

UNIVERSIDADE DE ITAÚNA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Fernando Antônio Tavares

**O ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO COLETIVO:
uma análise sobre a legitimidade ativa *ad causam*
da Ordem dos Advogados do Brasil frente a seu
papel na defesa dos direitos fundamentais**

Itaúna
2014

Fernando Antônio Tavares

**O ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO COLETIVO:
Uma análise sobre a legitimidade ativa *ad causam*
da Ordem dos Advogados do Brasil frente a seu
papel na defesa dos direitos fundamentais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração *Proteção dos Direitos Fundamentais*, linha de pesquisa *Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais*.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior

Itaúna
2014

Fernando Antônio Tavares

**O ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO COLETIVO:
uma análise sobre a legitimidade ativa *ad causam*
da Ordem dos Advogados do Brasil frente a seu
papel na defesa dos direitos fundamentais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração *Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais*.

GABRIEL

*“É só de ninar e desejar que a luz do nosso amor,
matéria prima dessa canção, fique a brilhar.*

*E é pra você e pra todo mundo que quer trazer
assim a paz no coração.*

Meu pequeno amor.

*E de você me lembrar, toda vez que a vida mandar
olhar para o céu.*

*Estrela da manhã, meu pequeno grande amor que é
você Gabriel, pra poder ser livre como a gente quis.
Quero te ver feliz”.*

Beto Guedes

“[...] nós juristas, nós os advogados, não somos os instrumentos mercenários dos interesses das partes. Temos uma alta magistratura, tão elevada quanto aos que vestem as togas, presidindo os tribunais; somos os auxiliares naturais e legais da justiça; e, pela minha parte, sempre que diante de mim se levanta uma consulta, se formula um caso jurídico, eu o encaro sempre como se fosse um magistrado a quem se propusesse resolver o direito litigado entre partes. Por isso, não corro da responsabilidade senão quando a minha consciência a repele”.

Rui Barbosa

RESUMO

Neste trabalho é trazida à baila a discussão sobre a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura de ações coletivas. O escopo da exposição é a desconstrução do discurso de que a OAB só pode ajuizar demandas coletivas quando comprovar pertinência entre as suas finalidades e a matéria objeto da lide. A pesquisa se inicia com um aporte a respeito do acesso à justiça como direito fundamental. Na sequência, faz-se uma explanação sobre os direitos e interesses coletivos, bem como sobre o Processo Coletivo, pontuando-se a importância deste último como instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Após, aborda-se a questão da legitimidade ativa nas ações coletivas, de modo geral, estabelecendo-se diferença entre a legitimação universal e a legitimação não universal, com destaque para a exigência de demonstração de pertinência temática pela OAB quando da propositura das referidas demandas. Apresenta-se, ainda, um estudo sobre a participação da Ordem dos Advogados do Brasil no Processo Coletivo, dentro de um contexto histórico, social e, sobretudo, jurídico, considerando-se a norma positivada e interpretada. A dissertação culmina com a defesa do reconhecimento da legitimidade ativa universal da OAB como mecanismo de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, acalorando-se a discussão com o posicionamento da doutrina e dos Tribunais Superiores sobre o tema. Discorre-se, ao final, sobre a legitimação ativa da Ordem dos Advogados do Brasil no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e no atual projeto de Lei de nº 5.139/09, tendo como autores Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto, concluindo-se ser imprescindível a atuação da OAB na tutela dos direitos e interesses transindividuais, para fins de concretização dos mandamentos constitucionais.

Palavras-chave: Direitos e Garantias Fundamentais; Acesso à Justiça; Ações Coletivas; Legitimidade Ativa; Ordem dos Advogados do Brasil.

ABSTRACT

This work is brought to the fore the debate on the legitimacy of the Order of Lawyers of Brazil for bringing collective actions. The scope of the exhibition is the deconstruction of the discourse that OAB can only judge when collective demands demonstrate relevance between their goals and the subject matter of the dispute. The research starts with a contribution in respect of access to justice as a fundamental right. Further, it is an explanation of the collective rights and interests, as well as the Collective Process, highlighting the importance of the latter as a means of enforcing rights and guarantees. After, addresses the issue of active legitimacy in collective actions, in general, establishing the difference between the universal legitimacy and not universal legitimacy, highlighting the requirement for demonstration of the thematic pertinence OAB when the filing of such claims. It also presents a study on the participation of the Bar Association of Brazil on Collective Process, within a historical, social and especially legal context, considering the norm positively valued and interpreted. The dissertation ends with the defense of the universal recognition of the legitimacy of OAB active as a realization of the fundamental right of access to justice mechanism, heating the discussion with the positioning of the doctrine and the Higher Courts on the subject. Talks-up at the end on the active legitimacy of the Order of Lawyers of Brazil in Brazilian draft Code of Collective Processes, concluding be essential performance of OAB in the protection of rights and interests transindividual, for purposes of achieving the constitutional commandments.

Key-words: Fundamental Rights and Guarantees; Access to Justice; Class Actions; Active legitimacy; Order of Lawyers of Brazil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: INDIVIDUAIS E COLETIVOS .	14
2.1 Direitos e interesses coletivos	17
2.1.1 Direitos versus interesses	18
2.1.2 Direitos e interesses difusos, coletivos <i>stricto sensu</i> e individuais homogêneos.....	21
2.1.3 O acesso à Justiça como Direito Fundamental	28
3. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	36
3.1 Gênese.....	36
3.2 Conceito	42
3.3 Processos coletivos comum e especial.....	47
3.4 Princípios.....	50
3.4.1 Princípio do acesso à justiça	52
3.4.2 Princípio da universalidade da jurisdição	54
3.4.3 Princípio da participação no processo e pelo processo	55
3.4.4 Princípio da economia processual.....	55
3.4.5 Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo.....	56
3.4.6 Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva.....	57
3.4.7 Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva	57
3.4.8 Princípio da adequada representação (legitimação)	58
3.4.9 Princípio da não-taxatividade da ação coletiva	59
3.4.10 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum	59
3.4.11 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo	59
3.4.12 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum	60
3.4.13 Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público	61
3.5 Institutos fundamentais do processo coletivo	61
3.5.1 Legitimação	61
3.5.2 Representatividade adequada.....	62
3.5.3 Coisa Julgada.....	62

3.5.4 Causa de pedir	65
3.5.4.1 Causa de pedir e os direitos individuais homogêneos	65
3.5.4.2 Causa de pedir e os interesses difusos e coletivos	66
3.5.5 Pedido	67
3.5.6 Conexão, continência e litispendência	70
3.5.7 Competência	71
3.5.7.1A competência para a ação civil pública - competência territorial absoluta	72
3.5.7.2 Competência quando o dano for nacional	72
3.5.7.3 Competência quando o dano for estadual	73
3.5.7.4 Competência quando o dano for de abrangência regional	73
3.5.8 Ônus da prova	74
3.5.9 Liquidação e execução de sentença	76
3.5.10 Indenização pelos danos provocados	78
3.5.11 Representatividade adequada	79
3.6 Conclusão quanto aos princípios e institutos do processo coletivo	84
4 A LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS	85
4.1 O processo coletivo: gênero e espécies	85
4.2 Os legitimados universais e os não-universais (especiais). Pertinência temática	90
4.3 Natureza jurídica da legitimidade ativa nas ações coletivas	91
4.4 Os legitimados coletivos ativos	97
4.4.1 A legitimação ativa do Ministério Público	97
4.4.1.1 Principais polêmicas quanto à legitimidade do Ministério Público	98
4.4.1.2 Legitimidade do Ministério Público para a impetração de Mandado de Segurança Coletivo	100
4.4.2 A legitimidade ativa da Defensoria Pública	101
4.4.3 A legitimidade ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquia, Fundação, Empresa Pública, Sociedades de Economia Mista e Órgãos da Administração Pública, associações e outras formas de associativismo ..	104
4.4.4 A legitimidade ativa para o processo coletivo dos Órgãos Legislativos	110
4.4.5 A legitimidade ativa do cidadão para o processo coletivo	111
4.4.6 A legitimação ativa do indivíduo para o processo coletivo	112
4.5 O requisito da pertinência temática	112

4.6 As ações coletivas passivas.....	114
5 A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E O PROCESSO COLETIVO	116
5.1 Aspectos históricos. O direito e suas gerações.....	116
5.2 Direitos Fundamentais no Brasil e a participação efetiva da Ordem dos Advogados do Brasil em sua construção	119
5.3 A defesa dos direitos e garantias fundamentais e do estado democrático de direito como finalidade da OAB	144
5.4 A OAB e a tutela dos direitos e interesses transindividuais.....	153
5.5 A OAB: pertinência temática e a representação adequada.....	154
5.5.1 A OAB e a pertinência temática	154
5.5.2 A OAB e a representação adequada.....	156
5.6 Legitimidade ativa <i>ad causam</i> da OAB para agir e intervir nas ações coletivas	162
5.6.1 Legitimidade ativa <i>ad causam</i> e <i>ad interveniendum</i> para agir da OAB na ação popular.....	162
5.6.2 Legitimação para agir e para intervir da OAB na ação civil pública.....	163
5.6.3 Legitimidade para agir e para intervir da OAB no mandado de segurança coletivo	164
5.6.4 Legitimidade para agir e para intervir nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade	165
6 O RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA UNIVERSAL DA OAB NOS PROCESSOS COLETIVOS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	169
6.1 O posicionamento da doutrina.....	170
6.2 O entendimento dos nossos Tribunais	174
6.3 A OAB e os anteprojetos de Código Brasileiro de processos coletivos e Projeto de Lei de nº 5.139/09	186
7 CONCLUSÕES - NOSSA PROPOSTA	198
REFERÊNCIAS.....	205

1 INTRODUÇÃO

Obviamente que, funcionalmente, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), como deve ser, está ligada à defesa de interesses de seus afiliados. Não obstante, essa não é, e nem deve ser, sua única prerrogativa e obrigação. Considerando o contexto histórico de sua existência, bem como do que mais será exposto neste trabalho, concluiremos que, inexoravelmente, que a finalidade da Ordem dos Advogados do Brasil extrapola, e em muito, sua finalidade natural de defensora das prerrogativas corporativistas. Entender que a Ordem dos Advogados do Brasil, diante do atual cenário histórico, social, jurídico do país, como sendo uma mera defensora dos advogados da República e espectadora da Justiça, com prerrogativas idênticas àquelas inerentes às demais classes fiscalizadoras, é condicioná-la a um papel aquém de sua existência/finalidade e real importância.

Sem desconsiderar, óbvio, que a defesa dos advogados é missão inafastável de suas obrigações, temos como certo que, dentro do contexto histórico, social e jurídico do Brasil, está reservada à Ordem dos Advogados do Brasil a condição de agente defensora da Constituição, da ordem jurídica, dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos humanos, da justiça social, dentre outros valores que prefaciam os interesses da sociedade e/ou da dignidade humana.

Nossos Tribunais afirmam, remansosamente, que a Ordem dos Advogados do Brasil não pode e nem deve estar locada no mesmo lugar dos demais órgãos de fiscalização profissional. Isto porque, se por um lado detém prerrogativas na luta pelos interesses corporativos de seus afiliados (posição comum quanto aos demais órgãos de fiscalização), por outro lado, suas funções institucionais estão relacionadas, originariamente, com a Constituição, que lhe outorga a proteção do interesse público primário.

Nesta linha de raciocínio, este trabalho objetiva demonstrar as razões históricas, sociais e de Direito que legitimam a OAB, dentre outras prerrogativas, a ajuizar demandas de natureza coletiva, seja através de seu Conselho Federal, seja através de suas Seccionais ou, até mesmo, de suas Subseções, sem necessidade de comprovação de pertinência temática entre a tutela pretendida com os interesses corporativos.

A inserção da Ordem dos Advogados do Brasil em contexto que a legitima à propositura das demandas coletivas tem seu ponto inicial na própria Lei Especial que a

regula, de nº 8.906, de 04 de julho de 1994. O artigo 44 desta Lei assim estabelece:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 2º O uso da sigla "OAB" é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil.

Segundo preceitua a Lei, a OAB presta serviço público e possui, dentre outras finalidades, a de defender a Constituição, a ordem jurídica estabelecida, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e a melhoria da cultura e das instituições jurídicas, e ainda, a de promover, com exclusividade, a representação e a defesa dos advogados no Brasil. Não obstante, da interpretação contextualizada do dispositivo legal transcrito infere-se que a Ordem dos Advogados do Brasil também possui legitimidade para a proteção de interesses transindividuais, sejam estes difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Quanto à legitimidade da OAB para a defesa dos interesses coletivos dos advogados brasileiros, não há dúvidas. O art. 44, inciso II, do Estatuto da Advocacia, traz, literalmente, a expressão "promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil". No mesmo diapasão, o art. 54, inciso II, da Lei nº 8.906/94 é literal:

Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

[...]

II - representar, em Juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados; [...]

A controvérsia diz respeito às demandas transindividuais que não envolvem interesses dos advogados. Nossos tribunais¹ divergem quanto à legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para ajuizar demandas coletivas somente quando

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 331.403/RJ. 2. T. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07/03/2006. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 maio 2006. p. 207. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=331403>. Acesso em: 01 jul. 2014.

verificado interesse da classe dos advogados, enquanto outros² se posicionam no sentido de que a OAB seria legitimada, irrestritamente, para defender interesses difusos e coletivos.

Em amparo à segunda ordem de pensamento, que reconhece a Ordem dos Advogados do Brasil como legitimada ao ajuizamento de toda e qualquer demanda que envolva direitos transindividuais, pode ser apontado o art. 103, inciso VII, da Constituição da República de 1988 (CR/88), que confere legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Cediço é que toda e qualquer ação de Controle de Constitucionalidade diz respeito, também, à defesa de interesses difusos.

Ressalte-se, ainda, que os próprios princípios e institutos, como será demonstrado, que norteiam esse novo ramo processual, apontam pela necessidade e urgência ao reconhecimento da Ordem dos Advogados do Brasil como legitimada ativa ao ajuizamento do processo coletivo.

Neste ensaio, busca-se revelar, fundamentadamente, que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), seja em razão da essência de sua própria existência e finalidade, seja em razão de uma leitura mais adequada da Constituição e das normas infraconstitucionais relativas às suas prerrogativas, é, e deve ser, legitimada à propositura de demandas coletivas de qualquer natureza, sem restrição temática. O não reconhecimento da prerrogativa em comento à OAB, em última análise, representa uma violação à Constituição, vez que impede o acesso à justiça, agride à ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, aos direitos humanos e à justiça social.

Espera-se, com o presente trabalho, desenvolver na comunidade jurídica a compreensão de que a facilitação de acesso à justiça, através do reconhecimento de mais um legitimado ao ajuizamento de demandas coletivas, qual seja, a Ordem dos Advogados do Brasil, representa avanço significativo no processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais, estabelecidos na Constituição e dos objetivos fundamentais nela definidos no art. 3º de nossa Carta Magna.

² GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Ver também: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 203.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: INDIVIDUAIS E COLETIVOS

A discussão acerca dos direitos e garantias fundamentais envolve grandes temas da filosofia e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes. O assunto é permeado por indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige.³

Abstraindo questões de alta indagação teórica, é relevante ter em mente que, por sua característica de historicidade, os direitos e garantias fundamentais são evolutivos. Eles sofrem transformações, porque precisam acompanhar o avanço social, e o Estado está em constante reconhecimento de novos direitos.

