

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

GIAN CARLO BOGDAN JEVOUSKI

**O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO:
A PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E A
GARANTIA DE ACESSO À JURISDIÇÃO**

CURITIBA
2018

GIAN CARLO BOGDAN JEVOUSKI

**O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO:
A PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E A
GARANTIA DE ACESSO À JURISDIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito – Habilitação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito do Estado.

Professor Orientador Doutor Clayton de
Albuquerque Maranhão

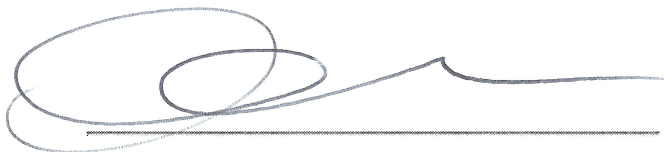
CURITIBA
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

GIAN CARLO BOGDAN JEVOUSKI

O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO: A PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E A GARANTIA DE ACESSO À JURISDIÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

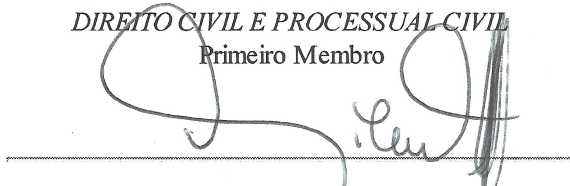


CLAYTON MARANHÃO
Orientador

Coorientador



RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS -
DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL
Primeiro Membro



VICENTE DE PAULA ATAÍDE JR
Segundo Membro

RESUMO

Por anos, pautado na lógica iluminista e individualista, o processo civil voltou-se essencialmente a definir procedimentos a fim de garantir demandas individuais. Com o panorama de massificação das sociedades, além de direitos que vão além da titularidade individual, o maquinário processual tradicional não se mostrou apto a oferecer as melhores soluções para a proteção dos direitos transindividuais. Assim, é necessária uma análise sobre a mudança de paradigmas e noções acerca da passagem do individualismo exacerbado, para conviver em harmonia com as demandas coletivas, além de compreender o funcionamento do sistema processual coletivo brasileiro e o modo de atuação de seus atores.

Palavras-chave: Direitos transindividuais; Acesso à jurisdição; direitos subjetivos; tutela coletiva; Ministério Público.

ABSTRACT

For years, based on the illuminist and individualist logic, the civil lawsuit has essentially turned to the definition of procedures in order to guarantee individual demands. Given the context of societies massification, and rights that go beyond individual titularity, the traditional procedural machinery hasn't shown itself able to offer the best solutions for the protection of transindividual rights. Therefore, an analysis on changes in paradigm and notions is necessary, regarding the transition of an exacerbated individualism, to coexist in harmony with the collective demands, and also to understand the brazilian collective procedural system and the mode of operation of its actors.

Keywords: Transindividual rights; Access to jurisdiction; subjective rights; collective tutelage; Public Ministry.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	1
2.	PARADIGMA: DO PROCESSO INDIVIDUAL AO COLETIVO	3
2.1	Garantia de acesso à jurisdição	6
2.2	Direito de ação e ao procedimento adequado	8
3.	DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	10
3.1	Direitos Difusos	12
3.2	Direitos Coletivos <i>Stricto sensu</i>	13
3.3	Direitos Individuais Homogêneos	13
4.	O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO	15
4.1	Lei de Ação Popular - Lei 4.717/65	16
4.2	Aplicação integrada da Lei 7.347/85 e da Lei 8.078/90	16
4.3	Outros sistemas de proteção coletiva	18
5.	A LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS	20
5.1	A atuação do Ministério Público no sistema processual coletivo	22
6.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
7.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	27

1. INTRODUÇÃO

Para além da efetiva e constante proteção de direitos subjetivos, que contam com especializado aparato jurisdicional estatal para a sua tutela e proteção, assim como os conhecidos deveres de prestar determinadas garantias, no âmbito do ser público, de um Estado, há aqueles direitos, ou interesses, que dizem respeito a um ser coletivo, sem titular específico, merecendo uma melhor análise conceitual, por não encontrarem perfeita adequação face o tradicionalismo processual vigente dos ordenamentos em geral.

Nesse sentido, nota-se que inúmeros são os interesses possíveis de serem protegidos e tutelados, relacionados às transformações sociais nesse panorama de massificação da vida, operadas, em grande parte, após a Revolução Industrial. Com o advento do Estado Social de Direito, e posteriormente à ele, considerando seu âmbito de proteção e desenvolvimento, inúmeras situações passaram a ser dignas de proteção jurídica.

Nesse sentido, percebe-se que a gênese dos direitos humanos ou fundamentais estão intrinsecamente atrelados ao contexto histórico que amoldam as relações sociais (BOBBIO, 2004, p. 41), na modernidade, novas relações atinentes a amplos grupos passaram a ser objeto de tutela pelos ordenamentos jurídicos.

No panorama jurídico brasileiro, Ingo Sarlet (2015, p. 87) aponta que, a chamada terceira dimensão dos direitos fundamentais alterou o foco da tutela dos direitos fundamentais, à medida que, se na primeira dimensão a ideia era de proteger as liberdades do cidadão face o Estado, e na segunda dimensão o dever de prestação de determinadas garantias, na terceira dimensão o foco passou a ser o reconhecimento e atribuição de titularidade de direitos à grupos ou setores que não os viam reconhecidos, no que tange à coletividade.

Portanto, considerando a profusão e previsões normativas a fim de outorgar os direitos coletivos *lato sensu*¹, foram estabelecidas garantias processuais para que se instrumentalize e opere a tutela destes direitos. No ordenamento brasileiro, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional prevêm a possibilidade de tutela dos direitos coletivos *lato sensu* através de meios processuais específicos para tanto.

¹ Direitos coletivos *lato sensu* serão tratados, em um primeiro momento, como gênero, uma categoria ampla. Adiante, analisaremos as três espécies entre direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Entretanto, a tutela dos referidos direitos, como a priori não são possíveis serem protegidos individualmente, mais especificamente no que diz respeito aos direitos difusos, mas tão somente quando tutelados em nome de uma coletividade, faz com que se ocorram novas complicações em face do sistema processual, para a real satisfação e fruição destes direitos após seu reconhecimento jurisdicional. Isto porque o sistema processual, tanto no âmbito da fase de conhecimento, quanto no da execução, são calcados no modelo processual clássico, isto é, pensado individualmente para proteger interesses de um único sujeito de direitos.

Assim, mostra-se necessário os estudos acerca dos ditos novos direitos, que não possuem um titular específico, bem como pormenorizar os legitimados descritos no ordenamento a fim de acionar a jurisdição para a proteção dos mesmos. Ainda, precisa é a preocupação com a análise do microssistema processual coletivo brasileiro, sobre como se dá o seu funcionamento, além de verificar-se o protagonismo do Ministério Público nessas demandas.

