material e a mesma pretensão, de litispendência se trata.

Ainda com a doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier, o problema com relação aos terceiros da demanda coletiva, ou seja, aqueles titulares da relação substancial, é mais de falta de legitimidade do que efeitos da coisa julgada.³⁷¹

Isso porque, nessa espécie de demanda, os sujeitos titulares do direito material não vêm ao processo, tendo sua atuação substituída pela presença de entidades ou órgãos representativos, previamente elencados em lei. De modo que não interessa na configuração da litispendência quem estará em juízo na condição de parte (processual) autora e, em alguns casos na condição de parte (processual) ré, a litispendência se dá, no âmbito subjetivo, em relação aos titulares do direito substancial. Estes é que sofreram os efeitos da decisão. A eles interessa a segurança jurídica, o processo justo, a efetividade do processo.

Na esteira da idéia apresentada por essa processualista da PUC/SP, por outro lado, para que se possa definir quem será atingido pelos efeitos da decisão em âmbito coletivo, se faz necessária a análise dos limites territoriais da coisa julgada, apenas porque assim está regulado no artigo 103 do CDC.

Desse modo, seguiremos aludindo ao termo coisa julgada, querendo, contudo, tratar de efeitos da decisão.

³⁷¹ Ibidem, p. 281.

Pois bem.

Com relação ao processo coletivo, determina o artigo 16 da Lei 7.347/85, que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas...”³⁷² (grifei)

Talvez mais adequada seja ainda a redação constante da lei que regula o procedimento da ação popular que, diga-se, serviu de inspiração para a redação original do artigo 16 da lei de ação civil pública. Essa última, passou a limitar os efeitos da coisa julgada pelo território, apenas com o advento da MP 1.570/97, mais tarde convertida em lei, a de n.º 9.494/97.

Eis a descrição constante do artigo 18 da Lei 4.717/65 onde se lê: “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, trata da coisa julgada, no seu artigo 103, de maneira mais adequada do que aquela previsão da lei de ação civil pública. Por não confundir efeitos da coisa julgada com competência, regula os efeitos desse instituto de acordo com a natureza do direito pleiteado. Assim, dispõe

a) em seu inciso I, que “a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer

³⁷² No mesmo sentido segue a determinação do artigo 18 da Lei n.4.717/65.

legitimado poderá intentar outra ação, com o idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”

b) No inciso segundo, tratando dos efeitos da coisa julgada sobre os direitos coletivos (strito sensu) diz que será “ultra–partes,³⁷³ mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas...”

c) por fim, no inciso terceiro disciplina os efeitos da coisa julgada com relação aos direitos individuais homogêneos, dizendo que será “*erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores...”

Com relação à primeira situação, tratando de interesses difusos, parece que não poderia o legislador tomar outro caminho senão admitir que os efeitos da coisa julgada a todos aproveita ou prejudica, ressalvada apenas aquela hipótese de insuficiência de provas. Como anota José Marcelo Menezes Vigliar essa determinação decorre da indivisibilidade do interesse.³⁷⁴

³⁷³ José Rogério Cruz e Tucci entende que o termo ultra-partes está sendo aqui empregado como sinônimo de erga omnes. Limites Subjetivos. P. 300. Antonio Gidi igualmente entende que tanto faz um termo ou outro, todavia, como anota esse mesmo doutrinador, tais termos devem ser lidos no contexto em que aprecem inseridos. Assim, “erga omnes” deve ser entendido como a coisa julgada atingindo a todos aqueles pertencentes à comunidade (103, I), grupos, classes (103, II) e indivíduos e seus sucessores (103, III). OU seja, a coisa julgada pesa contra todos, porém não ilimitadamente. Diz Gidi que o termo “ultra partes” poderia e é utilizado nesse mesmo sentido quando inserido no artigo 103, II, do CDC). Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas. P. 109.

³⁷⁴ VIGLIAR, JOSÉ Marcelo Menezes. Tutela jurisdicional coletiva. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 177.

A “indeterminação”³⁷⁵ dos sujeitos nos parece seja outro fator de relevância para imposição dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* em se tratando de interesses difusos.

Quanto ao direito coletivo, a lógica observada no item anterior se repete. Desse modo, todos aqueles que pertencerem ao grupo, categoria ou classe, e que estejam na condição de titular do direito material demandado serão atingido pelos efeitos da coisa julgada. Observa-se, contudo, que o atingimento desses sujeitos se dá restritivamente na hipótese de resposta positiva à demanda proposta. Quando improcedente por insuficiência de provas a imutabilidade da coisa julgada não ocorre.

Com relação aos efeitos da coisa julgada em razão dos direitos individuais homogêneos, tem-se o mesmo raciocínio. Por se tratar de sujeitos considerados em sua individualidade, somente aqueles que inseridos na relação substancial serão beneficiados pela decisão. Diferentemente do que se viu quando dos interesses difusos e coletivos, aqui os efeitos da coisa julgada não pesarão sobre os indivíduos quando improcedente a demanda *por qualquer fundamento*.

Muito bem. Outra questão que se põe na relação entre coisa julgada, a litispendência é relativa aos seus limites territoriais. Como restou devidamente anotado nos parágrafos acima, determina o artigo 16 da Lei 7.347/85 que a sentença civil fará

³⁷⁵ Convencionou-se na doutrina que o interesse se caracteriza como difuso em razão da indeterminação dos indivíduos. Em verdade, essa impossibilidade de se determinar qual sujeito será atingido pelo ato lesivo, se dá em razão do fato jurídico observado. Importante lembrar que cada indivíduo da sociedade faz parte desse conceito, assim, falar em interesse difuso, não implica dizer sujeitos abstratos.

coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator...”
(grifei)

Em utilíssimo quadro, apresentado na obra de Pedro Lenza,³⁷⁶ é possível notar as modificações que foram sendo introduzidas no artigo 16 da lei de ação civil pública com fins a regular os limites territoriais e subjetivos da coisa julgada coletiva.

Assim, antes do advento da Lei 9.494/97, a redação do referido dispositivo legal não fazia menção a qualquer limite territorial a ser observado pela coisa julgada coletiva.

Após, passou a determinar que os efeitos da coisa julgada ficariam circunscritos “aos limites da competência territorial do órgão prolator...”