Levando em consideração a sua evolução histórica, os direitos fundamentais podem ser classificados como direitos de primeira geração, de segunda geração e de terceira geração, sendo certo que os direitos reconhecidos em cada uma das gerações são cumulativos. Há quem sustente haver, ainda, uma quarta⁴ e até uma quinta geração de direitos, mas não há consenso doutrinário a esse respeito.

Os direitos fundamentais de primeira geração resultaram de um processo - iniciado através das Revoluções Liberais - de libertação do sistema jurídico-opressor vigente no século XVIII. Também chamados de direitos negativos ou de liberdades negativas, os direitos de primeira geração (direitos civis, ou individuais, e políticos) foram os primeiros a serem reconhecidos e inseridos nas Constituições dos diversos países. Eles são instrumentos de defesa do indivíduo e têm como objetivo levar o Estado a ter um comportamento de abstenção, de não intervenção na vida do particular. À época de seu reconhecimento, não representavam uma preocupação social. Limitavam-se a impedir o arbítrio estatal em favor das liberdades dos indivíduos.⁵

Os direitos fundamentais de segunda geração, que ficaram conhecidos como

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der grundrechte*.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571-572, manifesta-se no sentido de que os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo são direitos fundamentais de quarta geração.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais da perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

liberdades positivas, direitos positivos ou direitos de bem-estar, são os direitos econômicos, sociais e culturais. Enquanto os direitos de primeira geração visavam conferir liberdades aos indivíduos, limitando a atuação estatal, os direitos de segunda geração objetivavam estabelecer uma igualdade material entre os homens, através da realização de políticas públicas pelo Estado. Após libertar-se da intervenção estatal, o homem buscava obter garantias de condições materiais mínimas para a sua sobrevivência com dignidade. Há de se ressaltar que nem todos os direitos de segunda geração são direitos positivos. Há, também, direitos de segunda geração negativos, como o direito de liberdade sindical e o direito de greve.

Os direitos fundamentais de terceira geração, por seu turno, são os direitos difusos, que consagram os princípios da fraternidade e da solidariedade. Seriam exemplos desses direitos, os relativos à qualidade de vida, ao consumidor e ao meio ambiente. Possuindo titularidade difusa, os direitos de terceira geração se destinam à proteção dos interesses de uma coletividade, e não de um indivíduo ou de um grupo. É possível afirmar que as atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista foram o ponto de partida para o surgimento dessa geração de direitos.

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais estão tratados no Título II da Constituição da República, embora matérias referentes a tais direitos e garantias possam ser encontradas em outros dispositivos constitucionais e até mesmo fora da Constituição. A rubrica do Capítulo I, do referido Título II, da CR/88, anuncia duas espécies de direitos fundamentais: os direitos individuais e os direitos coletivos.

Sinteticamente, os direitos fundamentais individuais correspondem às liberdades do indivíduo, que restringem a atuação do Estado em prol dos governados, podendo ser reivindicados individualmente. Na classificação evolucionista, os direitos fundamentais individuais foram consagrados como direitos de primeira geração.

Os direitos fundamentais coletivos, por sua vez, são aqueles que não podem ser reivindicados individualmente, porque pertencem a uma coletividade. Esses direitos podem ser subdivididos em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, os quais ainda serão objeto de estudo. Na classificação evolucionista, os direitos fundamentais coletivos pertencem ao grupo dos direitos de segunda (direitos econômicos, sociais e culturais) e de terceira geração (direitos difusos).

A Constituição da República Federativa do Brasil foi a primeira Constituição, no país, a inserir os direitos coletivos no plano da teoria dos direitos e garantias

fundamentais. Versam Gregório Assagra de Almeida e Flávia Vigatti Coelho de Almeida, em seu artigo “Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro”, veiculado na obra “Direitos Fundamentais e a função do Estado nos planos Interno e Internacional”, que:

[...] a Constituição brasileira atual inovou na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma nação democrática que pretenda transformar a realidade social. Não há como transformar a realidade social sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas.⁶

Nota-se, portanto, que os direitos fundamentais, cujas normas definidoras são dotadas de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CR/88), também se inserem na problemática coletiva. A dimensão coletiva dos direitos fundamentais representa a adoção de um caráter sistêmico que afasta a idéia de que esses direitos só se relacionam com o sujeito de forma direta e singular. Isso significa muito. Não restringir o cuidado dos direitos fundamentais a determinado indivíduo é considerar o ordenamento jurídico como um todo interconectado e dotado de sentido,⁷ exatamente como ele deve ser visto.

A noção de fundamentalidade dos direitos coletivos tem por base o desenvolvimento das condições de cidadania indispensáveis para a vida em sociedade. Em outras palavras, a tutela dos direitos coletivos apresenta-se como uma forma orgânica de manutenção da própria sociabilidade. Pensar a proteção dos direitos fundamentais para além do interesse individual é uma forma de se fazer com que o Direito transcenda à necessidade puramente particular e atue como agente transformador da realidade social.

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os direitos ou interesses coletivos no estado democrático de direito brasileiro. In: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direitos fundamentais e a função do estado nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p. 229.

⁷ SILVEIRA, Gabriela Arruda da. Direitos coletivos e fundamentais: as formas processuais e a tutela dos direitos transindividuais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9687&revista_caderno=21>. Acesso em: 10 abr. 2014.

2.1 Direitos e interesses coletivos

Por exigência da própria evolução social é que ganhou destaque, no meio jurídico, o tema da coletivização dos direitos. De fato, a atribuição da qualidade de sujeito de direitos à coletividade como um todo demonstra um interesse genérico pela conservação das condições de vivência. O caráter individual dos direitos permanece intacto, deslocando-se, contudo, o enfoque das relações intersubjetivas para as relações inerentes às sociedades de massa.⁸

A percepção de que os direitos fundamentais possuem também um viés coletivo é uma consequência da transposição do paradigma do Estado Liberal de Direito e de seus estigmas. Somente a partir de uma real ruptura com a concepção liberal burguesa, que também se fez presente no Estado Social de Direito, é que se descobriu, axiologicamente, a alteridade e, por conseguinte, a coletividade.

Migrou-se, lentamente, de um modelo de Estado que gravitava em torno de interesses puramente individuais para um Estado Democrático de Direito, que objetiva a implementação de uma igualdade material - e não somente formal - entre os homens, através do estabelecimento de uma ordem jurídica democrática. No Estado Democrático de Direito, que levanta o estandarte da transformação com justiça da realidade social, é que se pode falar verdadeiramente em tutela jurídica dos direitos e interesses transindividuais.⁹

De fato, o homem é um ser social; não vive sozinho; interage com outros e mantém com eles uma relação de interdependência. Esse raciocínio corrobora a lógica de que, para constituir uma individualidade, é necessário um coletivo. Assim, não bastava proclamar os direitos do homem, individualmente considerado, sem considerar que a sua proteção depende, inexoravelmente, da proteção da coletividade. Na verdade, a dimensão individual dos direitos e interesses está presente no âmago dos interesses coletivos. “Os direitos e interesses coletivos compõem-se da simbiose da pluralidade dos interesses e direitos individuais”¹⁰.

⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, 2005.

⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os direitos ou interesses coletivos no estado democrático de direito brasileiro, p. 229.

¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 331, Separata, 1994. p. 2.

2.1.1 *Direitos versus interesses*

A diferenciação entre direitos e interesses não é assunto inédito. Ao tema já foram dedicadas páginas e páginas de obras jurídicas, sem que se chegasse, contudo, a uma conclusão irretocável. Observa-se, não raro, o emprego dos dois termos como sinônimos, haja vista a imprecisão com que a diferença existente entre eles é apresentada.

Nota-se que as nomenclaturas direitos e interesses são, frequentemente, encontradas na legislação brasileira na mesma frase, sendo inequívoco que o legislador não utiliza palavras em vão. Sempre há uma intenção - ainda que oculta à primeira vista - que justifique o uso de certas expressões na elaboração da norma. A título de exemplo:

Lei nº 7.347/85. Art. 5º. § 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

Lei nº 8.078/90. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Certo é que o sentido da diferenciação entre direitos e interesses não é mera questão formal. Não há como construir correto entendimento sobre determinada matéria se os termos que a compõem são obscuros e vacilantes. A delimitação e conhecimento acerca da terminologia de uma ciência são os pontos-chave para a compreensão da própria ciência.

O estudo sobre o “interesse” está intrinsecamente relacionado à base político-filosófica do Utilitarismo. Foram autores utilitaristas, como Jeremy Bentham e Rudolf Von Ihering, que associaram o interesse à ideia de utilidade, valor, necessidade.

Segundo Edgar Bodenheimer, Ihering fincou a sua filosofia jurídica na noção de “fim” como criador de todo o Direito, de forma que não haveria norma jurídica que não devesse sua origem a um fim ou motivo prático. Para Ihering, os direitos não existiam apenas para realizar a ideia de vontade jurídica abstrata, mas também para garantir os interesses da vida e realizar fins.¹¹

Ihering criou a tão difundida “máxima”, desenvolvida na obra intitulada “A

¹¹ BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 106.

dogmática jurídica”, de que “direitos são interesses juridicamente protegidos”. Para ele, todo direito estabelecido seria a expressão de um interesse reconhecido pelo legislador e que estaria a merecer a sua proteção. Ihering pecou somente ao presumir que a relevância jurídica do interesse estaria atrelada à previsão legal de sua tutela. Ele se enganou ao proclamar que o interesse que importaria ao direito seria apenas um interesse juridicamente tutelado, ou seja, um direito. Nesta linha de raciocínio, realmente não haveria motivos para a diferenciação ontológica entre interesses e direitos.¹²

A ideia de Ihering não é, pois, suficiente para que se possa delinear, com clareza, a diferença existente entre direitos e interesses. Os interesses se encontram, sim, na base de formação dos direitos. Entretanto, não são todos os interesses que gerarão a formação de direitos, e nem por isso deixarão de ser juridicamente protegidos. Alguns interesses apresentam conotação jurídica porque sofrem a apreensão axiológica segundo a valoração predeterminada na norma. Estes interesses se situam, conforme ensina Rodolfo de Camargo Mancuso, no plano “ético-normativo”¹³. Carecem de proteção, desde que tenham sido juridicamente regulados, mas não são, necessariamente, direitos.

O interesse é uma manifestação da vontade de um sujeito em face de um bem, podendo, ou não, ser tutelado em lei e interferir na esfera de terceiros. O direito, por sua vez, é um interesse manifestado que passou por um processo, social ou judicial, de reconhecimento de sua validade e legitimidade. Em outras palavras, direitos são situações jurídicas reconhecidas por um processo de validação de interesses manifestados perante a sociedade ou perante o Estado-juiz. Nessa perspectiva:

O interesse nasce e se exaure na intenção do sujeito, em sua manifestação perante as outras pessoas, na sua esfera privada. Os interesses manifestados são afirmações da vontade do sujeito em face de um bem. Os direitos são tipicamente um fenômeno social. Não existe direito sem que haja o reconhecimento pelo Estado, pelos outros sujeitos, de que os poderes ou faculdades exercidos pela parte sobre o bem são legítimos. A partir do momento em que há o reconhecimento social, o respeito às

¹² MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Teoria do Direito Coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? *Revista Eletrônica VirtuaJus*, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, jul. 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/1_2004/TEORIA%20DO%20DIREITO%20COLETIVO%20DIREITO%20OU%20INTERESSE%20DIFUSO%20COLETIVO%20E%20INDIVIDUAL%20HOMOGENEO.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 14.

faculdades e poderes exercidos pelo sujeito sobre o bem, estabelece-se o consenso de que aquele é o titular legítimo de um direito. E mesmo quando não haja o consenso sobre um interesse manifestado pela parte, se o titular o afirma em juízo, pleiteando o reconhecimento judicial da prevalência desse interesse e o juiz assim o acata, então não teremos mais um mero interesse, mas um direito assim declarado. Os direitos nascem da aceitação, do consenso sobre as manifestações dos interesses dos sujeitos, ou do reconhecimento compulsório da validade do interesse manifestado pelo sujeito e admitido pelo juiz em uma sentença. Os interesses são fase pré-lógica, antecedente, e nunca se confundirão com os direitos, que exigem um processo de validação, de legitimação dos interesses na sociedade para que possam ser chamados de direitos.¹⁴

Verifica-se, então, que os conceitos de direitos e interesses, apesar de se inter-relacionarem, não podem ser confundidos. Mas será que a estruturação sobre direitos e interesses, acima desenvolvida, se aplica à dimensão coletiva? Se o interesse é sempre individual, situando-se no âmbito privado - porque pertence à esfera psíquica que liga um sujeito a um bem -, como é possível falar em interesses coletivos?

A era moderna, marcada pela evolução social e tecnológica, pela produção e comercialização em massa de bens de consumo e por verdadeiras alterações nas relações humanas, exige que o Estado se reestruture e promova a tutela de direitos e interesses não só individuais, subjetivos, mas também de direitos e interesses pluralizados quanto ao sujeito.

A legislação brasileira, em vários de seus textos, trata da tutela dos interesses e direitos coletivos. Já é sabido que interesses e direitos não representam a mesma coisa, ao contrário da conclusão extraída da filosofia de Ihering. De qualquer forma, se interesses são sempre individuais e se exaurem na esfera particular do indivíduo, não se poderia falar na existência de interesses coletivos. Poderia-se reconhecer, no máximo, que, em razão de um determinado fato, um número indeterminado de indivíduos se encontra numa mesma situação jurídica.

No campo dos “interesses” coletivos *lato sensu* se desenvolveram terminologias como “interesse coletivo”, “interesse difuso”, “interesse social”, “interesse metaindividual”, já profundamente arraigadas no mundo jurídico. Entretanto, o mais adequado é pensar que o termo coletivo refere-se não ao interesse, propriamente dito, mas ao número de indivíduos que, de modo indeterminado ou agrupado, possuem interesses individuais manifestados num

¹⁴ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Teoria do Direito Coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? *Revista Eletrônica VirtuaJus*, p. 38.

mesmo sentido e se encontram, em face de um fato, numa mesma situação.¹⁵

De qualquer modo, tanto aos direitos quanto aos interesses é conferida proteção em sede coletiva.

2.1.2 Direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos

Direitos e interesses coletivos são gêneros da tutela coletiva, tendo como espécies, segundo a doutrina dominante, os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos *stricto sensu* e os direitos e interesses individuais homogêneos. Essa realidade jurídica, normatizada, trouxe significativas mudanças na divisão clássica até então adotada pela doutrina e usada nas cátedras. A dicotomia Direito Público/Direito Privado, sempre confusa quanto à sua conceituação, não teria sido, segundo a melhor doutrina, recepcionada pela Constituição da República de 1988, vez que ela não traz, em seu artigo 5º, uma distinção literal de tais direitos. Agora, portanto, não haveria mais sentido na identificação de um determinado direito como sendo de Direito Público ou de Direito Privado.

A clássica divisão dicotômica do Direito entre Público e Privado adveio do romanismo e ganhou força e corpo no Estado Liberal. Diante do obscurantismo vivido na Idade Média e dos excessos dos governantes, a divisão do que se tornaria Direito Público e Direito Privado surgiu, considerando, para tal fim, o que seria de interesse público e de interesse privado. Essa dicotomia representou, num primeiro momento, proteção ao indivíduo diante dos abusos que sofria quanto aos seus direitos e garantias individuais, e depois, um marco ao surgimento do Estado Social. Isso porque, se por um lado havia o direito de proteção individual, de grande ganho e significância à época, por outro lado, faltava uma tutela específica mais solidária, protetiva de valores pertencentes ao todo ou a determinada coletividade. Esse fenômeno ficou evidente depois da Segunda Guerra Mundial.