2. PARADIGMA: DO PROCESSO INDIVIDUAL AO COLETIVO

Os valores do liberalismo e do positivismo jurídico orientaram o caminho jurídico no campo jurisdicional no que tange ao sistema processual dos primeiros modelos de Estado, fundando um sistema complexo de proteção aos direitos individuais², principalmente sob à égide dos valores de igualdade formal e de liberdade individual, em um dever de abstenção do Poder Público. (MARINONI, 2017, p. 40).

Nesse sistema, a lei era a orientadora do sistema, sendo a atuação do judiciário vinculada ao requerimento do particular que teve seu direito violado, devendo aguardar, portanto, o acontecimento do fato, formando a sua decisão voltada apenas à reparação do dano, e não à prevenção (MARINONI, 2017, p. 40). Nesse sentido, Pontes de Miranda (1970, p. 231) ressalta que cabe ao Estado resguardar a proteção dos que necessitam da justiça, aguardando-os, ao passo que os três poderes devem orientar-se à esse propósito, dentro de seus limites.

Entretanto, conforme assevera Lenio Streck (2005, p.17), há uma crise do Direito nesse sentido, assim como do Estado e da dogmática jurídica, eis que o paradigma liberal-individualista-normativista resta esgotado, de certa forma. O crescimento dos direitos transindividuais e o aumento na complexidade social reclamam novas posturas. Nesse sentido, torna-se fundamental discutir as práticas discursivas dos juristas e do sistema processual, a partir do questionamento das suas condições de produção, circulação e consumo.

A distância existente entre o Direito e a sociedade, que é instituída e instituinte dessa crise de paradigma, retrata a dificuldade histórica da dogmática jurídica em lidar com a realidade social e o advento de novidades. Em verdade, tais problemas são deslocados no e pelo discurso, estabelecendo-se uma espécie de transparência discursiva. Assim, o discurso dogmático dominante é transparente porque as sequências discursivas remetem diretamente à realidade, ocultando as condições de produção do sentido do discurso. (STRECK, 2005, p.17).

A partir desta constatação, nota-se que a efetiva e satisfativa tutela dos direitos coletivos requer um tratamento diferenciado em virtude de suas

² Note-se que os direitos e deveres, face o aspecto da subjetividade, incidem ou estão disponíveis na esfera de atuação de apenas um indivíduo, ou melhor, duas pessoas não fazem alusão à um mesmo direito, de forma simultânea. Tal panorama reflete-se na ideia de que os direitos subjetivos são os limites à atuação de terceiros, ao passo que, mesmo que o titular estabeleça alguma restrição, o fez face sua autonomia. (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 37-38).

particularidades. Não é ponderável e adequado que a instrumentalização do processo civil seja aplicada da mesma forma para questões que envolvam direitos coletivos e para questões que envolvam direitos individuais e subjetivos³. As profundas diferenças que permeiam a própria natureza dos direitos coletivos em detrimento dos direitos individuais necessitam de uma atenção e tratamento especial.

As clássicas instituições do processo civil foram pensadas, como visto, para a solução de conflitos envolvendo direitos individuais, estruturando-se sobre a perspectiva do direito material, erigido sobre a óptica de direitos individuais do contexto iluminista. Portanto, embora tenham ocorrido avanços no que diz respeito à tutela do âmbito material dos novos direitos, a doutrina e o direito processual pouco se atualizaram face os desafios contemporâneos.

Desse quadro, ressalte-se que o Estado Constitucional realça a relevância de proteção aos direitos transindividuais, que estão relacionados aos direitos fundamentais prestacionais, como os de âmbito social, para permitir a adequada proteção dos mesmos, à medida que a coletividade pode reivindicá-los, em um cenário de participação, frente aos particulares e ao Poder Público. (MARINONI, 2017, p. 129-130).

Elton Venturi (2007, p. 32-33) pontua que os tradicionais esquemas técnicos estão defasados face a necessidade processual e constitucional que os direitos transindividuais exigem, ressaltando que faz-se necessária uma revolução paradigmática a fim de estabelecer um modelo processual flexível para a promoção da melhor tutela desses interesses.

Algumas tentativas e esforços no sentido de modernizar o processo civil brasileiro para as questões envolvendo problemas transindividuais foram realizadas. Anteprojetos de um Código de Processo Civil Coletivo chegaram a ser discutidos, os quais, em sua maioria, tinham por base o inovador Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que foi aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual em 2004 (GRINOVER, 2005, p. 14). Entretanto, a análise do contexto político atual tende a concluir que tais projetos não serão levados adiante, ainda mais com o recente advento e vigência do Novo Código de

³ Acerca do conceito de direito subjetivo, Pontes de Miranda (1970, p. 29) acentua para uma precisão técnica, o descrevendo a partir da vantagem que advém à alguém, pautado em um suporte fático com respaldo legal, ou seja, à medida que uma regra jurídica objetiva incide em algum fato concreto, este se torna jurídico, e quem, a partir desse fato, obtém vantagem, tem um direito.

Processo Civil no ordenamento brasileiro, em 2015.

Ada Pellegrini (2005, p. 13-16) saudou os 20 anos do advento da Lei de Ação Civil Pública, pontuando que problemas técnicos ensejaram a insegurança do legislador em realmente efetivar o novo modelo processual, apartado da lógica individualista. Se assim fosse, diversos institutos do processo civil, como legitimidade ativa e passiva, litispendência, interesse em agir, a coisa julgada, ônus da prova, dentre outros, deveriam adequar-se à necessidade de respostas que a sociedade demanda do Poder Judiciário, a fim de cumprir com o imperativo da prestação jurisdicional efetiva, consagrado pelo art. 6º do Código de Processo Civil de 2015.⁴

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o legislador brasileiro perdeu a oportunidade de avançar na seara processual para outorgar maior ênfase à tutela coletiva, seja referente à direito individual ou coletivo. Em que pese algumas importantes alterações que vieram para simplificar o provimento da tutela jurisdicional, o novo código foi conservador no que tange às necessidades de proteção dos interesses transindividuais.

A grande evidência da falta de perspectiva política está presente no veto ao artigo 333⁵ do novo código, que tratava da conversão da ação individual em ação

⁴ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

⁵ “Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. §1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). §2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. §3º Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. §4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. §5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. §6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. §7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. §8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. §9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. §10. O

coletiva, face determinados pressupostos. A responsabilidade pelo veto recai sobre o Executivo, a partir de vontade política, através da Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015.⁶

Como contraponto, deve-se atentar que o novo código, de 2015, até optou por investir em outros mecanismos de coletivização, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pelo art. 976, e a obrigatoriedade em vincular as decisões judiciais aos precedentes das cortes de vértice, pelos arts. 926 e 927. Esta inovação do legislador pode representar a derrocada dos já pouco aplicados institutos de tutela coletiva. De todo modo, o Novo Código não apresentou soluções inovadoras que poderiam ser possíveis a fim de solucionar problemas como a enorme taxa de contingenciamento de ações no âmbito do Poder Judiciário.

Depreende-se, assim, que, embora o cunho individualista ainda permeie a lógica processual como um todo, restando às leis esparsas a necessidade de formular um sistema próprio para a tutela de direitos transindividuais, resta analisar a aplicação desse sistema e sua adequação constitucional, face direitos fundamentais essenciais como o de acesso à jurisdição, a fim de reclamar tais direitos, e o de direito de agir, a fim de identificar quem pode entrar em juízo para tanto.