No ano de 1999, outra restrição foi inserida, agora na Lei 9.494/97, pelo advento da MP 1.798. Acrescentando a letra “A” ao artigo 2.º passou a dizer que “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”

A doutrina, não sem razão, tem-se mostrado indignada com a completa falta de bom senso e, porque não, ausência de capacidade legislativa do Executivo, para não dizer má-fé, quando da edição de Medidas Provisórias como as que alteraram a Lei 9.494/97.

A uma, porque contraria todos os interesses que ensejaram e ainda ensejam toda a discussão sobre o processo coletivo.

Como já afirmamos nos primeiros tópicos do presente trabalho, o processo coletivo talvez seja uma das poucas formas que ainda permitem uma real efetividade do processo. Medidas legislativas como estas, nos levam a pensar que não há, de fato, por parte de alguns, uma vontade clara de ver o judiciário cumprindo com sua missão maior, qual seja, entregar a cada um o que é seu.

A duas, porque deixa de lado a necessidade de se respeitarem princípios constitucionais informadores do processo, seja coletivo ou individual. A efetividade do processo, a segurança das decisões, o acesso à ordem jurídica justa, o escopo educacional, político e social que possui o processo.

Basta imaginar que uma ação promovida, pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, não beneficiará os indivíduos, ainda que inseridos na mesma situação, presentes em outro Estado da Federação.

Resultado, o réu só será impelido a obedecer à ordem judicial naquele Estado, podendo continuar com sua atuação danosa nos demais. Absurdo. Se o interesse é difuso, o que se entende por sujeitos indetermináveis, por óbvio que não pode pensar em limites territoriais. A ordem que atinge a um, atinge todos, indiscriminadamente.

³⁷⁶ LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 277.

Não fosse assim, como ficaria o princípio do tratamento isonômico dos indivíduos afetos à mesma relação de fato? E o princípio da unidade da jurisdição? E o princípio da segurança jurídica? E o princípio do processo justo?

Arrolando vários exemplos que demonstram o absurdo que cerca tal disposição normativa, Pedro Lenza indaga questão que interessa diretamente ao tema do presente escrito; se proposta outra demanda em um segundo Estado deixaria de haver litispendência?

Responde negativamente, como nos parece não poderia deixar de ser.

Assim, existindo demanda contra empresa aérea promovida pelo Ministério Público do Estado São Paulo em razão de atrasos reiterados de vôo e, paralelamente outra demanda no Estado do Rio de Janeiro promovida pelo IDEC ou pelo próprio Ministério Público daquele Estado, pela mesma razão, não pode haver dúvida da completa configuração de litispendência, devendo tais demandas ser reunidas no juízo prevento, leia-se, aquele onde primeiro tenha sido distribuída a demanda, podendo, inclusive os membros do *parquet* passar a atuar em litisconsórcio facultativo ativo.³⁷⁷

Nesse mesmo sentido segue entendimento de Kazuo Watanabe, valendo-se do exemplo das ações sobre os expurgos inflacionários sobre as aposentadorias, sustenta que “todas as demandas “coletivas” propostas nos vários Estados em favor dos

³⁷⁷ Em sentido contrario tem decidido a 2.^a Turma do STJ. Resp 642462/PR Ministra Eliana Calmon – julgado 08/03/2005. Nesse aresto, entendeu Exma Ministra que as demandas deveriam tramitar separadamente ainda que tivesse mesmo objeto por se encontrarem em limites territoriais diversos o que impediria a configuração da litispendência. Em outro julgado, a mesma turma e tendo por relatora novamente a

aposentados constituem repetição da primeira demanda coletiva proposta para o mesmo fim, sendo inquestionável a configuração da litispendência.”³⁷⁸

Como bem observa José Rogério Cruz e Tucci, quando promovida demanda por associação, a limitação territorial constante do artigo ora em comento, só se aplicará quando se tratar de direitos individuais homogêneos ou coletivos, já que no difuso, os sujeitos são indetermináveis.³⁷⁹

Data maxima venia ao entendimento desse processualista da USP acreditamos que nem mesmo nos casos dos direitos coletivos e individuais homogêneos tal limitação pode ocorrer.

Qualquer que seja a limitação em relação aos efeitos da decisão deve levar em consideração a imposição do artigo 83, I, II, e III, do CDC. Ou seja, se difuso, nenhum limite existe, porque indivisível o bem e indeterminável o sujeito; se coletivo, pesa sobre a categoria, classe ou grupo titular da relação substancial e, se individual homogêneo sobre os indivíduos envolvidos na relação material também. Em qualquer deles é possível a verificação de sujeitos em mais de um território e, ainda assim, todos serão atingidos.

O que basta ao nosso interesse é que a formatação subjetiva da litispendência se dá não pela análise dos indivíduos inseridos na relação processual, mas por aqueles que serão atingidos pelos efeitos da decisão.

Ministra Eliana Calmon entendeu configurar decisão ultra-petita a decisão que aludiu a território não contemplado na inicial. Resp 485842/RS.

³⁷⁸ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis Forense. Revista de Processo, São Paulo, v.67, 1992. p. 19.

Por isso a relevância de se estabelecer uma adequada interpretação do disposto no artigo 16 da Lei 7.347/85 e do artigo 2.º -A da Lei 9.494/99. Se interpretada isoladamente e restritivamente, não se poderia pensar em litispendência entre demandas com o mesmo objeto tramitando em limites territoriais distintos, uma vez que a coisa julgada de uma não influenciaria na outra. Interpretação essa, que a nosso ver não pode imperar, sob pena de se esvaziarem as finalidades do processo justo.

Oportuna a análise feita por Gustavo Filipe Barbosa Garcia em comentário realizado à jurisprudência do TRF da 4.ª Reg. sobre a presente questão.

Em julgamento de determinado agravo de instrumento seu relator , Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz, assim se manifestou: “a regra do art. 16 da Lei 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei 8.078/90, entendendo-se que os “limites da competência territorial do órgão prolator”, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas, sim, aqueles previstos no art. 93 do CDC...”