Além de sua não recepção pela Constituição de 1988, outro fomento à desconstrução da divisão Direito Público/Direito Privado é a própria conceituação aplicada a eles, comumente ensinada nas faculdades. Enquanto o Direito Público

¹⁵ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Teoria do Direito Coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? *Revista Eletrônica VirtuaJus*, p. 55.

teria a finalidade de tutelar interesses públicos, o Direito Privado tutelaria interesses dos particulares. A definição mais parece uma digressão, em face da dificuldade de se identificar o que seriam, de fato, Direito Público e Direito Privado. O Direito é um compêndio de índole universal, nos servindo de proteção independentemente de serem os nossos interesses públicos ou privados. Não há, portanto, como separar, pragmática e precisamente, tais ramos do Direito, como querem os termos que os conceituam, de modo a usá-los para fins específicos.¹⁶

Assim como ocorre com a dicotomia Direito Público/Direito Privado, nos deparamos, não raro, com problemas conceituais quanto à clara determinação do que seriam Direito Individual e Direito Coletivo. Mesmo rompendo com a divisão clássica, não há como afirmar, categoricamente, que um direito coletivo será sempre um direito comum a todos e nem que um direito individual será, necessariamente, aquele referente a apenas um indivíduo.

Hugo Nigro Mazzilli pontual e didaticamente, explana o que seriam interesses coletivos ou transindividuais, dizendo que são interesses voltados para a proteção de determinado grupo, classe ou categoria de pessoas lesadas (exemplos: moradores de uma mesma região; consumidores de um mesmo produto; trabalhadores da mesma fábrica; alunos de um mesmo estabelecimento). Ressalta o mestre que há conveniência social na defesa coletiva, considerando que, se cada indivíduo pertencente a uma das referidas classes ajuizasse demanda própria, as consequências quanto aos resultados poderiam ser nefastas. Seria grande a chance de decisões contraditórias, análise e produção equivocada de provas, etc. Nesse cenário, o Poder Judiciário cairia em descrédito, o que atingiria diretamente a parte prejudicada e indiretamente os profissionais de Direito envolvidos na demanda, além da própria sociedade, que ficaria insegura com as eventuais incoerências das decisões judiciais.¹⁷

Veio explicitado no Código de Defesa do Consumidor (CDC) que direito coletivo é um gênero, que possui como espécies, conforme dito alhures, os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos *stricto sensu* e os direitos e

¹⁶ A crise de relacionamento entre Direito Público e Direito Privado “é a que mais tem sido denunciada pela doutrina, que assim o faz em todos os planos do pensamento jurídico, especialmente pelos constitucionalistas, publicistas e privatistas” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 410).

¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

interesses individuais homogêneos. O Código do Consumidor integra um microsistema normativo do processo coletivo. Ao apontar, textualmente, de forma enumerativa, as espécies de demandas coletivas *lato sensu*, a Lei nº 8.078/90 não o fez com exclusividade às demandas coletivas voltadas para a proteção dos direitos dos consumidores. Precisamente nos seus artigos 90 e 117, a própria Lei criou, conforme o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, um sistema integrado, indistinto, dos direitos coletivos *lato sensu*, desde que não incompatível com o que dispõe a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP).¹⁸

Mas o que seriam direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos?

Versa o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo, constando do parágrafo único deste dispositivo legal que:

A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A partir desta conceituação legal será trabalhada a compreensão das três ordens de interesses e direitos que são objeto de tutela em sede coletiva.

Os direitos e interesses difusos são aqueles transindividuais pertencentes a pessoas indeterminadas, não se podendo especificar os seus titulares. Eles têm natureza indivisível, já que só podem ser considerados como um todo, sendo certo que uma lesão a um interesse ou direito difuso atinge todas as pessoas indeterminadas que o possuem. O liame verificado entre os titulares de direitos e interesses difusos é essencialmente fático, inexistindo entre eles um vínculo comum de natureza jurídica.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

Os interesses e direitos coletivos *stricto sensu* são aqueles transindividuais pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis. São, também, indivisíveis, de modo que, caso a lesão seja reparada a um, será reparada a todos. Esses direitos e interesses originam-se de uma relação jurídica preexistente, denominada, por lei, “relação jurídica base”, que estabelece conexão entre os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas, *affectio societatis*, ou entre estes e a parte contrária. Essa relação jurídica base deve ser então anterior à lesão experimentada pelos titulares desses direitos e interesses.

Podem ser observados dois elementos que diferenciam os direitos e interesses difusos dos direitos e interesses coletivos *stricto sensu*: a determinabilidade dos titulares e a coesão como grupo, categoria ou classe de pessoas, anterior à lesão experimentada (fenômeno que se verifica nos direitos e interesses coletivos em sentido estrito e está ausente nos direitos e interesses difusos). Nas palavras de Ricardo de Barros Leonel:

De pronto, é possível identificar dois dados diferenciadores: maior limitação dos interesses coletivos, em virtude da existência do dado organizativo do grupo interessado (ausente nos difusos), e existência de uma relação jurídica embasando o liame existente entre os interessados. Estes interesses são também inerentes a pessoas indeterminadas a princípio, mas determináveis, pois o vínculo entre elas é mais sólido, decorrente de uma relação jurídica comum. Aqui também o objeto ao qual se volta o interesse é indivisível, satisfazendo a todos ao mesmo tempo, sendo todo o grupo lesado coetaneamente na hipótese de violação. Deste modo, os coletivos distinguem-se dos difusos, ambos indivisíveis, pela sua origem, na medida em que nestes o vínculo relaciona-se a dados acidentais ou factuais, enquanto naqueles a ligação dos integrantes do grupo, categoria ou classe decorre de uma relação jurídica.¹⁹

Os direitos e interesses individuais homogêneos, por seu turno, são aqueles decorrentes de origem comum. Tais interesses não são coletivos, nem difusos, mas individuais, tendo um ponto de fato comum que recomenda a defesa a um só tempo.²⁰ Segundo Antônio Gidi, os direitos individuais homogêneos se caracterizam por serem um feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pela nota de divisibilidade, cuja origem está em questões comuns de fato ou de direito.²¹

¹⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 106.

²⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. Da defesa do consumidor em juízo. In: CRETELLA JUNIOR, José; DOTTI, Renê Ariel (Org.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 325-366.

²¹ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

Cabe mencionar, de início, que a idéia de conferir um tratamento coletivo a direitos e interesses individuais homogêneos é proveniente do sistema norte-americano da *class action for damages*. Entre nós, contudo, tal categoria de direitos e interesses:

[...] representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.²²

Nesse diapasão, ensina Ada Pellegrini Grinover:

Já nos interesses ou direitos individuais homogêneos, tratados coletivamente por sua origem comum, os membros do grupo são titulares de direitos subjetivos clássicos, divisíveis por natureza, tanto assim que cada membro pode ingressar em juízo com sua demanda individual. E a solução não é necessariamente uma para todas as pessoas, que podem ter sua pretensão individual acolhida ou rechaçada por circunstâncias pessoais. Trata-se, aqui, de um feixe de interesses que pode ser tratado coletivamente sem prejuízo da tutela clássica, individualizada para cada qual.²³

O tratamento de direitos e interesses individuais homogêneos como espécie de direito coletivo é resultado da massificação ou padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. Esses direitos e interesses, decorrentes, como dito, de origem comum, nascem em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, sendo *post factum* (fato lesivo) a relação jurídica existente entre as partes.

É pertinente ressaltar que origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa, por exemplo, veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias, ou as vítimas de um produto nocivo à saúde, adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões, têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a 'origem comum' de todos eles.²⁴ O que os direitos e interesses individuais homogêneos têm em comum, portanto, é a procedência na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária.

²² GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 30.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo coletivo do consumidor. In: TUBENCHLAK, James (Org.). *Livro de estudos jurídicos n°9*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. v. 1, p. 145-146.

²⁴ WATANABE, Kazuo. Da defesa do consumidor em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

Os direitos e interesses individuais homogêneos admitem a identificação, de imediato, da titularidade do direito, e, por isso, são perfeitamente divisíveis. Não obstante, a possibilidade de se determinar individualmente os portadores do direito não impede o ajuizamento da ação coletiva. A diferença é que, enquanto nas ações coletivas os direitos e interesses individuais homogêneos recebem tratamento molecular, nas ações individuais, esses direitos e interesses são vistos em seu aspecto atomizado, ocorrendo fragmentação da tutela. A vantagem da propositura da ação coletiva é a obtenção de um provimento genérico que evitaria decisões conflitantes.

Para a proteção dos direitos individuais homogêneos, o Código Modelo estabelece, em seu art. 1º, § 1º, como particularidade inovadora, a necessidade de se aferir a predominância de questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto. Este detalhamento corresponde à verificação da adequação da ação coletiva para o resguardo dos referidos direitos, devendo ser avaliada a superioridade da tutela coletiva sobre a individual em termos de justiça e eficácia da sentença.²⁵

Apresentados os conceitos relativos às espécies de direitos e interesses coletivos *lato sensu*, é conveniente dizer que cada espécie de direito/interesse reclama tratamento processual diferenciado, no que se refere a pedido, julgamento, imutabilidade do julgado, intervenção de terceiros, execução ou liquidação de sentença, etc. Assim, havendo consequências práticas quanto ao ajuizamento da demanda coletiva, é indispensável desenvolver um critério para distinguir, entre si, as espécies de direitos e interesses transindividuais.

Hugo Nigro Mazzilli afirma ser necessário responder a três indagações para que se possa determinar qual é o interesse/direito transindividual em questão. A primeira delas é: o dano provocou lesões divisíveis, individualmente variáveis e quantificáveis? Se a resposta for sim, estaremos diante de interesses/direitos individuais homogêneos. A segunda pergunta é: o grupo lesado é indeterminável e o proveito reparatório, em decorrência das lesões, é indivisível? Se a resposta for sim, estaremos diante de interesses/direitos difusos. A terceira é: o proveito pretendido em decorrência das lesões é indivisível, mas o grupo é determinável, e o que une o

²⁵ Segundo a *Federal Rule 23*, a prevalência das questões, de direito e de fato, comuns sobre as questões, de direito ou de fato, individuais e a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença, são dois requisitos adicionais aos quais as *class actions for damages* devem obedecer.

grupo é apenas uma relação jurídica básica comum, que deve ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo? Se a resposta for sim, estaremos diante de interesses/direitos coletivos *stricto sensu*.²⁶

Com efeito, tendo em conta que da ocorrência de um mesmo fato lesivo podem originar-se pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas, e mesmo individuais puras, o que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo é, predominantemente, o tipo de tutela jurisdicional que se pretende.²⁷

Apesar de haver distinção entre os direitos/interesses transindividuais, não há motivo, seja de direito material ou processual, que impeça sejam feitos, numa mesma peça, pedidos distintos, que tutelem, conjuntamente, duas ou mais espécies de direitos coletivos.

A classificação exposta acima denota o reconhecimento de três possibilidades de manifestação de direitos e interesses de forma pluralizada, a saber: a difusa, a coletiva e a homogênea. As definições trabalhadas interagem nos âmbitos material e processual e se destinam à adequação da Teoria Geral do Direito à realidade contemporânea. Certo é que as categorias de direitos e interesses transindividuais foram conceituadas, legal e doutrinariamente, com o escopo deliberado de ampliação da tutela de direitos, o que possibilita, por conseguinte, maior efetividade na prestação jurisdicional.

Merece destaque, ainda, o quadro elaborado por Hugo Nigro Mazzilli, que delimita, com clareza, a classificação distintiva das espécies de interesses transindividuais.²⁸

Quadro 1 - Classificação Distintiva

Interesse	Grupo	Objeto	Origem
Difusos	Indeterminável	Indivisível	Situação de fato
Coletivos	Determinável	Indivisível	Relação jurídica
Individuais Homogêneos	Determinável	Divisíveis	Origem comum

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 2008.

²⁷ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 55.

2.1.3 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Apesar de ser um dos temas mais estimados pelos processualistas contemporâneos, o acesso à justiça teve sua importância delineada em tempos remotos. A *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo Rei João Sem Terra em 1215, já previa, em seu artigo 40: “A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça”²⁹.

O enunciado do artigo 40 da *Magna Charta*, transcrito acima, apresentou-se como prefácio do que hoje se vislumbra no contexto jurídico global. O acesso à justiça é, hodiernamente, um direito consagrado nas principais Cartas Internacionais relativas aos direitos humanos (nomeadamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem - recentemente absorvida pela Constituição Europeia em sua Carta de Direitos Fundamentais -, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, além de outros documentos) e em diversas Constituições em vigor.³⁰

Mas o que significa ter acesso à justiça?

Observa-se que, no senso comum, a locução “acesso à justiça” confunde-se com as expressões “direito aos tribunais”, “direito de ação”, “acesso ao processo” e “acesso ao Judiciário”. Não obstante, a análise do acesso à justiça a partir de uma perspectiva reducionista mostra-se inadequada, já que, teleologicamente, o termo em comento transcende à noção de acesso à relação jurídica processual.

É certo que uma das importâncias práticas de se garantir o acesso à justiça é impedir que matérias relevantes à sociedade sejam sonegadas aos tribunais. De modo especial, o crivo imparcial e inafastável do Poder Judiciário limita o poder dos governantes, evitando o arbítrio, mas a discussão aqui proposta não envolve apenas a polêmica da tripartição e independência de poderes.

Não se ignora, outrossim, que uma das formas de se ter acesso à justiça é através do “direito-de-ação incondicionado de movimentar o aparato estatal na sua atividade jurisdicional”³¹. O direito de ação (subjeto e autônomo) é essencial ao direito. “O que o ar puro representa para a chama, a liberdade de ação representa

²⁹ MAGNA Carta. In: Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta>. Acesso em: 03 maio 2014.

³⁰ PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (Coord.). *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. Coimbra: CES, 2002.

³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 68.

para o senso de justiça, que sufocará se a ação for impedida ou perturbada”³². Todavia, a compreensão de acesso à justiça ultrapassa a ideia de se poder acionar a máquina judiciária. Se o ato de peticionar realizasse plenamente o direito de acesso à justiça, os níveis de pacificação e satisfação social seriam, certamente, altíssimos.

O sentido de acesso à justiça também não está cingido, por óbvio, à possibilidade de ingresso no prédio do Poder Judiciário, nas suas dependências físicas, nas salas de audiência, gabinetes e secretarias. Seria perfeito se o simples adentrar aos fóruns e tribunais realizasse justiça, como num passe de mágica, mas isso é uma quimera.

No Brasil, de modo particular, a solução de conflitos exclusivamente através da jurisdição estatal é uma prática tão arraigada que parece ser natural que a sociedade confunda justiça com judiciário.³³ É preciso, porém, pensar o acesso à justiça para além da perspectiva de mera admissão ao processo ou de acesso a órgãos judiciais. Deve ser acrescentada ao debate a questão do acesso aos próprios direitos, como corolário do acesso à justiça. É este o entendimento que se necessita imprimir nos cidadãos e na comunidade jurídica.

Pode-se dizer que a expansão do acesso à justiça guarda íntima relação com a política adotada pelo Welfare State. No Estado do Bem-Estar Social, Estado-Providência ou Estado Social, o Estado assumiu o papel de agente promotor da sociedade, garantidor de serviços públicos à população e regulamentador de toda a vida social, política e econômica de um país. Pelos princípios deste paradigma de Estado, todo indivíduo teria direito, desde o seu nascimento até a sua morte, a um conjunto de bens e serviços, cujo fornecimento deveria ser assegurado pelo Estado, diretamente ou através de seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Se não fossem criados, contudo, mecanismos através dos quais os novos direitos sociais impusessem respeito, não passariam estes de meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.³⁴ Tornou-se, portanto, forçosa a elaboração de soluções criativas para os esquemas financiados pelo Estado. A transformação do sistema de acesso à justiça, com vistas à sua facilitação, apresentou-se como uma

³² IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 84.