2.1 Garantia de acesso à jurisdição

Em relação aos princípios que consagram o direito de acesso aos tribunais, Canotilho (2003, p. 492) assevera que, em regra, eles fazem parte e são necessários à estrutura do Estado de direito, sendo, portanto, uma proteção jurídica presente em inúmeros diplomas legais e cartas internacionais.⁷

Nesse sentido, nota-se o direito ao denominado “processo equitativo”⁸, inspirado no chamado “*due process of law*”, ou processo devido/justo. Tal modelo

Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

⁶ Conforme a justificativa, “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB”

⁷ O art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o princípio, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁸ De certa forma, um processo que traduz-se em equilíbrio e justiça, em todos os seus pressupostos, visando a melhor solução da lide, harmonizando a justiça processual e seu procedimento.

está presente no sistema de *common law*⁹, encontrando origens, de certa forma, na Magna Carta Inglesa de 1215, pelo art. 39, que descrevia o fato de que, para que seja cerceada a liberdade do cidadão, bem como a constrição de bens, deveria-se proceder contra o indivíduo através de um procedimento definido pela lei do país. (CANOTILHO, 2003, p. 492).

Sendo assim, de grande relevância é a busca da formulação e análise do processo justo, em que deve ser um processo devido por si só, observando as garantias fundamentais de Constituição do Estado em questão, que virá a moldar a atividade do legislador. (CANOTILHO, 2003, p.493).

Portanto, através da doutrina estadunidense, para se qualificar um processo como justo, devem ser considerados dois caminhos de análise, quais sejam o da teoria processual, que define que a exigência acerca das privações relativas à vida, liberdade e propriedade sejam feitas em observação aos procedimentos definidos em lei, e o da teoria material ou substancial, aliada à materialidade do processo justo, como princípio norteador, desde os critérios de formulação de tal e respeito às diretrizes constitucionais, ao passo que a atividade legiferante pode acarretar em injustiças. (CANOTILHO, 2003, p.494-496).

Assim, o direito à tutela jurisdicional traduz-se em uma conformação justa e adequada da tutela, no sentido de proteger o particular, seja em relação ao poder público, como em relação ao particular que violar seus direitos garantidos. Portanto, invoca-se a figura do Estado, que com seu maquinário judicial, é o protagonista e responsável por dirimir conflitos, com o dever de justiça, coação, e de manter a paz social, proibindo a autodefesa. (CANOTILHO, 2003, p.497).

Acerca do acesso aos tribunais e a proteção adequada, as normas jurídicas presentes no ordenamento também devem dar segurança ao particular já na sua leitura e descrição, assegurado o acesso à via judiciária e a eficácia de sua proteção, traduzindo-se na necessidade de uma determinação legal precisa, ao passo que sua inexistência, ou descrição confusa, remetem à violação do princípio. (CANOTILHO, 2003, p.497)

No Brasil, a constituição que restabeleceu o panorama democrático da ordem jurídica, em 1946, instalou a garantia de acesso ao judiciário, em que fica vedado à

⁹ Através da leitura das emendas constitucionais dos EUA, sintetiza-se a noção no processo devido em direito, ou seja, observar os mecanismos legais previstos anteriormente, em respeito à vida, liberdade e propriedade (CANOTILHO, 2003, p. 493).

lei delimitar hipóteses para a exclusão de análise judiciária relacionada à lesão ou ameaça a direito. (BRANCO, MENDES, 2018, p. 414)

Para tanto, diversos remédios constitucionais foram consagrados na Carta Constitucional de 1988, desenhados por leis esparsas que foram orientadas por seus ditames. Nesse sentido, nota-se que, embora muitos modelos estejam delineados pelo plano abstrato, buscando tutelas objetivas, eles podem possuir repercussões no âmbito subjetivo e daqueles que se acham enquadrados nas situações analisadas no caso, como nas Ações Coletivas. (BRANCO, MENDES, 2018, p. 414).

Fredie Didier Jr. (2017, p. 214-215) afirma que o enunciado disposto pelo art. 5º, XXXV, da CRFB/88 decorre da ideia de inafastabilidade da jurisdição, traduzindo-se na impossibilidade de excluir a chance de alegação acerca de lesão ou ameaça à direito, enquanto a decisão final não está vinculada à determinado resultado, seja de procedência, ou improcedência.

Assim, considerando tal direito fundamental de acesso à jurisdição, percebe-se que o autor da demanda, frente à um interesse transindividual, não acionará a máquina judiciária com a finalidade de ver seu direito individual atendido, e sim à uma tutela da comunidade ou grandes grupos, a quem o direito discutido diz respeito. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 813)

2.2 Direitos de ação e ao procedimento adequado

Como analisado, o direito de acessar a jurisdição estatal traduz-se em uma garantia fundamental, presente na estrutura do Estado. Para tanto, há de se verificar quem pode acessá-la, e como fazê-lo, à medida que nota-se referência à Ação, propriamente dita, e ao Direito de Ação, ambos relacionados.

Fredie Didier Jr. (2017, p. 333) assevera que a Ação diz respeito ao procedimento em si, ou seja, a demanda posta em juízo, como um ato jurídico, ao passo que o direito de Ação é o conjunto de situações jurídicas que garantem ao seu titular movimentar a máquina judiciária, a fim de salvaguardar e garantir uma tutela adequada de seu direito.

Nesse sentido, nota-se que o direito de Ação leva à várias situações jurídicas, seja anteriormente à um momento processual, como o de poder provocar a atividade jurisdicional, bem como delimitar o procedimento, assim como após o início do

processo, como o da tutela adequada, bem como o devido procedimento e técnicas processuais, atrelados ao devido processo legal. (DIDIER Jr., 2017, p. 336-337).

Entretanto, à medida que fatores externos ao direito influenciam o Direito de Ação, como a capacidade econômica do titular de determinado direito, há de se considerar a necessidade de aprimorar e permitir o acesso à todos os cidadãos presentes na ordem jurídica, a fim de garantir a igualdade substancial e viabilizar o melhor funcionamento da máquina jurisdicional, possibilitando o pleno exercício de acesso à jurisdição. Frente à essas questões, bem como o fato de novos direitos necessitem de novas formas de procedimentos para suas efetivas tutelas, a inovação processual foi mais do que necessária. (MARINONI, 2016, p. 39).

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais, de uma maneira geral, perpassam a esfera individual, e cada vez mais passaram a exigir a participação coletiva para suas efetividades, seja na seara administrativa, frente à Administração Pública, a fim de definir os rumos sociais, bem como na possibilidade de acessar o Judiciário a fim de garantir a tutela dos direitos transindividuais referentes à coisa pública. (MARINONI, 2016, p. 47-48)

Fabiano Afonso (2010, p. 31) nesse sentido, ressalta que o que se faz necessário é uma mudança de mentalidade no direito contemporâneo, de modo a formular mecanismos suficientes para dar conta de tutelar os direitos coletivos em sentido amplo, ao passo que a mera divisão clássica entre o direito privado e público não é suficiente.