Nesse mesmo sentido segue entendimento de Ada Pellegrini Grinover, citada por Gustavo Filipe, afirmando essa autora que “o âmbito de abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência.” “(...) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.”³⁸⁰

379

³⁸⁰ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 5.ª ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998 . p. 273 – apud Gustavo Filipe Barbosa Garcia. P. 254. Igualmente mostrando-se contrário à determinação do artigo 16 da Lei 7.347/85, segue as doutrinas de Ricardo de Barros Leonel. Manual do Processo Coletivo. P. 283. Rodolfo de Camargo Mancuso. Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. P. 329. José Rogério Cruz e Tucci. Limites

Subjetivos da Sentença e da Coisa Julgada. P. 307. José Marcelo Menezes Vigliar. Tutela Jurisdicional Coletiva. P. 182. Américo Bedê Freire Junior. Pontos Nervoso da Tutela Coletiva: Legitimação, Competência e Coisa Julgada. In: Processo Civil Coletivo, coordenado por Rita Dias Nolasco e Rodrigo Mazzei. P. 77. Hugo Nigro Mazzilli . A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. P. 485. Entende Hugo Nigro ter o legislador confundido limites da coisa julgada com competência territorial. Em sentido contrário tem decidido a 2.^a Turma do STJ. Resp 642462/PR Ministra Eliana Calmon – julgado 08/03/2005. Nesse aresto, entendeu Exma Ministra que as demandas deveriam tramitar separadamente ainda que tivesse mesmo objeto por se encontrarem em limites territoriais diversos o que impediria a configuração da litispendência. Em outro julgado, a mesma turma e tendo por relatora novamente a Ministra Eliana Calmon entendeu configurar decisão ultra-petita a decisão que aludiu a território não contemplado na inicial. Resp 485842/RS.

5.7 LITISPENDÊNCIA ENTRE DEMANDAS COLETIVAS (AÇÃO CIVIL PÚBLICA, POPULAR E DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA,³⁸¹ MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO)

Não é definitivamente o nome da ação que configura ou não a litispendência, mas seu conteúdo.

Como ressalta doutrina de Antonio Gidi “a litispendência entre duas ações coletivas ocorre sempre que se esteja em defesa do mesmo direito.”³⁸² Discordamos, contudo, da doutrina desse autor por exigir como elementos de configuração desse instituto a presença não só do pedido como igualmente da causa de pedir.

Nos tópicos acima, frisamos que nada obstante seja essa a formação mais comum da litispendência, não se pode excluir por completo a hipótese em que, mesmo havendo duas demandas com causas de pedir diversas é possível se pensar na litispendência.

Em nada interessa se se trata de ação civil pública, ação popular, de ação de proibidade administrativa, o que interessa é a unidade de pretensões em todas elas. Ou seja, a identidade de pedidos, ainda que a causa de pedir, eventualmente seja distinta.³⁸³

³⁸¹ Ressalte-se mais uma vez, que apesar do termo utilizado pela específica seja “improbidade” admitimos como correta e logicamente mais adequado falar em “proibidade”.

³⁸² GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 219.

³⁸³ Para se compreender adequadamente a idéia de distinção entre as causas de pedir e a configuração da litispendência importante retornar ao capítulo destinado ao estudo desse elemento.

Ainda com base na doutrina de Antonio Gidi³⁸⁴, o que restou igualmente anotado no tópico destinado à verificação dos elementos de identificação da demanda, especificamente quanto às partes, na configuração da litispendência entre as demandas coletivas, a parte processual nenhuma relevância tem. Levam-se em consideração os sujeitos titulares da relação substancial.³⁸⁵

Litispendência haverá, por exemplo, entre ação civil pública promovida contra prefeito em razão de desvio de verba pública, ladeado por ação popular promovida por determinado cidadão tendo no pólo passivo aquele mesmo prefeito e com base no mesmo fundamento de fato e de direito.

Haveria, ainda, litispendência entre ação popular promovida contra agente público, com fundamento na utilização de máquina pública na realização de obra particular,(Lei 8.429/92- art. 9.º, I)³⁸⁶ de outro lado, ação de proibidade administrativa promovida pelo Ministério público, contra aquele mesmo réu, porém com fundamento na utilização indevida e em proveito próprio de bens integrantes do acervo patrimonial de entidades públicas. (Lei 8.429/92 – art. 9.º, XII)³⁸⁷

Como se pode notar, ainda que se tenha em uma demanda e outra fundamento de direito distinto, é possível pensar em litispendência, até porque a própria lei de

³⁸⁴ Ibidem. P. 219.

³⁸⁵ Infelizmente não tem sido esta a posição de nossos tribunais. Tem-se exigido para configuração da litispendência a presença das mesmas partes, consideradas em relação ao processo, inclusive.

³⁸⁶ IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

improbidade administrativa disciplina um e outro como atos de enriquecimento sem causa. Ou seja, o interesse difuso a ser protegido é o mesmo,, a proteção do patrimônio público.

O que não permite falar em litispendência é a defesa de diferentes espécies de interesses em duas ou mais demandas.³⁸⁸

Isso porque, com relação às partes, é pacífico no entendimento doutrinário que o interesse difuso se caracteriza pelo fato de serem os sujeitos indeterminados e indetermináveis, ao passo que nas demandas onde se visa a proteção de direitos coletivos *strito sensu* existem grupos organizados.

Verifica-se que os efeitos da decisão atingirão um e outro de modo distinto o que impede falar em litispendência. (CDC- art. 103, I e II)

Não bastasse, com relação à causa de pedir igualmente há distinção. Talvez não na situação de fato, juridicamente considerada, mas na forma como a apresentação desse fato se dá. A superficialidade de sua substanciação.

Restou devidamente anotado no tópico destinado ao estudo da causa de pedir qu, nas demandas coletivas, a substanciação, ou seja, a exigência de detalhamento dos fatos, sua relação com os sujeitos de direito e sua relação com o direito aplicável

³⁸⁷ XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

³⁸⁸ Igualmente entendendo não haver litispendência entre ações coletivas com pedidos distintos, segue doutrina de GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 220.

ao caso se vê sensivelmente reduzida, chegando ao ponto da superficialidade quando se tratar de interesses difusos.

No caso do pedido, haverá também completa distinção, vez que no interesse difuso há interesse de sujeitos indetermináveis envolvidos, produzindo efeito *erga omnes* esta decisão, ao passo que no interesse coletivo, o pedido é no sentido de proteger esse grupo específico, aquela classe determinada, recaindo os efeitos da decisão especificamente sobre os indivíduos que compõem esse núcleo.³⁸⁹

Da mesma forma não se permite afirmar haver litispendência entre ações coletivas para proteção de interesses individuais homogêneos e ações coletivas destinadas à proteção de interesses difusos.

Não há equivalência de nenhum dos elementos, nem tão-pouco da própria relação de direito material, o que resulta, invariavelmente em pretensões distintas.