³³ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2007.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.

das providências necessárias, inclusive por exigência social.³⁵

No contexto de crise do Estado-Providência e do próprio Poder Judiciário é que surgem os questionamentos relativos ao acesso à justiça. A consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua difusão paralela à do Estado do Bem-Estar Social transformou o direito de acesso à justiça num direito charneira, isto é, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais.³⁶

Com o escopo de quebrar as barreiras que se opunham ao acesso à justiça, os países ocidentais iniciaram reformas em seus sistemas legais - cada um ao seu tempo, modo e necessidade -, implementadas, de forma gradativa, em três momentos distintos, os quais foram chamados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth de “ondas” renovatórias do acesso à justiça.³⁷

Sinteticamente, a primeira onda renovatória do acesso à justiça consistiu na remoção de empecilhos oriundos da pobreza, através da execução de programas de assistência judiciária gratuita e isenção de custas processuais. A segunda onda renovatória visou garantir tutela aos direitos difusos, mormente os relativos aos consumidores e ao meio ambiente. A terceira onda tem se desdobrado em múltiplas iniciativas, que ainda estão sendo implementadas em muitos países, como alterações pontuais no Judiciário e a criação de Juizados Especiais e de procedimentos mais adequados às características de cada direito.³⁸

As ideias reformistas do movimento mundial de acesso à justiça chegaram ao Brasil na década de 1980.³⁹ Entre nós, os traços característicos de cada onda renovatória são perfeitamente perceptíveis. A edição da Lei nº 1.060/50, que

³⁵ Nesta forma de organização político-social - Estado-Providência -, graças ao fim dos governos totalitários da Europa Ocidental (nazismo e fascismo, notadamente), houve ampliação do conceito de cidadania e, por consequência, aumento da pressão da sociedade, que, consciente de seus direitos, estava apta a lutar pela sua efetivação.

³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. O acesso à justiça. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org.). *Justiça, promessa e realidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 405-406.

³⁷ Na década de 1970, Mauro Cappelletti e Bryant Garth coordenaram, em Florença, Itália, um grande projeto de investigação sobre o acesso à justiça. Relatam os autores que as mais diversas nações passaram a promover alterações em seus sistemas processuais, objetivando transpor óbices ao pleno acesso à justiça. Nesse projeto foram propostos dois caminhos analíticos. O primeiro identificava o acesso ao direito e à justiça com a igualdade de acesso ao sistema judicial e à representação por um advogado num litígio. O segundo, mais amplo, encarava o acesso à justiça como garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos. É esse segundo ponto de vista, mais abrangente, que perfilhamos (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988).

³⁸ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*, p. 29.

³⁹ Idem.

estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, é influência da primeira onda renovatória. Como marca da segunda onda renovatória pode ser apontada a edição das Leis nº 7.347/85 (que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) e nº 8.078/90 (que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, no qual constam normas processuais que se aplicam a toda ação relacionada à defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos). A terceira onda, por seu turno, provocou alterações na estrutura organizacional do Poder Judiciário brasileiro, com a criação de Juizados Especiais de pequenas causas e juízos de conciliação. Podem ser destacadas, ainda, como efeitos desta terceira onda, a implantação, no país, de órgãos extrajudiciais de defesa dos consumidores e a busca de métodos alternativos para a solução de conflitos, como a mediação, a conciliação e o juízo arbitral.

O movimento das ondas renovatórias contagiou, também, o Legislador Constituinte brasileiro. A Constituição da República de 1988 atribuiu ao acesso à justiça a qualidade de um direito, e de um direito fundamental. Está expresso em seu art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O acesso à justiça é, portanto, direito fundamental constitucionalizado, tendo aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CR/88).

Nossa Carta Magna reconhece, então, como fundamental o direito de pôr em andamento toda a ordem jurídica, de modo que se possa promover a defesa plena de interesses e direitos individuais e coletivos. Urge, no entanto, compreender a real dimensão de se conferir a um direito o atributo da fundamentalidade.

Direitos fundamentais podem ser explicados sob perspectivas históricas, filosóficas, sociológicas, jurídicas, entre outras. Talvez por esta razão sejam tão numerosas as expressões utilizadas para a designação de um direito fundamental, chegando a ser desnorteante a variedade terminológica criada pela doutrina e pela jurisprudência. “Norma axiológica fundamental”, “decisão axiológica”, “norma de conteúdo axiológico”, “valor constitucional”, “diretriz vinculante”, “princípio estrutural”, “norma guia”, “parâmetro”, “postulado”, “garantia de liberdade”, “restrição à liberdade do legislador”, “máxima”, “decisão jurídico-constitucional fundamental” e “idéia mestra da Constituição” são algumas das denominações dadas a direito fundamental. Nesse quadro, as palavras de Hohfeld, citado por Robert Alexy,

ganham relevância especial: “em qualquer análise mais atenta de um problema, seja ele jurídico ou não, palavras camaleônicas são um risco tanto para a clareza de pensamento quanto para a lucidez na expressão”⁴⁰. Porquanto, o desafio, aqui, é dar conotação aos direitos fundamentais com o mínimo possível de obscuridade.

Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito, sendo certo que o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: sua fundamentalidade formal e sua fundamentalidade substancial. A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, indicando direitos que vinculam diretamente o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. A fundamentalidade substancial dessas normas, por outro lado, se identifica com a tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.⁴¹ Os direitos fundamentais formais seriam posições jurídicas subjetivas protegidas pela Constituição Formal, por estarem nela inscritas. Desta forma, a fundamentalidade formal se origina do simples fato de alguns direitos terem sido eleitos pelo Poder Constituinte Originário como direitos fundamentais e terem sido escritos na Constituição, passando a assumir um *status* jurídico especial.⁴² O aspecto material dos direitos fundamentais, em contraponto, nasce da essência do seu conteúdo substancial normativo.⁴³ A fundamentalidade material é corroborada pela abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não expressamente constitucionalizados.

Extrai-se da tese das fundamentalidades formal e substancial que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico, e a sua influência nesse sistema não se limita à relação Estado/cidadão. Por óbvio, as normas garantidoras de direitos fundamentais afetam a relação jurídica existente entre Estado e cidadãos, na medida em que outorgam direitos subjetivos em face do legislador, do administrador e do Poder Judiciário. Entretanto, estão compreendidos nesses direitos subjetivos em face do legislador os direitos à proteção contra outros cidadãos. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também

⁴⁰ Hohfeld citado por ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 45.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008.

⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

interferem na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, elas têm efeito perante terceiros ou eficácia horizontal.

Vistos, em seu sentido clássico e estrito, como direitos públicos subjetivos que se dirigem somente contra o Estado, ou como direitos do *status* positivo, que têm como objetivo uma proteção constitucional necessária no âmbito das relações entre cidadãos, os direitos fundamentais são, em qualquer caso, inexoravelmente, imperativos e vinculantes, irradiando os seus efeitos para todos os ramos do Direito.

O direito fundamental de acesso à justiça é dotado de fundamentalidade formal e material, possuindo um conteúdo de obrigatoriedade e exigibilidade que impede a sua redução a letra morta de um catálogo de direitos. Por isso, a interpretação da norma constitucional do art. 5º, inciso XXXV, da CR/88, não pode ser estritamente literal. Exige-se do intérprete a compreensão de que o acesso à justiça só se aperfeiçoará se, além da garantia formal de não se excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito, houver real reparação do direito lesionado ou impedimento efetivo à concretização da ameaça a esse mesmo direito. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, senão de viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa.⁴⁴

Não é do espírito de nenhuma Constituição criar direitos aos quais não se tenha acesso, nem estabelecer parâmetros do justo que sejam inalcançáveis pelos seus jurisdicionados. O espírito de nossa Constituição, de modo específico, é eminentemente social, de justiça social, razão pela qual se guindou o acesso à justiça à qualidade de direito fundamental. Assim, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, uma leitura mais moderna faz surgir a idéia de que o preceito constitucional em comento garante não só o direito de ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça:

Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou ameaça a direito apenas e tão somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz.⁴⁵

⁴⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 218.

A Constituição de 1988 representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça. E, ao se refletir sobre justiça, deve-se ter em mente que ela só será alcançada se os direitos garantidos pela ordem jurídica se concretizarem na vida das pessoas. O acesso à justiça, como direito fundamental, é meio para a afirmação, reforço e solidez da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da identidade cultural e de todos os valores e direitos eleitos pela sociedade como essenciais.

Não foi sem motivos que o direito de acesso à justiça - reconhecido como direito humano por Cartas Internacionais - foi alçado, no Brasil, ao patamar de direito fundamental. O acesso à justiça se apresenta como direito viabilizador de todos os outros, porque é através de seu exercício que se procede à defesa dos demais direitos. Garantindo-se o acesso à justiça encurta-se o caminho entre a previsão legal ou constitucional e a materialização de direitos. Neste diapasão:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁴⁶

De fato, do direito de acesso à justiça dependem todos os outros direitos garantidos pela ordem jurídica, inclusive aquele direito natural, que todo homem possui, de que se lhe reconheçam direitos. Acesso à justiça significa proteção efetiva aos direitos dos governados, e efetividade corresponde à “aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”⁴⁷.

Nessa linha de raciocínio, o acesso à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Considerando, sobretudo, que esse direito é via indispensável à implementação e efetividade de outros direitos, os obstáculos existentes à garantia de acesso à justiça devem ser vistos como entraves ao exercício da cidadania e à realização da própria democracia.

Do que foi exposto depreende-se que há motivos para a atribuição de relevância ao direito de acesso à justiça. Em primeiro lugar, ele pressupõe um

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 11-12.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 79.

catálogo de direitos fundamentais, pois qualquer comunidade de direito é necessariamente uma comunidade de direitos. Em segundo lugar, só uma proteção jurisdicional efetiva realiza a dimensão de juridicidade do poder, no seu sentido básico de proibição da autodefesa e de afirmação do monopólio estatal da coerção. Em terceiro lugar, o recorte do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional como direito autônomo e específico permite fazer funcionar uma tutela dos direitos a vários níveis.⁴⁸

É indispensável reiterar, nesse ponto, que a compreensão de acesso à justiça não pode se limitar à idéia de simples admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo. A plenitude do acesso à justiça só é atingida quando os cidadãos, especialmente os mais vulneráveis, conhecem seus direitos, não se mostram resignados face à sua lesão e têm condições de vencer os custos da oportunidade e as barreiras econômicas, sociais e culturais para chegar até a entidade que consideram mais adequada para a solução do litígio, seja esta uma terceira parte da comunidade, uma instância formal não judicial ou os órgãos judiciais.⁴⁹ É imperioso que percebamos que:

[...] estamos num tempo em que se joga o destino humano-cultural no Ocidente, onde **o direito ao direito** se deve proclamar, como o verdadeiro, o último e decisivo direito do homem. Mas, para isso, necessário é que o direito se compreenda no seu sentido autêntico, não mero imperativo do poder, não simples meio técnico de quaisquer estratégias, mas validade em que a axiologia e a responsabilidade do homem se manifestem.⁵⁰

Desta feita, o acesso à justiça não pode ser contemplado como sonho distante e inatingível. As exigências e restrições que constituem óbices à sua efetivação têm de ser eliminadas, sob pena de se estar violando frontalmente um direito fundamental, que serve de alicerce e escudo para todos os outros direitos.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito de acesso à justiça constitucional*. Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa. Luanda, jun. 2011. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/cjcpp/presidencia/GomesCanotilho_Junho2011.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁴⁹ PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (Coord.). *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*, p. 12.

⁵⁰ NEVES, António Castanheira. Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXIV, p. 1-44, 1998. p. 43, grifo nosso.

3 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

3.1 Gênese

Os fatores determinantes ao surgimento do processo coletivo estão intimamente relacionados com a Revolução Industrial, ocorrida, aproximadamente, entre 1760 e 1840. A partir da Revolução Industrial é que a necessidade de proteção dos interesses de massa começou a se revelar.

Na passagem do capitalismo comercial para o industrial, os trabalhadores perderam o controle do processo produtivo, porque foram privados da posse da matéria-prima, do produto final e do lucro. As fábricas passaram a concentrar milhares de operários, que vendiam a sua força de trabalho em troca de um salário. A atividade produtiva manual foi substituída pela maquinofatura e a produção industrial ganhou proporções inimagináveis. A população passou a ter acesso a bens industrializados, desenvolveu-se o hábito consumista, as relações trabalhistas se intensificaram, estabeleceram-se intrincadas relações jurídicas e os próprios cidadãos passaram a questionar a atuação do Poder Público, tomando consciência de que poderiam fiscalizá-lo e dele exigir o cumprimento da lei. A Revolução Industrial foi, de fato, o marco para o desenvolvimento de uma cultura de massa, inaugurando um período de acelerado progresso econômico, tecnológico e social.⁵¹

Nessa conjuntura despontaram os direitos e interesses coletivos. Da sociedade de massa, globalizada, provém situações em que os vários interesses individuais convergem e o indivíduo passa a ser visto como membro de uma coletividade, e não apenas como criatura isolada. Atrelada a um viés preocupado com uma sociedade de direitos, aflorou a consciência de classe, isto é, a percepção de que o indivíduo não possui força quando comparado à reunião de pessoas com o mesmo interesse. Vislumbrou-se, então, o agrupamento dos cidadãos em grandes classes e categorias, e, nessa nova perspectiva, eles precisavam ser normatizados.

Constatou-se, assim, que os valores individualistas do século XIX não eram suficientes para atender às necessidades e anseios da sociedade, mormente porque os conflitos que passaram a se estabelecer em seu seio ultrapassavam o limite da esfera jurídica individual para abarcar um número indeterminado ou determinável de

⁵¹ HOBBSAWN, Eric J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

peessoas. Por isso, a evolução cultural decorrente do avanço tecnológico, da produção em série de bens de consumo e da explosão populacional impôs, também, uma evolução no próprio Estado Democrático de Direito, que não pôde deixar de tutelar, de forma adequada e específica, as novas relações jurídicas que se firmavam.

Não tardou, porém, a se manifestar, pragmaticamente, um impasse processual. O processo civil clássico foi totalmente construído sob a égide das relações individualistas e não concebera instrumentos próprios para a solução dos conflitos de massa. A mera importação de conceitos, princípios, institutos e normas do direito processual civil individual seria, indubitavelmente, insuficiente para a tutela dos interesses e direitos coletivos. Isto porque vários desses conceitos, princípios, institutos e normas foram imaginados para operar - e somente conseguem operar de modo satisfatório - no plano individual, tendo reduzida ou nenhuma função no plano coletivo.⁵² Mostrou-se, pois, forçosa a descoberta de mecanismos processuais adequados à nova realidade.

Nos dizeres de Ricardo de Barros Leonel, os conflitos de massa caracterizadores da sociedade moderna - e que cada dia incidem em maior intensidade - abandonaram as típicas confrontações individualísticas entre sujeitos determinados, motivo pelo qual se tornou patente a imprescindibilidade de compreensão dos instrumentos postos pelo legislador à disposição dos interessados para viabilizar a defesa dos direitos e interesses de natureza não individual.⁵³

A coletivização da tutela jurisdicional surgiu, portanto, da necessidade de a ciência processual apresentar soluções concretas e urgentes para os problemas que costumeiramente emergem numa sociedade de massa. O direito processual civil clássico foi concebido para lidar com situações individualizadas e estanques, sendo incapaz de solucionar de maneira apropriada as disputas de natureza coletiva, no sentido lato. Por seu turno, o processo coletivo, resultado da natural evolução do processo, possui condições de enfrentar os desafios emanados dos conflitos modernos.⁵⁴

⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁵³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 16.