Dessa maneira, ao passo que os direitos em questão vão além da esfera individual, a solução brasileira foi a de definir legitimados que teriam a representação adequada para agir em juízo, em nome da coletividade. Para tanto, faz-se necessário compreender quais e o que são os direitos transindividuais.

3. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Como visto, os direitos de terceira dimensão não encontram plena adequação nos outros planos conceituais, ao passo que estão caracterizados por sua transindividualidade, ou seja, sem titulares determinados, tidos em uma perspectiva de solidariedade. Assim, exigem uma perspectiva diferenciada para sua melhor compreensão, além de delinear um método processual adequado às suas promoções. (MARINONI, 2016, p. 423).

Tal necessidade decorre do fato de existirem conflitos inerentes e próprios das sociedades de massa, em que variadas atividades acarretam prejuízos à um número indeterminado de pessoas, de forma simultânea, sejam de direitos já tutelados ou prejuízos em demasia. (CAPPELLETTI, 1975, p. 365)

Wambier (2006, p. 293), ao tratar sobre os direitos coletivos *lato sensu*, como gênero, ressalta a importância da compreensão dessa faixa jurídica, que não encontra-se nem na esfera privada, tampouco no direito público. Trata-se, portanto, de uma nova realidade de direitos, à sua época, que exigem métodos e procedimentos próprios para a efetividade de suas tutelas, ensejando a indagação doutrinária sobre como protegê-los.

Cappelletti (1975, p. 367) ressalta que tais direitos encontram-se em uma categoria intermediária, entre o privado e o público, orientando-se à uma noção de direitos de grupo, vinculados à categorias de pessoas, unidas por um interesse, para além da esfera individual.

Uma das discussões frequentes remonta à adequação do vocábulo “direitos”, à proporção que é deixado de lado, muitas vezes, em detrimento de “interesses”. Wambier (2006, p. 295) ressalta que, ao passo que se defende que o uso de ambos os vocábulos indistintamente não faz diferença, seria porque ambos remetem à igual proteção no ordenamento, como sinônimos, com *status* semelhantes, ao passo que, compreender os vocábulos de forma diferenciada, denota que os assim denominados “interesses” merecem proteção, mas não foram plenamente incorporados pelo sistema clássico de proteção, dizendo respeito à realidades distintas.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 52-53) demonstra que o termo “interesse”, agora tratado, leva à três acepções no que tange ao interesse coletivo. A primeira definição seria de “interesse pessoal do grupo”, que seria, de certa forma,

restritivo, pois pressupõe a vontade de um grupo em si; a segunda definição trazida pelo autor seria a de “interesse coletivo como soma de interesses individuais”, mas que carrega o problema de se constituir apenas quando exercido, e não em sua essência. Por fim, há a definição de interesse coletivo como o de “síntese de interesses individuais”, que seria mais atinente ao estudo, ao passo que seria a junção de valores individuais harmonizados em um fim comum.

Tal panorama, considerando a própria incerteza de definição conceitual e encaixe técnico acerca de sua definição, retrata o contraste desses interesses coletivos com os tradicionais individuais, tanto no âmbito doutrinário e legislativo, e a adequação frente aos institutos processuais gerais, como o da coisa julgada, da legitimidade e da titularidade para acionar o Poder Judiciário, motivo pelo qual são vistos com certo preconceito, por não se encaixarem nos conceitos antigos. (WAMBIER, 2006, p. 296).

Fato é de que tais direitos aqui delineados já se firmaram, e agora deve-se buscar as respostas, com os mecanismos adequados, para a plena efetivação desses interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conforme assevera Teori Zavascki (2007, p.40-45), deve se tomar cuidado para não confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos, que levaria a ideia de que promover a tutela de uma coletividade em relação à direito individual seria o mesmo tratamento que se deve dar aos direitos transindividuais.

Em que pese os esforços da doutrina, estas distinções conceituais não são adequadamente manejadas pelos “operadores do direito”, principalmente pelos magistrados, e tem infelizmente servido para obstar a persecução de interesses coletivos.

Sendo assim, em uma das leituras a fim de esclarecer e estabelecer características acerca das tutelas coletivas, Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 51-52) pontua alguns atributos acerca das mesmas. O autor ressalta que aqui há uma controvérsia relacionada à interesses de grupos, para além da esfera individual, além de que, ao passo que podem existir mais de um grupo interessado na questão, suas intenções podem ser conflitantes.

Ainda, o autor ressalta que a defesa coletiva se faz por meio de legitimação extraordinária - o que será verificado mais tarde, no presente trabalho-, além de que o resultado da decisão é especial, pois não há um titular específico a fim de ser reparado. Para tanto, a decisão deve ultrapassar apenas as partes processuais,

além de sempre levar em conta os princípios da economia processual.

3.1 Direitos Difusos

Uma das categorias, ou espécie, dos direitos coletivos *lato sensu*, aqui discutidos, são os chamados direitos ou interesses difusos, que dizem respeito aos direitos referentes à um grande número de pessoas, mas cujos titulares não são determinados, tampouco determináveis. (WAMBIER, 2006, p. 297).

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos difusos encontram sua definição legal no Código de Defesa do Consumidor, orientando o microsistema processual coletivo brasileiro, através do art. 81, I, da Lei 8.078/90¹⁰, tratando dos direitos transindividuais, em que os titulares são ligados por circunstâncias de fato.

Nesse sentido, Fabiano Afonso (2010, p. 36) descreve os direitos difusos como aqueles em que há a indeterminabilidade dos seus titulares e inexistência de relação jurídica entre eles, sendo que estão relacionados devido à uma relação fática. Aqui, portanto, há uma extensão e abrangência da lide e, para identificar o interesse como difuso, faz-se necessário analisar o objeto discutido e sua possibilidade de individualização material, pois, se for divisível, não caracteriza-se como difuso.

Sérgio Arenhart (2003, p. 155-156), por sua vez, ressalta que os direitos coletivos *stricto sensu* e os difusos são os coletivos por excelência, ou seja, propriamente pertencentes à categoria de direitos coletivos, enquanto caracterizados por sua titularidade transindividual, de forma típica. Ainda, o autor esclarece que os direitos coletivos - difusos e coletivos *stricto sensu*-, extrapolam o núcleo individual do sujeito, diferenciando-se de uma simples somatória de direitos individuais.

Assim, os direitos coletivos *stricto sensu* e os difusos distinguem-se dos individuais homogêneos porque estes são de titularidade individual/subjetiva, ao passo que aqueles não pertencem a um único indivíduo, mas sim a uma coletividade.

Portanto, percebe-se que tais direitos estão fluidos pela sociedade, ligando uma cadeia abstrata de titulares que não possuem vinculação ou relação jurídica,

¹⁰ “Art. 81, I. Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;”

mas relacionados por condições fáticas pontuais face o espaço e tempo da litigiosidade em questão, de forma acidental e centrífuga. (WAMBIER, 2006, p. 299).