Na demanda em que se propõe a defesa de interesses individuais homogêneos, os sujeitos são determináveis, logo os efeitos da decisão se limitarão a estes indivíduos (CDC – art. 103, III), quanto ao pedido, na demanda difusa se mostra genérico, assim como a causa de pedir, ao passo que, na demanda em defesa de direitos individuais homogêneos, a substanciação, tanto a relação dos sujeitos com o fato quanto a relação de direito deverá ser apresentada com maiores detalhes, o que se mostra suficiente para distingui-las.

³⁸⁹ Nesse mesmo sentido ver doutrina de BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. A coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 96.

Com a devida venia, ousamos, aqui, discordar da posição de Antonio Gidi para quem entre tais demandas, face à completa distância que há entre ação coletiva de proteção de interesse difuso e ação coletiva voltada à proteção de interesse individual homogêneo, não permite falar em litispendência ou em qualquer outra hipótese de identificação entre elas, o que não possibilita pensar em reunião dessas demandas.³⁹⁰

Preferimos aqui, mais uma vez, seguir hipótese aventada por Ricardo de Barros Leonel. Segundo esse doutrinador, “seja por economia processual, seja por aproveitamento da prova produzida em cada uma das demandas, e ainda para evitar o conflito lógico de julgados, promover a reunião das ações, para julgamento conjunto.”³⁹¹

Vamos, inclusive, além. Para nós, o que ocorre em tal hipótese é a formação de conexão por afinidade de questões. Vimos, em tópico específico destinado ao estudo da conexão, que esta se dá não só pela presença do mesmo pedido ou mesma causa, mas, e, sobretudo, pela afinidade entre o tema a ser decidido.

Durante todo o trabalho, deixamos consignado, com fulcro em diversas doutrinas, que o surgimento do processo coletivo, seguido agora de intenso debate sobre as adequadas regras a compor um código específico dessa matéria, tem por mira, evitar que o judiciário se encontre em situação de ter que resolver milhares de demandas iguais, semelhantes ou afins.

³⁹⁰ GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 220-221.

³⁹¹ LEONEL, Ricardo de Barros. A causa petendi nas ações coletivas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 167.

A idéia é tanto quanto possível reunir tais demandas para que possam receber um único tratamento, até como forma de evitar desencontros indesejáveis entre as decisões.

Exemplo que se pode imaginar é de uma ação civil pública promovida pelo Ministério Público em desfavor de certa distribuidora de combustível em razão do vazamento desse produto e conseqüente contaminação do solo. Em paralelo, demanda promovida por associação de moradores de determinado bairro vizinho àquela empresa, pleiteando indenização em favor dos moradores, tendo em vista a necessidade de abandonarem suas casas face ao perigo de explosão.

A reunião de demandas como estas, apesar de em uma se ter interesse difuso e na outra, interesse individual homogêneo, se mostra como questão de bom senso até.

Basta imaginar o resultado da demanda coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos julgada procedente, determinando a empresa que indenize aquelas vítimas; de outro lado, a demanda coletiva em defesa do meio ambiente seja julgada improcedente por entender o magistrado não ter ficado comprovada a responsabilidade da referida empresa.

Apesar de permitida a propositura dessa demanda com base em novas provas, fato é que o conflito que deveria ser resolvido, acabou por inflamado. Certamente que essa empresa resistirá até as últimas vias para não cumprir com a ordem de ressarcimento, alegando a ausência de responsabilidade verificada na sentença daquele processo paralelo.

Por fim, é possível imaginar ainda relação entre ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

O mandado de segurança coletivo, assim como o individual, se destina à proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data. Direitos estes definíveis como difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo.

Apesar de já anotado naquele tópico específico, importante repetir aqui a oportuna colocação de Luiz Manoel Gomes Junior afirmando que:

a diferença básica entre o mandado de Segurança Coletivo e as demais Ações Coletivas reside, a nosso ver, na impossibilidade de produção de outras provas, que não seja a documental, já que necessariamente a prova do direito líquido e certo, além de somente ser viável contra Ato de Autoridade.³⁹²

Essa proximidade existente entre mandado de segurança coletivo e as demais ações coletivas nos permite pensar na hipótese de litispendência, inclusive.

Exemplo se teria na situação diante da necessidade de se garantir medicamentos a idosos, uma associação de proteção do idoso promove mandado de segurança coletivo. Ao lado, o Ministério Público promove ação civil pública destinada àquele mesmo fim.

³⁹² GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 19.

Outro exemplo seria a propositura de mandado de segurança coletivo, visando à garantia de vaga escolar a crianças de um determinado bairro.

Nem se diga que, em casos como este, o direito não se caracteriza como coletivo.

Direitos como da criança e adolescente e direitos do idoso, apesar de pertencentes a uma única pessoa, possui contornos de interesse difuso.

E mais, apesar de utilizarmos os exemplos da criança e do idoso, é plenamente possível afirmar que todo indivíduo social o tem. O seu respeito à sua efetiva proteção é Bem geral.

Nesse sentido compete ao Ministério Público tal defesa.³⁹³

5.8 LITISPENDÊNCIA ENTRE AS DEMANDAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. (ADIN, ADECON, ADPF)

Com relação às demandas destinadas ao controle de constitucionalidade, igualmente é possível verificar hipóteses de litispendência.

³⁹³ Não é outra a determinação do art. 74 da Lei 10.741/2003 que regula os direitos garantias do idoso. Dizendo competir ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; No mesmo sentido está o art. 25, IV, a da Lei 8.625/93 LOMP. Por fim, os arts. 95 c/c art. 200, V ambos da Lei 8.069/90 – ECA. Igualmente entendendo pela possibilidade de atuação do Ministério Público, inclusive na defesa do direito de uma única criança valendo-se da ação civil pública, segue DIGIÁCOMO, Murillo José. Instrumentos jurídicos para garantia do direito à educação. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Coord.) Direito à educação: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 318/319. O STJ igualmente já se manifestou nesse sentido. Resp.837591/RS – Min. José Delgado. Primeira Turma, Julgado em 17/08/06.

Basta pensar na situação em que duas ADins são promovidas, ainda que por autores distintos, tendo por fundamento o mesmo ponto de inconstitucionalidade.

Igualmente no caso de propositura de uma ADin e uma ADEcon sobre o mesmo dispositivo legal.