⁵⁴ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*, 2007.

Sendo assim, é perfeitamente justificável a existência do processo coletivo, como instrumento jurídico indispensável ao atendimento das aspirações sociais:

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes [...].⁵⁵

Em escala global, vários países buscaram aperfeiçoar as suas legislações e desenvolver normas sobre a tutela coletiva. No direito brasileiro, especificamente, o desenvolvimento tardio do capitalismo fez com que somente na segunda metade do século XX a regulamentação do processo coletivo se intensificasse.⁵⁶ Não obstante, entre os países de *civil law*, o Brasil foi o precursor da criação e implementação desse instrumento.

No cenário brasileiro, a elaboração de mecanismos processuais que atendessem às peculiaridades dos interesses e direitos de índole transindividual era premente. O atual Código de Processo Civil (CPC - Lei nº 5.869/73) foi concebido em uma sociedade na qual predominavam conflitos envolvendo direitos subjetivos individuais, com titulares determinados; tanto que, pelas disposições desse diploma, como regra, ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio (art. 6º do CPC). As situações em que se configuravam “lesões de massa” eram, contudo, cada vez mais frequentes e a solução dos litígios tornava-se cada vez mais difícil. A fórmula tradicional do litisconsórcio ativo era inviável, do ponto de vista prático.⁵⁷ e a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente era ainda mais aflitiva:

[...] do ponto de vista do titular do direito, pelo custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido mais amplo - financeiro, emocional, profissional, social -, incompatível, não raro, com o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência; do ponto de vista do Estado, pela enxurrada de demandas que cada uma dessas lesões coletivas pode produzir, aumentando o custo e reduzindo a eficiência da máquina judiciária; e do ponto de vista social, pelo desestímulo à busca dos direitos lesados, pela potencial desigualdade de tratamento produzida por

⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

⁵⁶ DONIZETTI, Elpídio. Processo Coletivo. *Carta Forense*, São Paulo, 04 jan. 2011. Entrevista. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/processo-coletivo/6436>>. Acesso em: 05 maio 2014.

⁵⁷ O próprio Código permite ao juiz a limitação do número de litisconsortes quando este possa comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa (art. 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

sentenças contraditórias, pela impunidade dos infratores e o conseqüente estímulo à infração, pelo descrédito da função jurisdicional, pela desesperança dos cidadãos.⁵⁸

Atento a isso, o legislador brasileiro desenvolveu, gradativamente, um microsistema processual específico, que será analisado doravante.

A doutrina⁵⁹ aponta a Ação Civil Pública, instituída pela Lei nº 7.347/85, como o marco inicial da tutela coletiva no Brasil. É conveniente mencionar, porém, que, antes dela, a Ação Popular já existia. A Constituição Federal de 1934 criou a Ação Popular, regulada, trinta e um anos mais tarde, pela Lei nº 4.717/65, que previa a possibilidade de qualquer cidadão ajuizar ação pleiteando a anulação de determinados atos lesivos ao patrimônio público. No entanto, o limite de atuação do legitimado era tão restrito ao objeto específico da Lei, consistente na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, que a Ação Popular foi insuficiente para proporcionar efetiva tutela a direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nem mesmo a alteração promovida pela Lei nº 6.513/77,⁶⁰ deu à Ação Popular aptidão para a defesa dos direitos oriundos da chamada “revolução das massas”.⁶¹

Também anteriormente à Lei de Ação Civil Pública, foi editada a Lei nº 6.938/81, estabelecendo a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Entretanto, foi realmente com a Lei nº 7.347/85 - a Lei da Ação Civil Pública - que os direitos e interesses transindividuais receberam tutela efetivamente diferenciada, por intermédio de princípios e regras que romperam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro.

Com efeito, a Lei da Ação Civil Pública:

⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 150.

⁵⁹ “Não há como falar ou pensar em *direito processual coletivo comum*, no Brasil, antes da entrada em vigor da Lei n. 7.347/85, que instituiu a *ação civil pública*, isso porque não existia em nosso país um microsistema próprio, como existe hoje, de tutela dos direitos de massa” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 263).

⁶⁰ O art. 33 da Lei nº 6.513/77 modificou a redação do § 1º do art. 1º da Lei nº 4.717/65, para estender o conceito de patrimônio público aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

⁶¹ MARQUES, Alberto Carneiro. *Acesso à justiça e processo coletivo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo. p. 106.

[...] veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.⁶²

Inicialmente, a tutela conferida pela Ação Civil Pública aos direitos e interesses coletivos era restrita a objetos determinados (o meio ambiente e os consumidores), até que a Constituição da República de 1988 universalizou a proteção desses direitos e interesses. Aliás, a Constituição de 1988 dotou o sistema jurídico de vários instrumentos capazes de garantir pronta e efetiva tutela processual aos direitos e interesses de natureza transindividual que consagrou, como o meio ambiente sadio (art. 225), o patrimônio cultural (art. 216), a probidade administrativa (art. 37, § 4º) e a proteção do consumidor (art. 5º, inciso XXXII). A Ação Popular não só foi mantida (art. 5º, inciso LXXIII), mas também ampliado o seu âmbito de atuação, já que passou a abrigar extenso rol de direitos coletivos, como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. O mandado de segurança coletivo foi instituído como ação de rito especial, cuja legitimidade atribuiu-se às entidades apontadas no inciso LXX do art. 5º, não para a defesa de direitos próprios, senão de direitos coletivos, por meio da substituição processual.⁶³

No plano infraconstitucional também foram editadas diversas leis com vistas à efetivação da proteção processual e realização material dos direitos e interesses coletivos, a saber: a Lei nº 7.853/89, que tratou da defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913/89, que dispôs sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; a Lei nº 8.069/90, que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor; a Lei nº 8.429/92, apelidada pela comunidade jurídica de Lei de Improbidade Administrativa; a Lei nº 10.741/03, conhecida como Estatuto do Idoso; entre outras.

⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 30.

⁶³ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*, 2007.

Destaque especial deve ser conferido ao Código de Defesa do Consumidor. A tutela dos direitos e interesses coletivos consolidou-se em nosso sistema jurídico-processual com o advento desse diploma legal. Além de ter disciplinado os direitos individuais homogêneos, até então não reconhecidos, o Código de Defesa do Consumidor sistematizou normas processuais, que integram e viabilizam o curso de qualquer ação coletiva, independentemente da matéria (transcendente às relações de consumo) ou da espécie de interesse/direito coletivo envolvida.⁶⁴

A partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o Brasil pôde contar com um verdadeiro microsistema de processos coletivos; um microsistema com objetivos próprios, que são alcançados através de instrumentos próprios (ações civis públicas, ações civis coletivas, ações de controle concentrado de constitucionalidade, etc.), fundados em princípios e regras próprios, o que confere ao processo coletivo uma identidade bem definida no campo processual.⁶⁵

É possível afirmar que o cerne do sistema brasileiro de processos coletivos encontra-se na reciprocidade existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que se aplicam de forma complementar. Na verdade, de um modo geral:

[...] os diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si, ou seja, apresentam uma ruptura com os modelos codificados anteriores que exigiam completude como requisito mínimo, aderindo a uma intertextualidade intrasistemática. Quer dizer, assumem-se incompletos para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica.⁶⁶

Hodiernamente, a legislação brasileira destinada à proteção de interesses e direitos coletivos é ampla e moderna. No entanto, a aplicação das normas brasileiras sobre processos coletivos aponta para dificuldades práticas, decorrentes, especialmente, da inexistência de um Código, capaz de sistematizar e ordenar a matéria. Pululam dúvidas quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), quanto à litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), à conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à

⁶⁴ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*, 2007.

⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 27.

⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 4: Processo coletivo, p. 53.

multiplicação de decisões contraditórias), à possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no pólo passivo da demanda.⁶⁷

Conforme pondera Vicente de Paula Maciel Junior, ainda há uma grande perplexidade na doutrina nacional. Possuímos, no país, um sistema de ações coletivas, mas estamos longe de um consenso sobre os diversos aspectos dos direitos e interesses coletivos. Temos tutelas processuais, mas a doutrina e a jurisprudência estão repletas de indagações sobre a legitimação, os efeitos, a forma e a extensão daquilo que estamos tutelando.⁶⁸

De qualquer forma, o processo coletivo continua sendo instrumento indispensável ao Direito contemporâneo. Ele poupa tempo, esforços e despesas aos beneficiários da ação; atende aos princípios da economia e da celeridade processual; elimina as barreiras psicológicas, técnicas, educacionais e de ordem econômica que dificultam o acesso à justiça por parte da população considerada vulnerável; evita a prolação de decisões judiciais conflitantes, que tanto denigrem a imagem do Judiciário perante a sociedade; possibilita o desenvolvimento de processos mais consistentes e melhor instruídos, o que reflete na qualidade das sentenças proferidas; diminui o grave problema das ações repetitivas, auxiliando na desobstrução do Judiciário; e, por último, mas não menos importante, proporciona democratização do acesso à justiça, já que, ao reunir diversos conflitos numa única ação, por meio da substituição processual, permite que nela sejam deduzidas as pretensões daqueles que, individualmente, não teriam meios de ingressar em juízo.⁶⁹

3.2 Conceito

O Direito Processual Coletivo é espécie do gênero Direito Processual. Por esta razão, o conceito de processo coletivo não pode ser formulado de modo dissociado do próprio conceito de processo. Faz-se, pois, indispensável delinear, primeiro, os contornos de “processo”, para, somente depois, passar-se à análise do predicado (“coletivo”).

⁶⁷ Informações constantes da Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.

⁶⁸ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

⁶⁹ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*, p. 20.

A compreensão de processo revelou-se diferenciada em cada uma das fases de evolução, teórica e conceitual, pelas quais o Direito Processual Civil teve de passar em sua trajetória de desenvolvimento, a saber, fase imanentista, fase autonomista e fase instrumental.⁷⁰

Na fase imanentista ou sincretista, o processo era encarado como algo imanente ao direito material, e, portanto, inseparável deste. Em outras palavras, o processo apresentava-se como mero apêndice do direito material e não tinha existência por si só. Nesta fase, o estudo do direito processual era o estudo do próprio direito material quando ofendido ou ameaçado e, sob esse prisma, a finalidade do processo se resumia a dar proteção ao direito subjetivo da parte.⁷¹ Pode-se dizer que:

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.⁷²

O processo só passou a ser reconhecido como ciência autônoma e independente em uma segunda etapa evolutiva: a fase autonomista. Desenvolveram-se, nesse momento, princípios, institutos, dogmas e métodos próprios ao direito processual, que traçaram a sua estrutura enquanto sistema e o afastaram do direito material. As principais teorias sobre a jurisdição, a ação, a defesa e o processo foram formuladas nessa fase e a ciência processual começou a ser estudada de modo isolado, introspectivo e distante da realidade do direito material. Nesse sentido:

⁷⁰ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*, 2007.

⁷¹ A previsão do art. 75 do Código Civil brasileiro de 1916, no sentido de que a todo direito corresponderia uma ação que o assegurasse, encontra supedâneo no paradigma imanentista (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, 2003).

⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 44.

A segunda fase foi autonomista, ou conceitual, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos.⁷³

Como efeito adverso à desejada autonomia do direito processual, a excessiva valorização do processo, de suas técnicas e institutos, acabou por desvirtuá-lo de sua finalidade precípua: a satisfação dos direitos materiais que deveria assegurar.⁷⁴ Houve certa demora na percepção de que a técnica é um meio para a realização dos anseios dos destinatários da prestação jurisdicional, não podendo existir como um fim em si mesma. Era urgente a necessidade de abandono do tecnicismo puro e simples, do conceitualismo vago e despido de maior finalidade e conteúdo, rumo à compreensão de que a ciência do processo não pode dissociar-se de sua finalidade última, que é a realização do direito material.⁷⁵ Foi nesse contexto que teve início a fase instrumentalista do processo.

Na fase instrumentalista, ainda em curso, o processo é compreendido como ferramenta destinada à solução eficaz dos litígios que ocorrem na vida em sociedade. Apesar da simplicidade desta assertiva, o processo ganha, neste momento, inédita conotação, passando a ser visto como instrumento que se presta para tornar efetivo o direito material. O aspecto formal do processo deixa de ser o cerne das discussões e vem à tona a preocupação com a sua efetividade.⁷⁶

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.⁷⁷

O raciocínio acerca da ciência processual, nesta última etapa evolutiva, torna-

⁷³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 44.

⁷⁴ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*, 2007.

⁷⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 20.

⁷⁶ Podem ser destacados, como reflexos da visão instrumentalista de processo, o movimento pelo acesso à justiça, capitaneado por Mauro Cappelletti, e a produção científica de Niklas Luhman, que deu enfoque maior ao procedimento como fonte de legitimação.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 303-304.

se essencialmente teleológico. Transposta a fase científico-dogmática, adentra-se um período de definição das finalidades do processo, devendo este apresentar os resultados concretos de sua atuação. Os trâmites e formalidades excessivos e desnecessários foram, aos poucos, sendo suprimidos, para atendimento ao clamor universal e veemente de uma justiça a mais rápida e eficaz possível.⁷⁸

Sob a perspectiva instrumentalista, as formas processuais só têm sentido na medida em que cumprem uma finalidade. Não é mais tolerável a manutenção de um formalismo processual vazio de sentido. Muito mais que um conjunto de regras que alicerçam e fazem surgir um sistema, a técnica processual deve prestar-se à proteção e efetivação do direito material. Assim, atrela-se a forma à finalidade, o que é a máxima do instrumentalismo.⁷⁹

É imprescindível, portanto, conceber o meio com vistas ao fim. O processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.⁸⁰ Assim:

[...] se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um processo sem óbices econômicos e sociais ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também relativizar o valor das formas e saber utilizá-las e exigí-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.⁸¹

Hoje, o processo deve ser um “instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa”⁸². Nessa linha de raciocínio, ele pode ser definido como ferramenta de pacificação da sociedade, que se apresenta como meio para o alcance da justiça

⁷⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. A irregularidade da petição recursal não assinada. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Belo Horizonte, mar. 2004. Disponível em: <<http://www.abdp.org.br/artigos/artigo50.htm>>. Acesso em: 12 maio 2014.

No Brasil, a visão instrumentalista provocou reformas significativas no sistema processual, voltadas à efetivação da tutela jurisdicional. A antecipação da tutela (art. 273 do Código de Processo Civil), a tutela inibitória e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do Código de Processo Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor), a simplificação do processo de execução, excluindo-se a necessidade de cálculo por contador, a audiência prévia de conciliação e saneamento e as alterações na sistemática recursal (Leis 9.139/95 e 9.756/98) são marcas da mudança teórica promovida no Direito Processual Brasileiro (CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 81, p. 112-135, out./nov. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 02 maio 2014).

⁷⁹ CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. *Revista Jurídica*, p. 112-135.

⁸⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 31.

⁸¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 44.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 309.

social. Certo é que, para a consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, o processo precisa se aproximar do direito material.