3.2 Direitos coletivos *stricto sensu*

Outra espécie dos direitos coletivos *lato sensu* são os coletivos propriamente ditos, ou seja, aqueles em que, diferente dos difusos, é possível identificar e delimitar os seus titulares, vinculados por uma relação fática, sendo consagrados no microsistema processual coletivo brasileiro por meio do art. 81, II, do Código de Defesa do Consumidor.¹¹

Nesse sentido, acerca dos direitos coletivos em sentido estrito, Fabiano Afonso (2010, p. 37) pontua que seriam aqueles em que é possível a identificação de seus titulares, geralmente em grupos precisos, à medida que há uma ligação jurídica dos interessados na questão, sendo o objeto discutido indivisível.

Aqui não há a mesma fluidez dos direitos difusos, podendo identificar-se de forma precisa a quem a tutela irá atingir, bem como organizar o tratamento processual adequado. (WAMBIER, 2006, p. 308-309).

Portanto, em linhas gerais, os direitos coletivos *strictu sensu*, embora semelhantes, distinguem-se dos direitos difusos em virtude da possibilidade de delimitação da titularidade. Embora, os direitos difusos também sejam transindividuais, não podem ser delimitados como pertencentes a um certo grupo. O clássico exemplo de direito difuso é o direito ao meio ambiente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição, em que tal direito pertence a todos, indistintamente. Neste mesmo nicho de proteção difusa se podem enquadrar também os direitos ao patrimônio histórico e cultural, os direitos à boa Administração Pública, à moralidade administrativa e ao consumidor.

3.3 Direitos individuais homogêneos

O terceiro e último grupo dos direitos coletivos *lato sensu* são os individuais homogêneos, também previamente definidos pelo Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, III.¹²

¹¹ “Art. 81, II. Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;”

¹² “Art. 81, III. Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

No caso, os titulares dos interesses em questão são determinados, ou melhor, em sua essência, são individuais, advindos de uma origem comum, sendo o objeto divisível. Assim, apenas a defesa em juízo que é feita de forma coletiva, tendo em vista a oportunidade e economia processual que lhe ocorre, podendo ser compensatório aos litigantes. (AFONSO, 2010, p. 38).

Nesse sentido, percebe-se que os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos e, para que sejam postulados em juízo, as questões discutidas devem ser comuns no campo dos fatos e do direito, coincidentes no que diz respeito aos pedidos e causa de pedir, para possibilitar a posterior liquidação da sentença de forma individual. (AFONSO, 2010, p. 39).

Assim, face à natureza accidental, há quem defenda que pode-se afirmar que os direitos individuais homogêneos não são direitos coletivos propriamente ditos. Seriam direitos que pertencem à um único indivíduo apenas, mas que podem ser tutelados coletivamente, como direitos de massa, se enquadrados na definição legal trazida pelo art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor (ARENHART, 2003, p. 155).

Não obstante, conforme expõe Eduardo Talamini (2015, p. 337-358), há ressalvas para esta concepção que vê na tutela dos direitos individuais homogêneos uma dimensão puramente processual ou como mero acidente, pois conforme o caso, pode existir um direito coletivo ou difuso. A ideia é de que, nos direitos individuais homogêneos, colocam-se interesses condenados e justapostos voltados à um mesmo objetivo, que é o de obter uma mesma utilidade, embora divisível.

O autor ainda pontua que busca-se a condenação genérica daquele sujeito passivo que ocasionou a lesão, ao passo que a divisão só ocorre na liquidação, ensejando as legitimidades posteriores para que quem tenha sido beneficiado com a sentença, possa requerer o que lhe é seu de direito, a partir de uma legitimidade ordinária.

Portanto, os direitos individuais homogêneos podem enquadrar-se no gênero “direito coletivo”, pois, embora accidental, une diversos direitos voltados à um propósito.

4. O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

Acerca do sistema jurídico brasileiro, primeiramente, ressalte-se que há uma miscigenação dos sistemas de *common law* e de *civil law*. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. (2017, p. 65-67) ressalta as misturas sistemáticas em inúmeros aspectos, quais sejam o de termos uma norma jurídica superior de matriz principiológica e orientadora, face um sistema de leis esparsas de cunho europeu; controles de constitucionalidade difuso e concentrado; um direito privado de cunho individualista, oriundo da influência romana de tal modelo de proteção, face um microssistema para a proteção das tutelas coletivas, influenciado pelos sistemas de *common law*.

Nesse sentido, considerando a miscigenação dos sistemas jurídicos supramencionados, o direito brasileiro vai ganhando cada vez mais autonomia e estabelecendo uma lógica própria, orientada à melhor adequação de procedimentos e promoção de direitos. (DIDIER Jr., 2017, p. 68)

Assim, para além do Código de Processo Civil, com seu status norteador, quatro é o número das principais leis esparsas que orientam variados microssistemas processuais no Brasil, quais sejam o do objeto de nosso estudo, acerca das tutelas coletivas, além das que estabelecem condições para o funcionamento da arbitragem, a dos Juizados Especiais e as leis referentes ao Controle de Constitucionalidade. Embora o início da vigência da maioria dos microssistemas mencionados tenham ocorrido em consideração ao Código Processual de 1973, o acatando como norma supletiva e subsidiária, o novo momento processual, com o ápice em 2015 e o advento do novo código, denota ao legislador o reconhecimento preciso de tais sistemas, trazendo uma aplicação conjunta. (DIDIER Jr., 2017, p. 69-70).

Do exposto, em análise ao panorama normativo, percebe-se que dão respaldo jurídico à tutela dos direitos coletivos *lato sensu* a Lei de Ação Popular¹³ (Lei 4.717/65), que permite ao cidadão insurgir-se contra atos lesivos ao patrimônio público, a Lei de Ação Civil Pública (Lei 4.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor, que aplicam-se de forma integrada, à medida que o Código de Processo Civil oferece ferramentas de forma subsidiária.

¹³ Após grande período de inefetividade, tornou-se uma garantia constitucional, com respaldo no art. 5º, LXXIII, da CRFB/88.

4.1 Lei de Ação Popular - Lei 4.717/65

Permitir a qualquer pessoa do povo, em exercício de sua cidadania a possibilidade de defender interesses da coletividade. Essa é a ideia principal da chamada Ação Popular, que encontra institutos semelhantes desde o Direito Romano, sendo um dos primeiros procedimentos presentes no ordenamento brasileiro a fim de proteger interesses coletivos.

Para tanto, a Ação Popular, ainda assim não denominada em sua origem, surgiu com ares constitucionais na Carta de 1934, e de lá não saiu mais, à exceção do período do Estado Novo,¹⁴ sendo regulamentada apenas em 1965, com a Lei 4.717, recebendo a denominação atual. (DI PIETRO, 2017, p. 985).

A Ação Popular foi consagrada na Constituição Federal de 1988, como garantia fundamental,¹⁵ tendo em sua essência as características básicas de poder ser titularizada por qualquer cidadão, em defesa do ato lesivo contrário ao interesse público, tida como de natureza política. Embora com seu advento apenas servisse para proteger o patrimônio público contra atos lesivos do Estado e seus agentes, atualmente o rol é mais amplo, abarcando também questões atinentes ao meio ambiente, à moralidade administrativa e o patrimônio histórico e cultural. (DI PIETRO, 2017, p. 985-986).