Isso porque com o advento da Emenda Constitucional 45, restou consideravelmente ampliado o rol de legitimados à propositura desse “processo”. Passaram a tal condição aqueles mesmos que já estavam legitimados à propositura da ADin. (CF/88- art. 103)

Com isso, e somado ao caráter dúplice de tais ações, é possível verificar que, por exemplo, julgada uma ADin improcedente, não haverá espaço para a propositura de uma ADEcon.

Por outra via, só se pode concluir que estando as duas demandas tramitando de modo concomitante e sobre o mesmo dispositivo legal, a litispendência se mostra plena.

Como anotado no presente trabalho, a instituição da litispendência não tem outra finalidade senão evitar o choque de decisões sobre a mesma questão.

Não se pode pensar, para configuração da litispendência entre Adin e ADEcon, especificamente, na estrutura tradicional do processo, mas, sobretudo, em seu escopo.

Seguindo, passamos a analisar a possibilidade de litispendência entre Adin por omissão e Mandado de Injunção.

A resposta, antecipamos, será negativa.

No intuito de esclarecer tal distância, vale repetir aqui as palavras já lançadas por nós no tópico 2.3.5 do presente escrito, onde verificamos com mais detalhes a figura do mandado de injunção coletivo.

Dissemos que enquanto a ADin por omissão destina-se a *determinar* a quem de competência, que legisle sobre um específico direito fundamental que poderá ser exercido em situações abstratas.³⁹⁴ O mandado de injunção terá cabimento, igualmente para regular o exercício de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, contudo permite ao próprio juiz criar norma especial para regular o caso concreto.³⁹⁵

Com isso, é possível notar que de litispendência não se trata. Os sujeitos atingidos pelo efeito da decisão são distintos, o pedido e a causa de pedir também. Por certo, que a providência tomada em razão da ordem emitida na ADin por omissão, irá beneficiar aqueles que estejam pretendendo se valer do instrumento da injunção coletiva, mas ainda assim, é insuficiente para concluir que se trata da mesma demanda.

Não bastasse a diferença entre os elementos internos e até da própria relação jurídica, ressalta Adhemar Ferreira Maciel que a competência igualmente será distinta.

³⁹⁴ Nesse sentido determina o artigo 103, parágrafo segundo da Constituição Federal: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

³⁹⁵ Com a mesma afirmação SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). Mandados de segurança e injunção. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 399; nessa mesma obra, VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). Mandado de segurança e injunção. São Paulo: Saraiva, 1990. p.

Como bem anota esse autor, a ADin por omissão pertence com exclusividade ao STF (CF/88- art. 103, I a IX), ao passo que o mandado de injunção pertence “aquele órgão que estiver constitucionalmente ou legalmente encarregado de elaborar as normas genéricas que estão obstando que alguém exerça um direito já previsto especificamente na Constituição.”³⁹⁶

Nem se pense ainda na hipótese de conexão ou continência, tendo em vista a distinção entre as relações materiais. Enquanto a ADin regula situação abstrata, a injunção regula situação concreta. Desse modo, cada qual das demandas seguirá seu caminho de modo autônomo.

A consequência que decorre da verificação da litispendência é a necessária reunião das demandas no juízo prevento.

Não se pensa na aplicação da regra prevista no artigo 267, V do CPC.

Por vezes, vimos que a configuração da litispendência entre as demandas coletivas, não se dá exclusivamente pelo critério da identidade total de seus elementos internos, mas igualmente, pela identidade de pretensões, ainda que diversa a parte ativa e a causa de pedir.

Extinguir uma das demandas tendo estas premissas colocadas fugirá do escopo maior das demandas coletivas, qual seja, a preservação da segurança jurídica, necessária à efetividade do processo.

101; ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 107.

Aludir a litispendência entre demandas coletivas, não implica dizer demandas absolutamente idênticas, sobretudo se considerados seus elementos processuais, mas em demandas que se enfrentadas separadamente até final julgamento, implicaram em um *bin in idem* quanto ao seus efeitos.

5.9 LITISPENDÊNCIA ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS.

É expressa a letra do art. 104 do CDC, dizendo não haver litispendência entre as demandas onde se discutem direitos difusos e coletivos e aquelas que tem por objeto a proteção de direito individual.³⁹⁷

No mesmo sentido, modificando contudo as medidas a serem observadas, vêm apresentados os anteprojetos de código brasileiro de processos coletivos.

APCBPC/IBDP – art. 7.º

“a demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas o efeito da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.”

³⁹⁶ Mandado de Injunção e inconstitucionalidade por Omissão. In: Mandado de Segurança e Injunção. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. P. 376.

³⁹⁷ “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra-partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

Parágrafo 1.º – “cabe ao demandante informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

Parágrafo 2.º – a suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva

Parágrafo 3.º – O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial, de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizado demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

Parágrafo 4.º – na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.”

CMPC/ Ibero-América – art. 31

“A Ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.”

Estabelecendo outro critério surge a narrativa do
APCBPC/UNESA/UERJ – art. 33

“ o ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

Parágrafo 1.º O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

Parágrafo 2.º Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

Parágrafo 3.º Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões preferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

Parágrafo 4.º .

Parágrafo 5.º. ...”

Para que se possa chegar a uma sistematização razoável do tema, necessário analisarmos os elementos internos de cada demanda, sobretudo daquela individual, bem como a possibilidade de haver concomitância de relação jurídica material, para que, ao final, se possa apresentar com certa margem de segurança uma resposta minimamente sistematizada.

Como critério destinado à realização dessa finalidade sugere Kazuo Watanabe, a “...caracterização das relações substanciais...”³⁹⁸

Relata esse doutrinador que naquelas demandas que nada obstante seja promovida individualmente tenham por pretensão interesse de ordem difusa, bastaria uma única demanda. Arrola, como exemplo, demanda promovida individualmente

³⁹⁸ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demanda Individual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007. p. 156.

contra uma indústria que estivesse praticando atos de poluição, pleiteando indenização pelos danos individualmente sofridos e, pleiteasse ainda cessação da poluição.³⁹⁹

Em casos como esse, afirma o autor, a demanda se mostra individual apenas por ter sido proposta por um indivíduo, mas que o seu resultado se mostra de ordem difusa.

E arremata dizendo que

a conclusão que se impõe, à vista dessas considerações, é no sentido de que as ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de uma outra ação individual com o mesmo escopo são inadmissíveis por significarem um bis in idem, que poderá dar origem a conflitos práticos e, não apenas lógicos, de julgados, o que o nosso ordenamento jurídico não tolera (daí os institutos da litispendência e da coisa julgada).⁴⁰⁰

Arrola, ainda, esse doutrinador, como exemplo de demandas “pseudo-individuais”, aquelas milhares de demandas que estão sendo propostas como se de direito individual tratassem, relacionadas à cobrança de tarifa de assinatura de serviço telefônico.