A busca incansável de adequação do processo, enquanto forma, ao direito material que ele visa servir é a conseqüência mais visível do instrumentalismo.⁸³ Não se está, aqui, a estimular um movimento regressivo ao sincretismo, que compreendia o processo como simples adendo ao direito material. O que se quer consignar é que o processo, na acepção contemporânea, não subsiste isoladamente, como técnica processual bastante por si só - nos termos propostos na fase autonomista de sua evolução -, porque ele é instrumento destinado, precipuamente, à efetivação do direito material.

O paradigma instrumentalista do processo impõe, então, o surgimento de tutelas aptas a se moldarem às peculiaridades do direito material. Por isso, diante desta constatação de que os direitos materiais apresentam as mais variadas especificidades, desenvolvem-se procedimentos diferenciados, que melhor se adequam às pretensões deduzidas. Nesse contexto se insere o processo coletivo.

Se o processo é instrumento e deve funcionar de forma adequada a tutelar todas as situações materiais, deve ser predisposto de modo a amparar igualmente as situações em que se façam presentes os direitos ou interesses coletivos, que crescem, em nosso tempo, em decorrência da evolução da sociedade e das relações de massa, e que não encontravam amparo, anteriormente, nos métodos tradicionais de solução judicial de conflitos.⁸⁴

O processo coletivo é o legado atual das transformações pelas quais a ciência processual teve de passar em sua escala evolutiva.⁸⁵ Assim, é possível conceituá-lo como sendo um instrumento posto à disposição dos interessados para a solução de conflitos de massa, que, viabilizando a defesa adequada de interesses e direitos coletivos *lato sensu*, se apresenta como meio capaz de proporcionar ampliação e democratização do acesso à ordem jurídica justa.

Com efeito, acesso à justiça, economia processual e efetivação dos direitos e interesses coletivos são os principais fundamentos do processo coletivo. Em um único processo coletivo, os conflitos são solucionados de modo genérico e eficaz, propiciando-se o amplo acesso à justiça às demandas de massa, cujas

⁸³ CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. *Revista Jurídica*, p. 112-135.

⁸⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 22.

⁸⁵ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*, 2007.

peculiaridades exigem, realmente, um tratamento processual distinto daquele previsto para os litígios individuais.⁸⁶

Estabelecidos os conceitos de processo e de processo coletivo, é relevante mencionar que, tratando-se o processo (individual ou coletivo) de instrumento jurídico, não poderia este radicar-se em outra fonte que não a Constituição da República. As balizas éticas (finalidades e valores que visa concretizar, tais como a justiça das decisões, a efetividade da tutela jurisdicional e a pacificação social) e as balizas técnicas (normas que indicam a forma de atuação da jurisdição) do processo são estabelecidas pelo ordenamento constitucional. Nesse diapasão:

[...] o processo coletivo, não menos que o individual, deve subordinação às diretrizes constitucionais. Pode-se até conceber, em face de outros valores constitucionais, um diferente modo de os princípios e garantias fundamentais do processo operarem nas relações processuais coletivas, mas não há como simplesmente afastar sua incidência.⁸⁷

Também sob a ótica coletiva, o Estado se compromete, constitucionalmente, a prestar tutela jurisdicional a quem tiver um direito material efetivamente violado ou ameaçado de violação, garantindo, outrossim, a bem do interesse geral e das próprias partes, que não o fará de qualquer maneira, mas apenas por juízes imparciais e pré-constituídos, que conduzam publicamente e segundo técnica adequada, necessária e proporcional, um processo instaurado pelo legitimado e desenvolvido em contraditório, com amplas e iguais possibilidades de participação oferecidas aos interessados, concluído dentro de prazo razoável e por força de decisão motivada, justa e efetiva para o caso concreto.⁸⁸

3.3 Processos coletivos comum e especial

Como vimos, no processo coletivo comum o objeto de estudo é voltado aos interesses e direitos coletivos (estricto senso), que não se relacionam ao controle abstrato de constitucionalidade. Em verdade, ação coletiva comum é toda aquela

⁸⁶ DONIZETTI, Elpídio. *Processo Coletivo. Carta Forense*, p. 01.

⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123.

⁸⁸ OLIVEIRA, Bruno Silveira de; LIMA NETO, Francisco Vieira. O modelo constitucional do Processo Civil brasileiro, o litisconsórcio e processos coletivos. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 1579-1607, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1579_1607.pdf>. Acesso em: 03 maio 2014.

que não é dirigida ao controle abstrato de constitucionalidade.⁸⁹

Essencialmente o processo coletivo baseia-se em dois diplomas fundamentais a sua efetivação, usados em todos e qualquer procedimento judicial que vise tutelar direito e ou interesses coletivos. São eles: a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Elas são o centro vital do microsistema do processo coletivo comum, pois não somente tutelam direitos como estabelecem procedimentos para as ações próprias que normatizam, como também emprestam (arts. 21 da Lei de ACP e 90 do CDC) seus dispositivos em subsídio a todos os outros diplomas legais de proteção de massas. Trata-se, para o bem da tutela social, vez que potencializa sua proteção, de um constante diálogo das fontes.⁹⁰

São inúmeras as legislações que compõe todo o microsistema e que se interligam, valendo-se mutuamente. Como exemplos, citamos, além da ação civil pública (Lei nº 7.347/85), as legislações referentes: de Proteção ao Consumidor (Lei nº 8.078/90); à Habitação e Urbanismo (Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/01 e Parcelamento do Solo - Lei nº 6.766/79); ao Meio Ambiente (Código Florestal - Lei nº 4.771/65); Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental; - Lei nº 6.902/81; Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei nº 6.938/81; Lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - Lei nº 9.985/00; Proteção do Bioma Mata Atlântica - Lei nº 11.428/06; Política Nacional de Biossegurança, PNB - Lei nº 11.105/05; aos Portadores de Deficiência (Política Nacional da Pessoa com Deficiência - Lei nº 7.853/89; Prioridade de Atendimento; - Lei nº 10.048/00; Promoção da Acessibilidade - Lei nº 10.098/00; Direitos das Pessoas Portadoras de Transtornos Mentais - Lei nº 10.216/01 etc.); à Saúde (Lei Orgânica do SUS - Lei nº 8.080/90); à Proteção do Patrimônio Público (Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/92; Lei de Licitações e Contratos

⁸⁹ TENÓRIO, Thiene. *Teoria geral do processo coletivo*. 2010. Disponível em: <<http://meucadernode.direito.blogspot.com.br/2010/09/teoria-geral-do-processo-coletivo.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁹⁰ “Se possível imaginar que o microsistema de processo coletivo fosse um corpo humano - o que não é difícil dada a complexidade e interligação de seu sistema - ousar-se-ia dizer que a LACP e o CDC seriam o coração deste corpo, porquanto, assim como o referido órgão muscular se responsabiliza pela troca de sangue venoso e arterial e os bombeia a todas as extremidades do organismo, ambas as leis realizam uma comunicação incessante entre seus institutos, permitindo que suas regras alcancem outras legislações que compõem o microsistema de processo coletivo. Sem o coração, o corpo restaria morto, sem a LACP e o CDC, não haveria tutela coletiva” (AZEVEDO, Júlio Camargo de. *O microsistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras*. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 2, p. 111-130, 2012. p. 118).

Administrativos - Lei nº 8.666/93), Estatuto do Idoso - Lei de nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; dentre outras.

Por sua vez, o objeto do processo coletivo especial é mais amplo. *Prima facie*, não há tutela voltada para determinada coletividade, uma vez que não há um direito subjetivo a ser tutelado. Enquanto no processo coletivo comum é formada uma lide (pretensão resistida), no processo coletivo especial tudo é no plano abstrato, uma vez que ele é exercido através do controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, considerando a situação no caso concreto, o interesse coletivo alcançado pelas ações constitucionais voltadas ao controle de constitucionalidade pode, sim, alcançar direitos e interesses coletivos (*latu sensu*). Gregório Assagra de Almeida, esclarece, com propriedade:

Todavia, esse *interesse coletivo objetivo legítimo* pode perfeitamente ser enquadrado na concepção tri-partida de direito ou interesse coletivo, formulada pelo CDC, art. 81. Para tanto, é necessário aferir qual o alcance subjetivo da respectiva norma jurídica ou da conduta omissiva em relação à qual se pede a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Aferido o aspecto subjetivo, referente aos respectivos interessados que seriam beneficiados ou lesados pela norma e se afirma ser inconstitucional ou constitucional chegasse ao segundo passo, que diz respeito à admissibilidade da divisibilidade do interesse decorrente da incidência fático-hipotética da norma que se pretende declarar inconstitucional ou constitucional, por fim, deve-se questionar qual seria a origem desse interesse legítimo. Citemos exemplos práticos: a) ajuizada pelo procurador geral da República (art. 103, VI, da CF) uma *ação direta de inconstitucionalidade* de determinada lei que regulamenta atividade empresarial específica, permitindo o exercício dessa atividade, mesmo que seja flagrante a degradação do meio ambiente, não haverá dúvida de que o *interesse coletivo objetivo legítimo* dessa ação é difuso, pois pertence a toda uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis; b) ajuizada por uma entidade de classe de âmbito nacional uma ação direta de inconstitucionalidade de determinada lei que limita reajuste de salários de respectiva categoria por prazo indeterminado, não haveria dúvida que o *interesse coletivo legítimo* que justifica a ação no caso é coletivo, pois é indivisível e tem como titular uma categoria de pessoas indeterminadas, mas determináveis, as quais tem relação jurídica básica entre si e com a parte contrária; c) ajuizada pelo procurador geral da República (art. 103, VI, da CF) uma ação direta de inconstitucionalidade de determinada lei que limita a indenização aos familiares de pessoas falecidas em decorrência do regime militar, estabelecendo formas e valores da indenização, de forma tarifada, levando em consideração a idade, a posição social, os dias trabalhados e etc., não haverá dúvida de que o *interesse coletivo objeto legítimo* que justifica o ajuizamento da respectiva ação, por ser divisível e pertencer a pessoas determinadas refere-se a categoria dos interesses individuais homogêneos. O mais comum, considerando que a norma jurídica vive no plano da abstração, é que o interesse coletivo objetivo legítimo que fundamenta o ajuizamento de ação direta para o controle da constitucionalidade é o *difuso*. Tem-se, assim, que não há obstáculo para o controle concentrado da constitucionalidade seja exercido também a interesses coletivos objetivos de dimensão mais restrita.

Não se pode esquecer que as ações que visam tutelar o controle em abstrato da constitucionalidade são ações coletivas por excelência; não há que se falar nessa espécie de tutela constitucional, quando esteja em jogo mero interesse individual puro, ate porque a norma jurídica de regra é abstrata e visa atingir uma coletividade de pessoas, identificáveis ou não.⁹¹

Temos, no Brasil, as seguintes ações constitucionais de controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade pertencente ao direito processual coletivo especial: a) Ação direta de inconstitucionalidade por ação (art. 102, I, a, CR/88; regulamentada pela Lei de nº 9.868, de 10 de novembro de 1999); b) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CR/88; regulamentada pela Lei de nº 9.868, de 10 de novembro de 1999); c) Ação direta de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e 103, § 4º, da CR/88); d) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CR/88; regulamentada pela Lei de nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999); e) Ações para o exercício do controla concentrado de constitucionalidade pelos Estados e pelo Distrito Federal (art. 125, § 2º da CR/88).⁹²

Não há como deixar de concluir, em razão do que foi posto, que o processo coletivo especial é, a toda evidência, um novo ramo de processo coletivo, de objeto especial, mais abrangente, instituído pela *Magna Carta* de 1988.⁹³

3.4 Princípios

O vocábulo princípio designa, numa acepção vulgar, o início, a causa primária, o momento ou local em que algo tem origem. No plano da gnose, os princípios podem ser definidos como proposições diretoras de uma ciência. São eles os pressupostos de um sistema de conhecimento, servindo como condição de validade das demais estruturações que integram um dado campo do saber.

Também no campo do saber jurídico, princípios são “verdades fundantes”⁹⁴.

⁹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 163.

⁹² Idem, p. 184-233.

⁹³ “A visão do *direito processual coletivo* como um novo ramo do direito processual, fundamentada em uma nova e moderna metodologia interpretativa, extraída especialmente da essência do Estado Democrático de Direito brasileiro como *estado da transformação social com justiça*, certamente poderá contribuir para minimizar as investidas autoritárias desenfreadas e inconstitucionais que têm abalado o povo brasileiro e colocado em descrédito as suas principais instituições democráticas” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 183-184).

⁹⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 299.

Eles assumem o papel de mandamentos nucleares do sistema normativo, definindo sua lógica e racionalidade. Como disposições fundamentais, irradiam-se sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência.⁹⁵

No paradigma pós-positivista, os princípios estão inseridos no âmbito da normatividade jurídica e, como normas de indubitável densidade valorativa, merecem especial atenção dos juristas. Essa é a razão pela qual não devem ser poupados esforços para a compreensão morfológica e teleológica dos princípios.

A ciência processual, em deferência às finalidades jurídicas, sociais e políticas do processo, bem como ao seu compromisso com a ética e a moral, atribui extraordinária importância aos princípios, que legitimam e servem de supedâneo ao sistema processual. Alguns princípios, como os constitucionais, são coincidentes a todos os ramos do processo, porque se embasam numa plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo.⁹⁶ Existem princípios, porém, que são próprios de um determinado ramo do processo ou que, neste determinado ramo do processo, adquirem uma roupagem diferenciada.

A principiologia do direito processual civil assume feição bastante particular quando aplicada ao processo coletivo. Nada mais natural, já que a base teórica referente à tutela clássica, essencialmente individualista, não atende às peculiaridades das demandas de massa. Por óbvio, a teoria construída para o processo individual é proveitosa ao processo coletivo. Há, contudo, necessidade de ressalvas e de observância a especificidades, mormente porque o processo individual objetiva a solução do litígio *inter partes* e o processo coletivo busca solucionar a lide frente à coletividade.

Feitas essas considerações, passa-se à enumeração dos princípios do direito processual coletivo e à análise de seus fundamentos e consequências frente à tutela jurisdicional coletiva. Destaque-se que a elaboração de uma tipologia dos princípios tem por objetivo salientar as grandes linhas políticas de interpretação e aplicação dos institutos fundamentais do processo coletivo.

O artigo 103 da Constituição da República de 1988 enumera os legitimados ativos para o ajuizamento de ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

⁹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 35.

constitucionalidade.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º 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.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4º (Revogado).

Os legitimados ao ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) são, segundo o art. 2º da Lei nº 9.882/99, os mesmos legitimados ao ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN, art. 103, CR/88), quais sejam, I - o Presidente da República, II - a Mesa do Senado Federal, III - a Mesa da Câmara dos Deputados, IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), VI - o Procurador-Geral da República, VII - o *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, VIII - partido político com representação no Congresso Nacional, IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

3.4.1 Princípio do acesso à justiça

Ao acesso à justiça já foram dedicadas algumas laudas deste trabalho. Registrou-se, aqui, a sua evolução em ondas, nos termos sustentados por Mauro

Cappelletti e Bryant Garth no Relatório Geral do Projeto Florença.⁹⁷ Como afirmado alhures, a compreensão de acesso à justiça não se limita à idéia de mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo. Os cidadãos têm pleno acesso à justiça - em sua acepção mais ampla e compatível com a realidade contemporânea - quando conhecem os seus direitos, não se conformam com eventual lesão a esses direitos e possuem condições de transpor os custos de oportunidade e os óbices econômicos, sociais e culturais para alcançar a solução do litígio que se lhes apresenta, através da entidade que consideram mais adequada para tanto: uma instância formal não judicial, os órgãos judiciais ou uma terceira parte da comunidade.⁹⁸

Não obstante, dando-se enfoque ao acesso à justiça como princípio processual, chega-se à conclusão de que ele é luz irradiante para o sistema. Conforme irretocável lição de Cândido Rangel Dinamarco, o acesso à justiça é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo. É ele, ao mesmo tempo, princípio-síntese e objetivo final do direito processual. Todos os demais princípios e garantias inerentes a este ramo do Direito foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos.⁹⁹

O princípio do acesso à justiça informa que o processo precisa ser via de conexão entre o cidadão e a justiça - e via de fácil ingresso. O escopo do processo é, sem dúvida, proporcionar o alcance da justiça por quem realmente teve um direito violado ou ameaçado de lesão. Essa é a sua razão de ser. Consigne-se, porém, que, no processo individual, o princípio do acesso à justiça relaciona-se, basicamente, ao cidadão, tendo por finalidade orientar a solução de impasses limitados à esfera de interesses da pessoa. No que se refere ao processo coletivo, as lides, por serem de massa, possuem dimensão social e política, motivo pelo qual o acesso à justiça transforma-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por um número expressivo de cidadãos.¹⁰⁰

Nesse ponto, é de rigor ressaltar a relevância do processo coletivo como

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, 1988.