O objetivo da Ação Popular, em suma, a fim de proteger o interesse da coletividade, é anular o ato lesivo, bem como buscar a reparação e indenização pelos responsáveis, em uma tutela constitutiva e reparatória.

4.2 Aplicação integrada da Lei 7.347/85 e da Lei 8.078/90

Embora regulado por leis esparsas, o sistema de processo coletivo, de certa forma, é completo e permite a proteção de qualquer direito, pois aplicam-se de forma integrada os mecanismos fixados pela Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Tal panorama veio a suprir uma lacuna existente, à medida que, embora já estivesse em vigência a Lei de Ação Popular, homenageando a democracia participativa, poucas vezes o cidadão por si

¹⁴ Não encontrou previsão na Constituição de 1937.

¹⁵ “Art. 5º, LXXIII. 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 judiciais e do ônus da sucumbência.”

teria interesses ou condições para propor demandas face à Administração Pública. (MARINONI, 2016, p. 427-428).

Mencionada pela primeira vez através da Lei Complementar nº 40/81, a Ação Civil Pública, que ainda não tinha sido definida, era apenas tida como uma forma de atuação institucional do Ministério Público, inclusive pela Lei Orgânica do Parquet do Estado de São Paulo, em 1982, tratando de uma atuação em proteção à danos ao Meio Ambiente.

Finalmente, em 1985, com o advento da Lei 7.347, a Ação Civil Pública e seu procedimento foi regulamentada, que sem prejuízo da ação popular, busca tutelar e responsabilizar danos morais e patrimoniais causados ao (I) meio ambiente, (II) ao consumidor, (III) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turísticos e paisagísticos, e também (IV) a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, dentre outros. (DI PIETRO, 2017, p. 995).

A questão é de que o rol de possibilidades de atuação era, de certa forma, taxativo, mas que começou a mudar quando a Ação Civil Pública ganhou status constitucional,¹⁶ no que tange às atribuições do Ministério Público,¹⁷ vindo a receber novas ampliações do âmbito de interesses com o advento de novas leis que tratam de questões atinentes à interesses coletivos, como acerca da ordem econômica, urbanismo e interesses difusos e coletivos não especificados. Nesse sentido, o rol exemplificativo encontra-se no art. 1º da Lei 7.347/85.¹⁸ (DI PIETRO, 2017, p. 995).

Em relação aos pressupostos da Ação Civil Pública, Di Pietro (2017, p. 996-997) ressalta que os dispositivos, tanto os constitucionais, como os legais, fazem referência a proteger os interesses difusos e coletivos no sentido amplo da palavra, ou seja, por coletivo, entende-se aqueles de interesse geral, e não os coletivos *stricto sensu*, em que há a delimitação de grupos.

¹⁶ Tema tratado, inclusive, por uma das 24 subcomissões temáticas referentes à constituinte, na elaboração do texto constitucional de 1988.

¹⁷ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

¹⁸ “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística. VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII - ao patrimônio público e social. Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Acerca dos objetos especificados na lei, a autora ressalta a proteção ao meio ambiente como aquele definido no art. 225 da Constituição;¹⁹ a proteção ao consumidor em consideração às disposições do Código de Defesa do Consumidor, que tem status constitucional face os princípios da ordem econômica (art. 170, V) e como garantia fundamental (art. 5º, XXXII); a proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional, conceituado no decreto-lei nº 25/37,²⁰ assim como para tratar de questões atinentes à improbidade administrativa, pautada na lei 8.429/92.

O objetivo da Ação Civil Pública, portanto, proposta em razão de ameaça ou lesão contra os interesses coletivos acima mencionados, é de buscar a indenização e reparação do dano.

4.3 Outros sistemas de proteção coletiva

Para além do microsistema processual coletivo, que aplica-se de forma integrada, outras medidas processuais podem ser adotadas, dependendo do caso, a partir de regulamentações expressas, como na mencionada Ação Popular, no Mandado de Segurança Coletivo, e no Mandado de Injunção, que como remédio voltado à suprir lacunas legislativas face a direitos fundamentais não regulamentados, incide em um grande número de pessoas.

Acerca do Mandado de Segurança Coletivo, consagrado constitucionalmente como garantia fundamental²¹, para a proteção de direito líquido e certo, face à autoridade coatora, Di Prieto (2017, p. 981) ressalta que a descrição presente na Carta Magna não estabelece os pressupostos para que tal remédio seja invocado, denotando que deve ser utilizado da mesma forma que o Mandado de Segurança individual.

Nesse sentido, nota-se que a Lei 12.016/09 veio regular o procedimento do Mandado de Segurança, reservando apenas um dispositivo relacionado à noção do ser coletivo. Para tanto, em análise ao dispositivo constitucional, percebe-se dois

¹⁹ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

²⁰ “Art. 1º. Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.”

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

legitimados distintos, quais sejam as organizações sindicais, entidades de classe e associações que preenchem determinados requisitos, insinuando a atividade frente à direitos coletivos stricto sensu, e os partidos políticos, que sofreram certa limitação de atuação face o art. 21 da lei que regulamente tal remédio. (DI PIETRO, 2017, p. 981).

Por fim, a autora ressalta que não há dúvidas acerca dos direitos tutelados, ao passo que o próprio legislador descreveu, nos incisos presentes no art. 21 da Lei 12.016/09, que o Mandado de Segurança coletivo abrange os direitos coletivos stricto sensu e os individuais homogêneos, ou seja, quando seus titulares forem determináveis, de certa forma, não cabendo, portanto, a tutela de interesses difusos. (DI PRIETO, 2017, p. 983).

No mesmo sentido, Theodoro Júnior (2018, p. 762) pontua que o mandado de segurança coletivo não se estende à proteção de interesses difusos à medida que não há uma relação jurídica bem definida face à autoridade coatora, além de a missão de definir a liquidez e certeza do direito em questão se mostrar complexa.

Acerca de outros meios procedimentais que acarretam efeitos perante a coletividade, ressalte-se a existência das leis que vêm a regular os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam as Leis 9.882/99²² e 9.868/99,²³ em que os efeitos declarados pela corte suprema podem atingir grande número de indivíduos, em suas esferas subjetivas, além das Leis de Abuso do Poder Econômico (Lei 12.529/11) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que complementam situações específicas. (MARINONI, 2016, p. 428).

Portanto, nota-se que o sistema coletivo de atuação perante o judiciário, a fim de buscar a tutela sobre direitos transindividuais, acarretam em uma grande economia processual, além de permitir a possibilidade de legitimar litigantes mais capacitados, em nome dos direitos transindividuais discutidos. (MARINONI, 2016, p. 429)

²² Regula o procedimento acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

²³ Trata dos procedimentos e condições da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

5. A LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS

A legitimação *ad causam* coletiva é objeto de muita polêmica, ao passo que denota-se em uma situação complexa face a transindividualidade dos direitos analisados, assim como dizerem respeito também à direitos individuais agrupados. (MARINONI, 2016, p. 435).