Entende, com respaldo da doutrina de Flávio Luiz Yarshell, que o direito que se pretende ver protegido, na verdade se trata de direito coletivo, o que deveria ser regulado por uma única demanda. Tudo porque, segundo o autor, posição da qual compartilhamos, trata-se de situação vinculada a contrato maior, qual seja, o contrato

³⁹⁹ Ibidem. p. 157.

de concessão desse serviço, que só poderia ser alterado de qualquer modo para beneficiar a todos e jamais de modo individual.⁴⁰¹

Conclui que casos como esse não estão sujeitos ao disposto no artigo 104 do CDC.

Caminha, assim, a idéia desse autor e nos parece que não poderia ser diferente, no sentido da redação, acima anotada, do anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos apresentado pelo IBDP.

A suspensão de demandas como estas se deve, à configuração da completa litispendência existente, não pela identidade de indivíduos, processualmente considerados, mas pela identidade de relação jurídica substancial, hipótese que consideramos durante todo o presente trabalho.

A existência de demanda coletiva versando sobre o mesmo tema, impede que as demandas individualmente propostas continuem tramitando, exigindo a imediata suspensão dessas últimas, competindo ao demandado manifestar-se nos processos individuais requerendo tal suspensão, o que também poderá ocorrer de ofício.

Importante lembrar, contudo, que o artigo 104 do CDC não trata dessa situação, mas daquelas em que paralelamente tramitam demandas coletivas em defesa

⁴⁰⁰ Ibidem. P. 157.

⁴⁰¹ Ibidem. p.159.

restritivamente de interesses individuais homogêneos e aquelas propriamente individuais.⁴⁰²

Exemplo se tem, no caso de haver demanda coletiva promovida pelo Ministério Público na defesa dos direitos dos aposentados, pleiteando o reajuste dos expurgos inflacionários decorrentes de planos do Governo, o que nos parece caracteriza interesse individual homogêneo, tendo ao lado, demandas individualmente propostas contendo aquela mesma pretensão.

Em exemplos como estes, o que se tem é um verdadeiro entrelaçamento de pretensões.

Isso porque, como anota doutrina de José Marcelo Menezes Vigliar, a demanda coletiva proposta em defesa de interesses individuais homogêneos, exige, para sua aceitação, uma causa de pedir idêntica para todos os sujeitos envolvidos.

Narra ainda esse processualista que “... no caso dos interesses individuais homogêneos, exige-se que vários tenham sido os eventos que representarão os fundamentos fáticos e jurídicos de inúmeras demandas possíveis. Contudo, porque homogêneos, há que transpor duas exigências: a) que sejam idênticos e b) que sejam múltiplos.”⁴⁰³

⁴⁰² nesse mesmo sentido, segue doutrina de CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 261.

⁴⁰³ A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos. In: Causa de Pedir e Pedido. Coordenado por José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. p. 214.

Outro ponto observado pela doutrina de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes com relação à narrativa do artigo 104 do CDC, é que pelas próprias características pertencentes aos direitos difusos e coletivos, não há que se pensar na hipótese anotada no presente artigo.⁴⁰⁴

Esse autor apresenta ainda outra severa crítica ao sistema presente no artigo ora em comento.

Entende que peca esse sistema por não trazer qualquer previsão sobre a necessária exclusão de demandas individuais que tratam da mesma pretensão daquela demanda coletiva. Essa crítica se reflete no artigo destinado ao tratamento da presente matéria, inserido no anteprojeto coordenado pelo autor em conjunto com a UNESA e a UERJ.

Sustenta que “o correto equacionamento da questão da litispendência e da coisa julgada, com o estabelecimento de um efetivo sistema de exclusão, acompanhado do controle da representatividade adequada, parece ser medida essencial para que a tutela coletiva alcance os seus objetivos.”⁴⁰⁵

Não é essa, contudo, a posição majoritariamente adotada pela doutrina. Para alguns, o que se tem é a hipótese de continência, sobretudo quando a demanda

⁴⁰⁴ Entendendo da mesma forma não haver qualquer possibilidade para configuração da litispendência entre as demandas coletivas (leia-se difuso e coletivo) e as individuais, segue GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em aes coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p.188.

⁴⁰⁵ Ações coletivas. p. 262.

coletiva vier distribuída depois de proposta a individual. Ao passo que a propositura da demanda individual num segundo momento configuraria litispendência.⁴⁰⁶

Em nada importa se a demanda coletiva tenha sido proposta antes ou depois, sempre estará diante de uma pretensão idêntica, já posta em juízo.

Entendemos ser essa a posição a mais adequada.

É preciso ressaltar, como já o fizemos quando do estudo do pedido e da causa de pedir, que nas demandas coletivas o pedido é mais amplo do que nas demandas individuais. Envolvendo, de um lado, demanda contendo direito individual homogêneo e de outro, demanda puramente individual, o pedido daquela se mostra mais amplo do que esta.

Quanto à causa de pedir o problema se mostra menor. Como anotou José Marcelo Menezes Vigliar, a causa de pedir nas demandas individuais homogêneas devem ter origem no mesmo fato. É sem dúvida, que a causa de pedir relativa à demanda individual igualmente tenha origem nesse mesmo fato, ou seja, a causa de pedir entre as demandas se mostra, se não idêntica, ao menos próxima.

Se tomarmos por base a idéia aventada no presente trabalho de que a causa de pedir nas demandas coletivas deve ser interpretada extensivamente, tem-se, como

⁴⁰⁶ Nesse sentido, CALMON DE PASSOS, J.J. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 72. GRINOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor: comentado Pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. P . 590 e ss.

resultado, a configuração da litispendência na hipótese em que a demanda individual seja proposta em segundo momento.

No caso inverso, sendo a demanda coletiva proposta em segundo momento, ter-se-á a configuração de continência. Tem-se o indivíduo substancialmente inserido na demanda coletiva, configurando portanto as mesmas partes; o pedido se mostra diverso sendo ainda, aquele da demanda coletiva, mais amplo do que o pedido da demanda individual; por fim, a causa de pedir sendo a mesma, ainda que decorrente de interpretação mais extensiva.