⁹⁸ PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (Coord.). *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*, 2002.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11-15.

instrumento capaz de proporcionar ampliação e democratização do acesso à ordem jurídica justa,¹⁰¹ na medida em que a) reúne, numa única ação, as pretensões daqueles que, individualmente, não teriam condições de ingressar em juízo, b) elimina as barreiras psicológicas, técnicas, educacionais e de ordem econômica que dificultam o acesso à justiça por parte da população considerada vulnerável e c) possibilita a solução simultânea de uma série de litígios, e não somente de um caso particular, o processo coletivo pacifica, com justiça, uma infinidade de conflitos.

A aplicação do princípio do acesso à justiça à tutela jurisdicional coletiva aponta para importantes consequências: facilitação do tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas; economia de tempo, esforços e despesas aos envolvidos no processo; resguardo da uniformidade das decisões judiciais; e obtenção de maior eficácia das decisões, com proteção efetiva dos direitos e interesses coletivos.

3.4.2 Princípio da universalidade da jurisdição

O princípio em destaque está intimamente relacionado ao princípio do acesso à justiça. O princípio da universalidade da jurisdição veicula a idéia de que o acesso à justiça deve ser assegurado ao maior número possível de pessoas. A formulação deste princípio decorre da compreensão de que os direitos e interesses do indivíduo estão costurados no ideal da coletividade. Isto significa que a razão de existência da norma no ordenamento não é o atendimento a um interesse, isoladamente considerado, senão o atendimento aos reclames da universalidade. São as aspirações da coletividade que inspiram, originam, justificam e condicionam as normas jurídicas. Assim, se o sentido sistêmico das normas jurídicas é acolher os anseios da coletividade, é imperioso reconhecer que a jurisdição existe para alcançar a todos.

No processo individual, o princípio da universalidade da jurisdição não tem o

¹⁰¹ No Brasil, a visão instrumentalista provocou reformas significativas no sistema processual, voltadas à efetivação da tutela jurisdicional. A antecipação da tutela (art. 273 do Código de Processo Civil), a tutela inibitória e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do Código de Processo Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor), a simplificação do processo de execução, excluindo-se a necessidade de cálculo por contador, a audiência prévia de conciliação e saneamento e as alterações na sistemática recursal (Leis nºs 9.139/95 e 9.756/98) são marcas da mudança teórica promovida no Direito Processual Brasileiro (CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. *Revista Jurídica*, p. 112-135).

mesmo alcance. Nele há interesses subjetivos, pessoais, distintos dos interesses de massa, com técnicas processuais distintas e decisão jurisdicional adequada àquelas partes envolvidas no litígio. Nesse sentido:

O princípio da universalização da jurisdição tem alcance mais restrito no processo individual, limitando-se à utilização da técnica processual com o objetivo de que todos os conflitos de interesse submetidos aos tribunais tenham resposta jurisdicional, e justamente a resposta jurisdicional adequada. Mas o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio desde que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que abre as portas à universalidade da jurisdição.¹⁰²

O que se vê, portanto, no processo coletivo é que novas causas, impossíveis de serem propostas individualmente, poderão ser levadas, pelas massas, aos tribunais.

3.4.3 Princípio da participação no processo e pelo processo

O princípio da participação se subdivide em duas espécies. a) participação *no processo*; b) participação *pelo processo*. A participação no processo significa poder participar do contraditório, no exercício da ampla defesa, sendo informado dos atos processuais. Próprio do processo individual, exercido pelo titular do direito material. Assim preleciona Ada Pellegrini Grinover:

Há assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo; menor por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamando representante adequado.¹⁰³

Por sua vez, o princípio da participação pelo processo nos aponta em sentido diverso, uma vez o processo é usado como instrumento de transformação social, nos interesse das 'massas', feito por legitimado extraordinário.

3.4.4 Princípio da economia processual

Trata-se do princípio que objetiva determinar que o direito resolva o conflito

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo, p. 12.

¹⁰³ Idem, p. 13.

de interesses com o menor esforço possível das atividades processuais. No processo coletivo vimos esse princípio consideravelmente relevado nos casos de reunião de processos por conexão e continência, como também a extinção de feitos em razão de litispendência e de coisa julgada.

Esse princípio fica evidentemente potencializado nas demandas coletivas protetivas dos direitos individuais homogêneos, possibilitando que num único feito possam ser decididas questões comuns a todos os interessados, evitando-se, assim, diversas demandas individuais.¹⁰⁴

3.4.5 Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo

Gregório Assagra de Almeida consagra esse princípio, considerando que por o processo coletivo voltado para os grandes litígios, de caráter social, não se pode ter um apego exagerado a questões formais, tais como as condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões, etc. Esse princípio, no processo coletivo, está profundamente associado ao princípio da instrumentalidade das formas.¹⁰⁵

Assim Preleciona o citado doutrinador:

Não é mais admissível que o Poder Judiciário fique preso em questões formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista já superada e incompatível com o Estado Democrático de Direito, deixando de enfrentar o mérito, por exemplo, de uma ação coletiva cuja causa de pedir se fundamenta em improbidade administrativa ou em dano ao meio ambiente.

Portanto, na orientação dessa diretriz principiológica, o Poder judiciário, em vez de ficar procurando questão processual para extinguir, sem o enfrentamento do mérito, o processo coletivo, deverá flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, a fim de que, na resolução do conflito coletivo, efetive o comando Jurídico esperado socialmente.¹⁰⁶

O que se deve considerar no processo coletivo é a participação efetiva do Poder Judiciário na busca de uma resolução justa de um conflito que envolva interesses ou direitos coletivos, mesmo que pra isso haja uma flexibilização dos

¹⁰⁴ ANDRADE Adriano; MASSON Cléber; ANDRADE Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 42.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 571-572.

¹⁰⁶ Idem, p. 572.

requisitos de admissibilidade processual.

3.4.6 Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva

O princípio preconiza que o processo coletivo terá prioridade em sua tramitação e julgamento em relação ao processo individual, vez que é ele um instrumento de tutela e pacificação da sociedade. Considera-se ainda que através do processo coletivo evita-se a proliferação de demandas individuais e o surgimento de decisões conflitantes. Esclarece Gregório Assagra de Almeida:

O princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva é consequência dessa supremacia do interesse social sobre o individual, e também decorre do art. 5º, § 1º da CF, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. O Poder Judiciário, assim como os operadores do direito, deve atuar para priorizar a tramitação e o julgamento do processo coletivo.

Essa prioridade já acontece em relação a outras formas de tutela jurisdicional, como o *habeas corpus* e o *habeas data*. Não seria nem um pouco razoável que o Poder Judiciário não desse prioridade às tutelas jurisdicionais coletivas, pois é no julgamento desses conflitos coletivos que ele terá o condão de dirimir, em um único processo e em uma única decisão, um grande conflito coletivo ou vários conflitos individuais entrelaçados por uma homogeneidade de fato ou de direito que justifique, seja por força de economia processual, seja para evitar decisões conflitantes, a tutela jurisdicional coletiva.¹⁰⁷

Assim, como sempre haverá interesse social nas demandas coletivas, deverão ser eles analisados com prioridade máxima, prevalecendo sobre o interesse individual.

3.4.7 Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva

A Lei de Ação Civil Pública assim dispõe:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

..... *omissis*

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por

¹⁰⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 573.

associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

Trata-se de princípio cujo fundamento está expresso em lei. Pelo texto, vê-se que qualquer um dos legitimados não pode abandonar a causa infundadamente. Portanto, é vedado, por lei, que se desista ou abandone a ação. Caso aconteça, o juiz determinará à submissão do feito ao controle de outros legitimados ativos, especialmente ao Ministério Público.

Se a causa da desídia ou desistência for do Órgão do Ministério Público, o juiz poderá remeter os autos à Procuradoria Geral da República (art. 28 do Código de Processo Penal - CPP). A desídia ou desistência do processo coletivo não significa a desistência quanto ao direito material. Deste o autor da ação jamais poderá abrir mão, uma vez que não é o titular desse direito. É apenas um legitimado processualmente e extraordinariamente, via de regra.

3.4.8 Princípio da adequada representação (legitimação)

Trata-se de princípio que procura estabelecer uma representatividade plena e capaz, que conduza ao processo com conhecimento, segurança, técnica e probidade processual. Na aplicação desse princípio, o juiz deverá considerar (controle judicial) que a adequada legitimação deverá atender, também, ao princípio do devido processo legal coletivo e de seu efetivo alcance quanto à tutela de interesse social defendida, e ao princípio da segurança jurídica. O interesse público se sobrepõe à legitimação ativa fixa por lei. Elucida Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior:

Trata-se de princípio que impõe o controle judicial da adequada legitimação. [...]. A tendência atual, verificada inclusive nos anteprojetos de Código de Processo Coletivo Brasileiro, é que este princípio venha cada vez mais a ocupar espaço nos processos coletivos, superada uma primeira fase em que a legitimação era tão-somente ativa e fixada *ope legis*. Nesse particular, o aumento de responsabilidade e poderes do juiz desempenha papel preponderante, já que se revela como função sua a de controlar a adequada representação.¹⁰⁸

O princípio será desenvolvido com mais amplitude no tópico seguinte (4.4.11).

¹⁰⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 137-138.

3.4.9 Princípio da não-taxatividade da ação coletiva

A Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), antes de ser alterada pelo Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que inseriu o inciso IV no seu art. 1º, trazia, taxativamente, as espécies possíveis de tutelas que poderiam ser objeto de processo coletivo. Todavia, com a Promulgação da Magna Carta de 1988 (art. 5º XXXV, e 129, III, da CR/88) não mais subsiste vedação a qualquer tipo de tutela coletiva. Portanto, quaisquer vedações ou limitações impostas pelos Tribunais e pela legislação infraconstitucional são flagrantemente inconstitucionais.¹⁰⁹

3.4.10 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum

Este princípio está diametralmente ligado à concepção do processo coletivo, uma vez que neles, nos processos coletivos, não serão prejudicados os titulares de direitos individuais, somente beneficiados. A coisa julgada tratada individualmente não tem aplicação no processo coletivo.

Caso a decisão seja favorável ao titular do direito individualmente, poderá ele proceder ao cumprimento de sentença desde que reste demonstrando estar ele identificado com a questão fática discutida nos autos.¹¹⁰

3.4.11 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo

Esse princípio autoriza ao Poder Judiciário a exercer poderes instrutórios amplos. Significa que poderá atuar livremente, sem a manifestação das partes e independente delas, na busca da verdade real, processual, a fim de que se garanta

¹⁰⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 575.

¹¹⁰ “[...]Por outro lado, fica garantido ao titular do direito individual, em caso de procedência da demanda coletiva, utilizar a sentença coletiva no seu processo individual (transporte in utilibus), desde que comprove a identidade fática de situações, nos mesmos moldes da ação civil ex delicto. Tolitur quaestio quanto ao na debeatur, remanesce a demonstração do nexo de causalidade, para a identificação do credor, e do quantum debeatur. [...] Este princípio decorre da maior amplitude da cognição da demanda coletiva, já que se pressupõe que neste âmbito haverá, além do forte ativismo em matéria probatória, uma defesa mais intensa por parte dos legitimados passivos, e um maior empenho do legitimado ativo atuando como substituto processual.” DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 132.

a efetividade do processo coletivo.

Gregório Assagra de Almeida pondera a despeito do tema, considerando outros poderes que o juiz poderá exercer em demandas coletivas para garantir a efetividade do interesse público:

Além desses poderes instrutórios amplos para a busca do máximo grau de certeza sobre os fatos alegados, o juiz ainda é portador de outros poderes para garantir a máxima efetividade do processo coletivo. Poderá o julgador conceder liminar, com ou sem justificação prévia (art. 12 da Lei n. 7.347/85). Poderá também conceder a antecipação de tutela (art. 84, § 3º, da Lei n. 8078/90), bem como utilizar-se das medidas de apoio previstas no art. 84, § 5º, da Lei n.8078/90, para assegurar o resultado prático equivalente.¹¹¹

O juiz é o destinatário da prova. E no processo coletivo há um interesse público, voltado para a coletividade, fato que o autoriza a agir como protagonista da relação processual.

3.4.12 Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum

Temos aqui, nesse princípio, na busca da efetividade dos interesses sociais, que não há óbice à propositura de qualquer espécie de ação e provimentos, antecipatórios ou não. Assim:

todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva. Com efeito, cabe ação de conhecimento, com todos os tipos de provimentos (declaratório, condenatório, constitutivo ou mandamental), ação de execução, em todas as suas espécies, ação cautelar e respectivas medidas de efetividade pertinentes. Cabe inclusive a antecipação da tutela jurisdicional no Processo Coletivo de Execução (art.83 do CDC, c/cart. 21 da LACP e art. 66 da Lei n. 8.884/94). Esse princípio decorre, como se observou, do disposto no art. 83 do CDC, em combinação com o art. 21 da LACP.¹¹²

Nesse passo temos que o interesse público goza de primazia e amplitude processual plena.

¹¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 570.

¹¹² Idem, p. 578.

3.4.13 Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público

Segundo a própria Constituição, a finalidade do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis. Sob essa ótica, considerando que uma decisão no processo coletivo é de interesse público, o Ministério Público tem expressa autorização legal para promover a Execução Coletiva, caso os legitimados que propuseram a demanda não a promovam.¹¹³

3.5 Institutos fundamentais do processo coletivo

Como vimos, os princípios gerais do direito processual exigem uma interpretação diversa no processo coletivo comum, em consideração as suas particularidades. Do mesmo modo, e ainda mais acintosa, é diferença existente entre os institutos do processo coletivo quando comparado com o processo individual.

3.5.1 Legitimação

O processo coletivo, por óbvio, não poderia adotar a sistemática de legitimação do Código de Processo Civil. Segundo se extrai do art. 6º do Código de Processo Civil, somente o detentor de um direito é que pode demandá-lo; salvo se a lei autorizar que haja substituição processual. A legitimação no processo coletivo, como vimos, até mesmo em atendimento a seus princípios, concorrente, disjuntiva e autônoma.¹¹⁴

Concorrente, pois a norma quis dar maior proteção a tais direitos conferindo poderes a certos entes de maneira igualitária, de forma que um não anula o outro. Assim, segue-se a idéia de que os interesses difusos e coletivos sejam protegidos

¹¹³ “O princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público tem previsão expressa em texto de lei. Observa-se que o Ministério Público, em caso de desídia dos outros legitimados ativos, tem o dever de promover a Execução Coletiva (art. 15 da LACP). Tal princípio tem previsão até mesmo na LAP, que confere legitimidade ativa provocativa subsidiária ao Ministério Público para a Execução Coletiva; deve o *Parquet* assim agir em caso de desídia do cidadão-autor ou de outro legitimado (art. 16 da Lei n. 4.717/65).” Gregório Assagra de Almeida citado por NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, p. 200-221, 1992. p. 216.