Assim, percebe-se a complexidade de quando que o indivíduo, de forma isolada, poderia defender o direito, ao passo que sua atuação processual poderia vir a beneficiar ou prejudicar a coletividade, com amparo no panorama de inafastabilidade do acesso jurisdicional.

Didier Jr. e Zaneti Jr. (2014, p. 178) esclarecem, primeiramente, que muito se tentou se enquadrar a conceituação de legitimação coletiva em um dos dois conceitos clássicos de legitimidade, quais sejam o da legitimação ordinária, como a extraordinária. Aquela ocorre quando o ente tem a atribuição de conduzir um processo em que se afirma titular, enquanto a legitimidade extraordinária é quando um ente recebe a atribuição de conduzir um processo que trata de direito alheio.

Marinoni (2016, p. 435-436) afirma que, no direito brasileiro, a legitimidade *ad causam* coletiva seria extraordinária, ao passo que há uma espécie de representatividade adequada, baseado no sistema de *class action for damages*, do sistema de *common law*, em que a avaliação de que um autor pode defender determinado direito é avaliado pelo magistrado.

Assim, embora tenham sido realizados esforços para enquadrar os conceitos na legitimidade ordinária, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2014, p. 178) ressaltam que não é possível, à medida que o legitimado não vai a juízo defender direito próprio, pois isso diz respeito à coletividade. Assim, a legitimação ao processo coletivo é extraordinária, pois os entes definidos em lei são autorizados a defender tais direitos.

Para tanto, o direito brasileiro definiu um rol de entes legitimados por meio de leis esparsas, entendendo que tais instituições poderiam reclamar os anseios sociais.

Nesse sentido, em relação aos legitimados para a proposição de Ação Civil Pública, primeiramente há de se fazer a leitura do dispositivo constitucional, qual seja o art. 129, §1º,²⁴ que não limita ao Ministério Público a atribuição de ser o autor

²⁴ “Art. 129, § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.”

dessas demandas, que é ampliado a partir do rol especificado pelo art. 5º da Lei de Ação Civil Pública.²⁵ (DI PIETRO, 2017, p. 998)

Para além do Ministério Público, também podem figurar no pólo ativo as Defensorias Públicas, bem como os entes da Administração Pública direta e indireta e as Associações constituídas há mais de um ano e que possuam pertinência temática com a demanda.

Em um comparativo, acerca da Ação Popular, o sujeito ativo é o cidadão, em exercício de seus direitos políticos, enquanto na Ação Civil Pública é o Poder Público; já o sujeito passivo, na Ação Popular, por sua vez, é a entidade pública ou privada que detém o patrimônio público, conforme definição do art. 1º da Lei 4.717/56,²⁶ ao passo que na Ação Civil Pública pode ser qualquer pessoa que cause lesão ao interesse difuso. Ainda, na Ação Popular é permitido o litisconsórcio ativo e a sucessão processual, com amparo no art. 6º, §5º da Lei 4.717/65,²⁷ seja por outro cidadão, seja pelo Ministério Público. (DI PIETRO, 2017, p. 988-989).

Acerca dos caracteres da legitimidade aqui tratada, um dos pontos a serem superados é a de que ninguém poderia ir à juízo pleitear direito alheio, sem autorização, pautado nos ideais liberais. Tal ideia está engendrada no conceito de devido processo legal e aliada à noção de que o direito de ação está vinculado ao direito de propriedade. (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2014, p. 181).

Assim, o homem, como ser individual, teria o domínio sobre o seu direito de agir. Entretanto, ao passo que há um direito atinente a um grupo coletivo, maior é o número de legitimados, aferindo a alguém uma representatividade adequada. No direito brasileiro, três são as possibilidades de agir nas ações coletivas.

²⁵ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

²⁶ “ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

²⁷ “Art. 6º, §5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.”

As técnicas, portanto, seriam a de i) legitimidade pelo particular que se vê lesado, como ocorre na Ação Popular, em que o cidadão pode ajuizar a ação, ii) a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado que têm pertinência com o tema debatido, assim como iii) órgãos do Poder Público, que tem tais defesas pautadas em seus objetivos institucionais. (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2014, p. 182).

A ideia é de que não deveria ser realizada uma simples formulação genérica para definir os legitimados a fim de proteger os direitos transindividuais, mas que deveria ser formulado um rol preciso e técnico. Para tanto, a legitimação por substituição processual apresenta os caracteres de ser autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2014, p. 183).

A autonomia da legitimidade extraordinária coletiva se dá ao passo que a atuação do ente legitimado independe da participação do titular do direito em si, pois recebeu essa prerrogativa. Ainda, mostra-se exclusiva quando apenas tal ente pode ser titular, concorrente quando qualquer dos legitimados pode ajuizar a ação, e disjuntiva, pois, embora concorra com os outros legitimados, ele não depende dos outros legitimados para atuar. (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2014, p. 184)

Para tanto, todo o procedimento deve observar garantias fundamentais em respeito à segurança jurídica e ao devido processo legal. Some-se à isso a ideia de função democrática dos órgãos e entes legitimados, pois a lógica da Ação Coletiva não é, em essência, verificar quem é o substituto processual adequado, e com isso pautar toda a lógica procedimental, mas sim de analisar se o interesse a ser analisado é condizente com a busca de solução e se tem característica transindividual. (DIDIER Jr.; ZANETI Jr., 2014, p. 186).

5.1 A atuação do Ministério Público no sistema processual coletivo

Embora o judiciário possa reter questões atinentes aos outros poderes, no que lhe é permitido constitucionalmente, não o pode fazer sozinho. Por isso conta com outros agentes que exercem funções essenciais à justiça, como a advocacia, defensoria pública e o Ministério Público. (BRANCO; MENDES, 2018, p. 1135)

O Ministério Público brasileiro é singular, sendo difícil ser equiparado com alguma instituição estrangeira. Sendo assim, denota-se complicado contextualizar sua origem, ao passo que podem ser encontradas figuras similares no Egito antigo, na Grécia, bem como na Idade Média, sendo o principal indício e marco inicial nas

ordenações francesas, do século XIV, com os procuradores do Rei atuando como agentes do Poder Público junto aos tribunais. (BRANCO; MENDES, 2018, p. 1136)

No cenário jurídico brasileiro, o Ministério Público ganhou amparo constitucional apenas em 1934, embora fosse mencionado em leis esparsas anteriores, como pelo Decreto nº 848/1890. Fato é que o *Parquet* vai ganhando relevância e prerrogativas face à ordem jurídica no decorrer da história, sendo momentos marcantes o advento do Código de Processo Penal de 1941, os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, bem como, a Lei de Ação Civil Pública, de 1987, outorgando a legitimidade para a proteção de interesses difusos. (MAZZILLI, 1993, p. 6-8).