Num caso ou noutro, pelas razões já apontadas no trato da litispendência e da continência, deverão tais demandas serem reunidas, ressalvada a hipótese de prejudicar o andamento do feito, situação em que poderá ser suspensa a demanda individual, inclusive de ofício.

6 CONCLUSÃO

Versa o presente trabalho sobre tema dos mais relevantes no estudo do Direito Processual, a litispendência entre demandas coletivas e entre estas e as individuais.

O processo coletivo possui características distintas daquelas verificadas no processo individual. Por envolver questões de massa, exige maior flexibilização de suas regras.

A ausência de uma codificação sistematizada de regras destinadas a esta espécie de demanda, não permite concluir pela automática adoção das regras endereçadas ao processo individual.

O fim, os escopos, e os princípios que cercam as demandas coletivas permitem, e até impõe uma interpretação diferenciada de seus institutos.

Visando uma melhor e mais efetiva proteção de tais direitos, entendeu por bem o legislador, atribuir a específicos órgãos de representação a legitimidade para pleitear a proteção a tais direitos.

A legitimidade nesse caso se configura como extraordinária, não havendo razão para pensar em outra caracterização.

Inadequado, portanto, pensar em legitimidade ordinária ou legitimidade autônoma. No primeiro caso, pelo simples fato de não estar o titular do direito substancial litigado autorizado a demandar, o que ocorre inclusive na ação popular; no

segundo caso, por não vislumbrarmos qualquer razão que autorize, dentro de nosso sistema processual, pensar em tal figura.

Pelo contrário, é consolidado em nosso sistema processual que de duas uma: ou o sujeito titular do direito material atua em juízo defendendo o que lhe é próprio, ou atua em defesa de interesse alheio, não havendo terceira hipótese.

Quanto ao processo de identificação da demanda coletiva envolverá, inexoravelmente, a análise daqueles mesmos elementos previstos para a identificação das demandas individuais, quais sejam, as partes, o pedido e a causa de pedir. Contudo, a leitura de um e outro será diversa.

Com relação às partes, devem ser consideradas em seu aspecto puramente substancial, por serem estes os atingidos pelos efeitos da demanda. O pedido, aqui será considerado restritivamente em relação ao bem da vida, podendo o juiz adequá-lo quanto à natureza da decisão.

A causa de pedir, aqui considerada elemento não integrante do objeto do processo, mas destinada a sua identificação, deve ser lida de modo amplo, extensivo, favorecendo a igual amplitude do bem jurídico envolvido.

Nas demandas coletivas a causa de pedir, considerada em relação ao fato, possui tonalidades mais ou menos densas dependendo do direito a ser protegido. Assim, se difuso o interesse a ser protegido, mais superficial, mais ampla será a leitura da causa petendi, ao passo que tratando-se de direito individual homogêneo, mais específica será a narrativa, mais detalhada deverá ser a narrativa dos fatos.

Diferentemente ocorre com as demandas onde se pede a proteção de direitos puramente individuais. Neste caso, há a exigência de que a causa de pedir venha cercada de todos os elementos que caracterizam a constitutividade do direito desse específico sujeito.

Quanto à concomitância entre as demandas coletivas tem-se a seguinte conclusão:

a) entre demandas coletivas, havendo identidade de sujeitos titulares da relação substancial, de pedido e de causa de pedir, de litispendência se trata;

b) ainda que haja divergência entre partes processuais e causa de pedir, devido à possibilidade de sua leitura extensiva, igualmente estará configurada a litispendência se presente estiver a identidade de pretensões.

A consequência é a reunião das demandas e não a extinção como determina o CPC em seu artigo 267, V. O que se justifica devido a possibilidade de se ter causas de pedir diversas numa demanda ou noutra.

Com relação às demandas coletivas e as individuais a problemática talvez seja um pouco maior.

a) É preciso considerar, que o artigo 104 do CDC está disciplinando exclusivamente a hipótese em que aparece frente a frente demanda individual e demanda coletiva protegendo interesses individuais homogêneos.

b) Exclui-se da interpretação desse dispositivo as demandas envolvendo interesses difusos e coletivos em sentido estrito. Tudo porque o pedido, assim, como a

causa de pedir de tais demandas nada tem com o pedido e a causa de pedir de demandas individuais.

c) Haverá continência quando aquela coletiva, por ter objeto mais amplo, for distribuída em segundo momento.

d) Haverá litispendência quando a demanda individual for distribuída em segundo plano.

e) A consequência num caso e noutro é a necessária reunião das demandas, salvo se prejudicar o andamento do feito, hipótese em que deverá a demanda individual ser suspensa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALPA, Guido. Interesse diffusi. Revista de Processo, São Paulo, v. 81, 1996.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.1-2.

_____. Ação civil pública. Revista de Processo, São Paulo, v. 87, 1997.

ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Conexão e tríplice identidade. Revista de Processo. São Paulo, v.29

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. Revista de Processo, v. 65.

_____. A legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Cúmulo de ações. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Substituição processual. In: Didier Junior, Fredie. Leituras complementares de processo civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARBI, Celso Agrícola. A proteção do cidadão contra atos ilegais da administração pública no Brasil. Revista de Processo, São Paulo, v.28, 1982.

_____. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). Mandados de segurança e injunção. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, 1985.

_____. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 81.

_____. Ação popular do direito brasileiro como Instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. Revista de Processo, São Paulo, v.28.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, São Paulo, v. 61, 1991.

. _____. O Novo processo civil brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, 1985

BASTOS, Celso Ribeiro; **BRITO**, Carlos Ayres de. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAZILONI, Nilton Luiz Freitas. A coisa julgada nas demandas coletivas. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 3. ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

_____. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

BIDART, Gelsi. Princípio del realismo procesal. Revista de Processo, São Paulo, v. 41, 1986.

BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva. 1994.

CALDEIRA, Adriano. Aspectos processuais das demandas coletivas. São Paulo: Redeel, 2006.

CALMON DE PASSOS, J. J. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e hábeas data. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. Tutela jurisdicional das liberdades. Revista de Processo. v. 90.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1993.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 5, 1977.

CARACIOLA, Andréa Boari. O Princípio da congruência no Código de Processo Civil. Tese (Título de Doutora em Direito Processual Civil) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. São Paulo: Lejus, 2000.