Na Carta Constitucional Brasileira de 1988, o Ministério Público recebeu uma ampla gama de poderes e prerrogativas, com status próprio, sendo definido como uma instituição voltada à proteção de valores e ordem social, nos ditames do art. 127,²⁸ além de variadas disposições presentes na Seção I do Capítulo IV da Carta Magna. Alguns princípios orientam o seu funcionamento e institucionalidade, como o da i) unidade, em que seus integrantes compõem um órgão apenas, de forma una; o da ii) indivisibilidade, podendo seus membros ser substituídos uns pelos outros, e o princípio da iii) independência funcional, que permite a liberdade de consciência jurídica aos seus membros, dentro de suas funções. (BRANCO, MENDES, 2018, p. 1137-1138)

No que tange às competências, o escopo constitucional não é taxativo, podendo ser ampliado conforme a conveniência do legislador, desde que respeite as diretrizes e garantias constitucionais (art. 129, IX). Dentre as variadas competências definidas, estão o da promoção das Ações Penais Privadas e a legitimidade para a promoção de direitos relativos à interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive na esfera cível. (BRANCO, MENDES, 2018, p. 1143).

Como já fora mencionado, portanto, o Ministério Público é um dos principais legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, e para além disso, ainda tem o dever de atuar como fiscal da lei, se não for autor (art. 5º, §1º da Lei 7.347/85), promover a execução da sentença se o autor não o fizer (art. 15 da Lei 7.347/85), em prazo determinado, assim como assumir a titularidade da ação em caso de

²⁸ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

desistência de associação que propôs a demanda (art. 112 da Lei 8.078/90), bem como o de realizar o Inquérito Civil, quando designado, a fim de colher elementos para uma possível conversão em Ação Civil Pública. (DI PIETRO, 2017, p.999)

Nesse sentido, o Ministério Público, a fim de realizar requisições com o fito de colher provas pertinentes à investigação, pode agir de ofício ou por provocação, conforme o art. 6º da Lei 7.347/85.²⁹ Um dos grandes meios utilizados atualmente, no que tange à provocação por qualquer pessoa, se dá por meio das chamadas Notícias de Fato, em que se instaura um procedimento a fim de colher um mínimo de provas que enseje a instauração de Inquérito Civil. Para tanto, o Conselho Nacional do Ministério Pública determina o procedimento por meio de Resoluções, sendo a de nº 174/2017 atualmente vigente.

No que tange à Ação Popular, Di Pietro (2017, p. 991) assevera que o Ministério Público acumula tanto funções facultativas, como obrigatórias, atuando como fiscal da lei, esclarecendo variadas questões processuais e opinando pelo resultado da ação, sendo vedada a proteção do ato impugnado.

Acerca da atuação facultativa, cabe a possibilidade de recorrer em relação à decisões contrárias ao autor,³⁰ ou para dar continuidade ao processo em caso de desistência do mesmo.³¹ Em relação às funções obrigatórias e de participação, cabe a necessidade de acompanhar a ação e auxiliar na produção de provas, além de promover a responsabilidade civil ou criminal,³² providenciar determinadas requisições,³³ assim como promover a execução da sentença condenatória, quando o autor não o fizer, nos ditames do art. 16³⁴ da Lei 4.717/65. (DI PRIETO, 2017, p. 991).

²⁹ “Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.”

³⁰ “Art. 19, §2º. Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público. (Lei 4.717/65)”

³¹ “Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação. (Lei 4.717/65)”

³² “Art. 6º, §4º. O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores. (Lei 4.717/65)”

³³ “Art. 7º, §1º. O representante do Ministério Público providenciará para que as requisições, a que se refere o inciso anterior, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz. (Lei 4.717/65)”

³⁴ “Art. 16. Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.”

Sendo assim, como visto, dentre os legitimados ativos extraordinários, a fim de acionar a jurisdição em face de lesão à direito transindividual, o Ministério Público, já a partir de suas prerrogativas constitucionais, é um dos principais personagens nessas demandas, o que pode ser conferido na realidade do dia a dia do judiciário.

Para tanto, o Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 09) realizou pesquisa voltada a verificar os resultados e eficiências das ações coletivas no plano jurisdicional, baseada em um banco de dados de mais de 52 mil ações, análise junto aos tribunais superiores e pesquisa com magistrados e outros operadores do direito.

Assim, fora constatado que os atores públicos são os principais autores dessas demandas, com certo protagonismo do Ministério Público, ao lado das Defensorias Públicas. Um dos pontos analisados é de que, embora as demandas voltem-se às tutelas coletivas, ainda há a estruturação de demandas individuais, voltadas à elas.(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 16).

Outro ponto que chama a atenção é o de que, para a maioria dos juízes entrevistados, mais precisamente, 62,4%, entendem que há certa primazia para as ações individuais, em detrimento das ações coletivas, quando se pautam em acessar bens públicos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 15).

Por fim, como observado, a sociedade civil pouco se utiliza das demandas coletivas, levando à um cenário de que, para quase 100% dos magistrados, a legitimidade do Ministério Público é alta, ao lado de aproximadamente 70% afirmando grande atuação das Defensorias Públicas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 17).

Portanto, depreende-se do exposto que os entes legitimados exercem papel de extrema relevância em busca das tutelas referentes à direitos transindividuais, mas que ainda há um longo caminho a percorrer, em busca de maior divulgação e amplitude desse campo processual para a sociedade civil como um todo, a quem os direitos e interesses debatidos são atinentes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora os direitos transindividuais já permeiem de forma clara a nossa sociedade, ainda há demasiados preconceitos em relação às suas tutelas e a busca por um melhor método para efetivá-las. Sejam por aspectos técnico-jurídicos, assim como barreiras políticas e de princípios republicanos, como assevera Mancuso (2004), ainda há resistência legislativa e falta de informação social em relação aos mesmo.

A compreensão acerca da dogmática processual coletiva ainda acarreta muitas divergências na própria doutrina, como exposto no presente trabalho, e enquanto não ocorrerem esforços precisos para a melhora significativa desses modelos de atuação jurisdicional, o conflito entre demandas individuais e coletivas irá persistir.

Sendo assim, compreende-se que os estudos e o reconhecimento dos direitos transindividuais vieram para ficar, e necessitam de uma análise própria para seus aperfeiçoamentos, assim como uma técnica legislativa aprimorada a fim de promover a melhor tutela aos seus demasiados titulares, com procedimentos especializados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Fabiano. **Liquidação de sentença coletiva**. Curitiba: Juruá, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile**. In: Rivista de Diritto Processuale, v. 3, 1975.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Direitos e Garantias fundamentais - Ações Coletivas no Brasil: Temas, atores e desafios da tutela coletiva**. In: Sumário Executivo, Justiça pesquisa. Coord: Conrado Hubner Mendes; Vanessa Elias de Oliveira e Rogério Bastos Arantes. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. - 30ª ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil**. - 20ª ed. - Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR. Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. - 9ª ed. - Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Rumo a um código brasileiro de Processos Coletivos**. Em: A ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios/ Coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. - 6ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. - 21. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**, volume 1 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. - 3. ed rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**, volume 3 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. - 2. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações. Tomo I - Ação, Classificação e Eficácia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015**. Revista de Processo | vol. 241/2015 | Mar / 2015 | DTR\2015\2131.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. - 52. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 2a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.