_____. Sistema de direito processual civil. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000. v.1-2

CARVALHO, Milton Paulo de. Do pedido no processo civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora Y. Estúdios de teoria general e história del proceso. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. Tomo I

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHEN, S. El método funcional en el derecho. Traduzido por Genaro R. Carrió. Bueno Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 2. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v.1

_____. Instituições de direito processual civil. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Mengale. São Paulo: Saraiva, 1965. v.2

COUTURE, Eduardo. Interpretação das leis processuais. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Curso de direito processual civil. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

DIGIÁCOMO, Murillo José. Instrumentos jurídicos para garantia do direito à educação. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Coord.). Direito à educação: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 6. ed, São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1

_____. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1

_____. Instituições de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2

_____. Litisconsórcio. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Pedro. La tutela de los derechos difusos, colectivos e inividuales homogêneos – hacia um Código modelo para iberoamerica- apud – JR. Fredie Didier. JR. Hermes Zaneti. Curso de direito processual civil. Processo Coletivo, Salvador: Juspodivm, 2007. v. 4

ESTELITA, Guilherme. Direito de ação e direito de demandar. Rio de Janeiro: Jacinto, 1942

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Mandado de segurança. São Paulo: Malheiros, 1996

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da ação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005

GERAIGE NETO, Zaiden. O Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

GOLDSCHIMIDT, James. Direito processual civil. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003. Tomo I

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.v.1

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. Revista de Processo, São Paulo, v.58, 1990.

_____. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. Revista de Processo, v. 87.

HESPANHA, Benedito. Tratado de teoria do processo. Rio de Janeiro, Forense, 1986. vol. 2

HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo. São Paulo: Quartier Latin. 2006.

JHERING, Rudolf Von. A finalidade do direito. Traduzido por Heder K. Hollmann. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo I

JELLINEK, G. Urruti. Tradução para o espanhol de Fernando De Los Rios. México: Continental, s.d. p. 413.

LASSALE, Ferdinand. A essência da constituição. 3. ed, Rio de Janeiro: Líder Júris, 1995.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Teoria geral da ação civil pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A causa petendi nas ações coletivas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Causa de pedir e pedido. O direito superveniente. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1

_____. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

_____. Ações concorrentes. In: Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aire. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A concomitância de ações coletivas entre si, em face das ações individuais. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 782, 2000.

_____. Ação popular. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela antecipada. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Tutela Inibitória: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2001. v. 1

_____. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1958

MAZZEI, Rodrigo Nolasco, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa de interesses difusos em juízo. 18. ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Introdução ao Ministério Público. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, José Luiz de Anhaia. Da separação de poderes à guarda da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELO FRANCO, Afonso Arinos. Curso de direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 1

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Controle concentrado de constitucionalidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; **MARTINS**, Ives Gandra da Silva (Coord.). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994

MESQUITA, José Inácio Botelho. A causa de pedir nas ações reivindicatórias. Revista de Processo, São Paulo, v.6, 1967.

MORAES, Alexandre. Comentários à Lei no. 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei no. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, José Luiz Bolzan de. Do direito social aos interesses transindividuais – o Estado e o direito na ordem econômica. Apud- Gregório Assagra de Almeida. Direito Processual Coletivo. S.l., s.d.

_____. Direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORELLO, Augusto Mario. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MURITIBA, Sérgio. Ação executiva lato sensu- e ação mandamental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Leud, 2004.

NEGRÃO, Theotonio; **GOUVÊA**, José Roberto F. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 37. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. princípios do processo civil na Constituição Federal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____.; **NERY**, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Castro. Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

OLIVERIA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. 2. ed. Saraiva. São Paulo: 2003.

PARÁ FILHO, Tomás. Estudos sobre a sentença constitutiva. São Paulo: Edições Lael, 1973.

RADBRUCH, Gustav. A filosofia do direito. 5. ed. Tradução L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974..

RAWLS, John. Justiça e democracia. Tradução de Irene A Paternot.

RESENDE FILHO, Gabriel. Direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1954. v.1

ROCHA, Luciano Velasques. Por uma conceituação de ação coletiva. Revista de Processo, São Paulo, v.107, 2002.

ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Tradução de Ângela Romera Vera. tomo I.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. Revista de Processo, São Paulo, v.13

SANSEVERINO, Milton; **KOMATSU**, Roque. A citação no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977 – apud- **CORREIA**, André de Luízi. A citação no direito processual civil brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. Manual de direito processual civil. 11. ed, São Paulo: Saraiva, 2006. v.1

SANTOS, Moacyr Amaral dos. Primeiras linhas de direito processual civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1

SARTORI, Giovanni. Teoria democrática. S.l., Fundo de Cultura, s.d.

SATA, Salvatore. Direito processual civil. 7. ed. Traduzido por Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SCHÄFER, Gilberto. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

SHIMURA, Sérgio. O papel das associações nas ações civis públicas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SIDOU, J. M. As garantias ativas dos direitos coletivos: habeas corpus, ação popular, mandado de segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Edward Carlyle. Conexão de causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Ação popular constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). Mandados de segurança e injunção. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, Nelson Finotti. Verdade real versus verdade formal no processo civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, v. 20, 2002.

SILVA, Ovídio Batista da. Democracia moderna e processo civil. in: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. GOMES, Fabio Luiz. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Sandra Lengruber da. Elementos das ações coletivas. São Paulo: Método, 2004.

TAVARES, André Ramos. Controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v.1, 2003.

_____. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei. In: _____.; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei no. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Ações Individuais e coletivas sobre relação de consumo – Reunião de processos por conexão. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, v. 37.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva. 1994.

_____. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. Tese (Cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VESCOVI, Enrique. La participación de la sociedad civil em el proceso, la defensa del interes coletivo y difuso, lãs nuevas fromas de legitimación. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A causa de pedir nas ações de execução. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Causa de pedir e os interesses individuais homogêneos. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Interesses homogêneos e seus aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Tutela jurisdicional coletiva. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VIGORITI, Vincenzo. Interesse Collettivi e Processo. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

WALD, Arnold. Do mandado de segurança na prática judiciária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apontamentos sobre ações coletivas. Revista de Processo, São Paulo, v. 75, 1994.

_____. Litispendência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Nulidades da sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WATANABE, kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis Forense. Revista de Processo, São Paulo, v. 67, 1992.

_____. Relação entre demanda coletiva e demanda individual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

YARSHELL, Flavio Luiz. Tutela jurisdicional meramente declaratória. Revista de Processo, v. 76.

Sites consultados

www.Professormarinoni.com.br

www.stj.gov.br

www.stf.go.br