¹¹⁴ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 709.

na medida em que o leque de legitimados seja amplo suficiente para atender a demanda da sociedade.

Disjuntiva, quando se diz que uma entidade legitimada não precisa da anuência da outra para ingressar com a ação coletiva. Caso desejem ajuizar ação em conjunto, o litisconsórcio será facultativo. Entendemos pela grande importância de tal característica haja vista que tais pretensões serão prontamente ajuizadas por quem tem maior interesse ou especialidade do assunto. Assim, poder-se-ia evitar que determinadas matérias fossem demandadas por pessoa não capacitada tecnicamente, intelectualmente, etc., o que geraria inúmeros prejuízos sociais.

Autônoma, pois pertence autonomamente a cada um dos entes que respondem por si mesmos na ação, não se tratando de substituição processual como já ventilado. Sendo assim, como ensina Rizzatto Nunes, “o objeto do direito em jogo não pertence à entidade - quer seja caso de direito difuso ou coletivo -, mas a ação sim: esta é exercida no âmbito de sua autonomia”¹¹⁵.

3.5.2 Representatividade adequada

Alocamos a representatividade adequada não só como princípio do moderno modelo do processo coletivo comum, como também entre seus institutos, haja vista que uma vez aqui considerado, servirá,

como alicerce no processo coletivo a legitimação, exigindo que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade, até porque o legitimado é o sujeito do contraditório, do qual não participam os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas.¹¹⁶

Quando do estudo da legitimação, trataremos o tema com mais profundidade.

3.5.3 Coisa Julgada

A coisa julgada no processo individual tem força de lei, estritamente entre as

¹¹⁵ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, p. 709.

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*, p. 14.

partes (*pro et contra*), nos limites da lide e nas questões decididas (art. 468 do CPC). No processo coletivo “Trata-se de conteúdo inerente ao direito fundamental à segurança jurídica”¹¹⁷. “No Direito Processual Civil Brasileiro, a característica fundamental da coisa julgada é que somente beneficia ou prejudica aqueles que tenham atuado na demanda em que prolatada a decisão”¹¹⁸.

No entanto, a coisa julgada no processo coletivo tem regime próprio, *ex vi legis, erga omnes* ou *ultra partes* (limitada à categoria, grupo ou classe) e, por vezes, *secundum eventum litis e/ou secundum eventum probationis*. Faremos uma análise da coisa julgada no processo coletivo *latu sensu*, nas suas diversas espécies (coletivo estrito senso, difuso e individual homogêneo).

O principal diploma que rege a coisa julgada no âmbito do direito processual coletivo é Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), notadamente nos seus artigos 103 e 104, tendo como subsídio o Código de Processo Civil, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65). Assim está disposto nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

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

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

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

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

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

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

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

¹¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 369.

¹¹⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 189.

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

Por uma simples leitura dos artigos, percebe-se que quando o direito da causa for individual homogêneo, os substituídos que intervieram no processo serão alcançados pela coisa julgada material que lhes for desfavorável (art. 103, § 1º - acima). Ainda na lição de Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior:

A terceira observação refere-se aos direitos individuais, que só serão atingidos em benefício de seus titulares pela sentença em ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos (art. 103, III - supra). Isso ocorre porque os titulares individuais não participarão do processo e, portanto, não poderão ser prejudicados pela sentença de improcedência. Confirma essa opinião o art. 103, § 1º, quando esclarece que os titulares individuais que tiverem intervindo como litisconsortes sofrerão os efeitos da coisa julgada. Isso porque esses litisconsortes “participaram” do processo, atuando no contraditório, sendo legítimo o seu alcance pela imutabilidade da decisão, mesmo quando negativa.¹¹⁹

Quanto aos direitos coletivos estrito senso ou difusos, o Código de Defesa do Consumidor aponta que há, sim, imutabilidade da coisa julgada. Todavia, a coisa julgada material só acontecerá “se forem exauridos todos os meios de provas”¹²⁰. O texto supra consagrou a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que é aquela que se forma quando requerido, produzido e realizado todo meio de prova. para demandas coletivas estrito sendo e difusa. Evidente, portanto, que a diferença do instituto da coisa julgada entre o processo individual e o processo coletivo é substancial. Nas palavras de Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior:

Uma primeira observação: pela simples leitura do texto percebe-se que os direitos coletivos e os direitos difusos na causa serão atingidos pela imutabilidade da coisa julgada, mas as ações e direitos individuais dos substituídos (por exemplo, os membros da classe ou os moradores da região em que ocorreu o acidente ecológico) não serão prejudicados (art. 103, § 1º - supra).¹²¹

No processo individual, que trata da regra geral da coisa julgada, (*pro et contra*), a natureza jurídica da decisão que julga improcedente o pedido por falta de prova será de mérito. O documento novo, surgido depois da ocorrência da coisa julgada no processo individual, poderá ser válido numa eventual ação rescisória. No

¹¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 378.

¹²⁰ *Idem*, p. 376.

¹²¹ *Idem*.

entanto, nos processos coletivos estrito senso ou difuso o conceito de prova ganha outros contornos, uma vez que o que se busca nos feitos de interesse das massas é a realização da justiça. ‘Por óbvio essa prova deve ser suficiente para um novo juízo de direito acerca da questão de fundo, não bastando a prova que mesmo nova, embora produzida não possibilite novo resultado.’¹²²

Em resumo, quanto à conclusão do instituto da coisa julgada no processo coletivo, podemos resumir as seguintes situações: a) pedido julgado procedente. Teríamos, então, a coisa julgada material no âmbito da coletividade, com extensão *erga omnes* ou *ultra partes* nas demandas individuais; b) pedido julgado improcedente, por insuficiência de provas. Nesse caso, não coisa julgada material, o que autoriza a propositura de nova demanda, com fulcro em novas provas, por qualquer legitimado, inclusive aquele que perdeu a causa originária, bem como em nada afeta o possível ajuizamento de ação individual; c) Pedido julgado improcedente, com suficiência de provas. Nesse caso, haverá coisa julgada material de âmbito coletivo, impossibilitando que quaisquer legitimados proponham nova demanda que verse sobre o mesmo assunto. Contudo, mesmo nessa situação, não há óbice legal para ajuizamento de demanda individual.¹²³

3.5.4 Causa de pedir

3.5.4.1 Causa de pedir e os direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos possuem interesses que se confundem com o individual. A proteção coletiva, nesse caso, ocorrerá quando puder se visualizar o ajuizamento de diversas demandas idênticas. Portanto, os fundamentos

¹²² Importante ressaltar que o julgamento por insuficiência de provas não precisa ser expresso. Deve, contudo, decorrer do conteúdo da decisão que outro poderia ter sido o resultado caso o autor comprovasse os fatos constitutivos de seu direito. A identidade aparente de circunstâncias como o disposto no art. 485, VII, do CPC - não se trata de hipótese de rescisória, mas de decisão que não concede o pretendido em razão da ausência de prova - é somente parcial. Aqui não há julgamento de mérito propriamente dito, portanto pelo sistema do CPC sequer seria admitida uma ação rescisória. Repetimos, não há necessidade de na sentença constar a referência expressa a ausência de prova. Independentemente disto, pode a parte repropor a demanda, desde que nova prova demonstre que o juiz não poderia ter decidido a matéria, já que essa nova prova se mostra suficiente para a eventualmente resultar na procedência do pedido. A prova suficiente é um requisito específico das ações coletivas. Por outro lado, em nossa opinião, não há necessidade de a decisão ser clara: “julgo improcedente por falta de provas”. Contudo, sem dúvida essa fórmula é a mais conveniente, uma vez que deixa evidente para as partes que não se trata de decisão estabilizada quanto ao mérito.

¹²³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 378.

que norteiam a causa de pedir à tutela dos direitos individuais homogêneos se restringem em que sejam idênticos os fatos e que sejam múltiplos.¹²⁴

Na fase de liquidação evidencia-se a homogeneidade dos fatos. Contudo, caberá ao julgador uma análise mais cuidadosa da causa de pedir para que perceba sobre a possibilidade de se tratar de demanda coletiva, mesmo sendo a causa de pedir voltada para interesses individuais. Com isso, haverá uma defesa mais *molecularizada* do conflito.¹²⁵

Concluindo, a causa de pedir será o marco para que se conclua pela identidade de tutela coletiva de direito homogêneos; havendo identidade em diversas delas deverá, sim, ser levada a efeito como sendo caso clássico de demanda coletiva, voltada à proteção dos direitos individuais homogêneos.

3.5.4.2 Causa de pedir e os interesses difusos e coletivos

Vimos que quando se tratar de tutela de interesses difusos não há como determinar os titulares desse direito. Trata-se, também, como já analisado, de tutela cujo objeto é indivisível, tais como a reparação por dano ambiental. Por sua vez, nos direitos e interesses coletivos, os titulares são determináveis, todavia, ligados entre si por uma relação jurídica comum e não de fato.

Os interesses difusos e os coletivos devem relacionar-se a uma única e exclusiva causa de pedir, que tenha a sua base, como fundamento jurídico, um interesse que seja indivisível. O fato que gera esse tipo de conflito, exigente de tutela jurisdicional, deve infringir interesses ou direitos indivisíveis, que afetem de forma idêntica toda a coletividade, mais ou menos identificável, ou de impossível identificação.¹²⁶

Assim posto, sendo a indivisibilidade do fato elemento capaz de determinar a união de todos os interessados e a defesa de interesses que a todos pertencem, seja no plano coletivo *strictu sensu* e na tutela dos direitos difusos, a causa de pedir restará, quanto a este, o cuidado de determinar qual relação jurídica envolve os beneficiados do grupo e qual grupo deverá ser beneficiado.

¹²⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A 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: (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 214.

¹²⁵ Idem, p. 33.

¹²⁶ Idem, p. 214.

3.5.5 Pedido

No magistério de Milton Paulo de Carvalho;

Pedido é a conclusão dos fatos e dos fundamentos jurídicos que foram narrados pelo Autor, e expressa o anseio do demandante de que, em relação ao conflito trazido ao Estado-juiz, seja dado um pronunciamento de acordo com o seu entendimento.¹²⁷

De Araken de Assis: “O pedido agasalha a invocação do poder jurisdicional do Estado”¹²⁸.

É a resposta da causa de pedir, uma vez que por ela postula-se o pedido e seu provimento. Luiz Guilherme Marinoni: “O pedido consiste naquilo que, em virtude da causa de pedir, postula-se ao órgão julgador”¹²⁹.

Temos ainda, a título de subdivisão do seu conceito, o pedido em mediato e o imediato. O primeiro diz respeito diretamente ao bem da vida que se pretende ver tutelado; o segundo aponta para a espécie de tutela pretendida. Luiz Guilherme Marinoni esclarece:

Quando se alude ao pedido imediato, fala-se na espécie de sentença - e conseqüentemente no tipo de pedido - que é requerida ao órgão jurisdicional. Neste sentido fala-se em pedido declaratório, pedido constitutivo, pedido condenatório, pedido executivo e pedido mandamental.

[...]

O pedido mediato é o bem da vida pretendido pelo autor. Assim, por exemplo, a declaração de certeza jurídica (sentença declaratória); a criação de uma nova situação jurídica, a modificação de um contrato ou a sua anulação (sentença constitutiva ou desconstitutiva).¹³⁰

No mesmo sentido, ensina José Carlos Barbosa Moreira:

Ao ajuizar a demanda, pede o autor ao órgão judicial que tome determinada providência: declare a existência ou a inexistência de uma relação jurídica, anule este ou aquele ato jurídico, condene o réu a pagar tal ou qual importância, a praticar ou a deixar de praticar certo ato etc.

Destarte, o autor, ao deduzir sua pretensão através de uma demanda em juízo, formula um pedido consistente no bem da vida reivindicado e outro representado pela natureza do provimento jurisdicional que exige a

¹²⁷ CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 68.

¹²⁸ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 153.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 83.

¹³⁰ Idem, p. 83-85.

modalidade da tutela que pretende, a saber: condenatória, constitutiva, declaratória, executiva ou mandamental.¹³¹

Nas ações coletivas temos que o pedido imediato, em face do previsto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, é amplíssimo, admitindo o ajuizamento de toda espécie de pedido para efetivação da tutela dos direitos e interesses coletivos.

O Código de Processo Civil Brasileiro, no art. 293, determina que a interpretação do pedido tem de ser restritiva e afirma a necessidade de certeza e determinação como regra geral. Portanto, o pedido fica adstrito (princípio da adstrição) a uma interpretação literalizada, restrita, impedindo a ocorrência de decisões *ultra, citra* ou *extra petita*. Excepcionalmente, admite-se que se deduza pedidos genéricos no caso das ações universais, quando houver impossibilidade de se determinar a dimensão exata do dano a ser reparado ou quando o valor da condenação a ser depender de fato do réu.

No Brasil não há um processo coletivo próprio. Mesmo que com princípios e institutos tão diferenciados do Processo Individual, o processo coletivo é subsidiado pelo CPC. Todavia, encontramos, no artigo 84 e 93 do CDC regras de flexibilização do pedido. O artigo 84 concede ao juiz a prerrogativa de fixar, oficiosamente, multas ou quaisquer outras medidas executivas que julgar necessárias à obtenção da tutela específica ou qualquer medida executiva necessária para a sua obtenção ou do resultado prático equivalente, se valendo de verdadeiras cláusulas gerais. Neste sentido, o pedido pode receber contornos menos rígidos. O art. 95 do CDC, por sua vez, autoriza a sentença genérica: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. A possibilidade de decisões genéricas, nessas hipóteses, advém do fato de que os legitimados ao ajuizamento de demandas coletivas não necessitam conhecer os reais interessados, bem como também não precisam saber da cada situação individualmente. Trata-se de excepcionalidade criada num contexto de direito material e processual excepcional. Tal peculiaridade autoriza um sistema de exceção para um direito excepcional que deve ser também tutelado. E havendo a possibilidade de ser prolatada uma sentença genérica, igualmente deve-se admitir

¹³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 10.

seja veiculado um pedido genérico.¹³²

O pedido, além de receber rigorosa interpretação, não pode ser ampliado após a citação do réu, salvo se este consentir (arts. 264 e 321 do CPC). O réu tem que expressamente manifestar sua concordância; o silêncio representa anuência tácita, operando-se a preclusão.

Após o saneamento, é vedada qualquer alteração objetiva promovida pelo autor, mesmo com o consentimento do réu. Em razão disso, não se pode alterar objetivamente o processo em fase recursal, até mesmo para que não haja supressão de instância. A única alteração objetiva do processo possível após o saneamento é que ocorre em razão da oposição interventiva.¹³³

Quanto ao aditamento, o regramento é diferente. Mesmo com a concordância das partes não poderá haver aditamento após a citação do réu (art. 294 do CPC).

Não obstante a ausência de um processo coletivo no Brasil, a tendência é que se consolide, via jurisprudência, a relativização e a flexibilização da leitura que se deve fazer do pedido nos casos cujas demandas for de interesse ou de direito coletivo.

O Código Modelo Brasileiro de Processos Coletivos (IBDP) adotou o seguinte procedimento:

Art. 5º, parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, observado o parágrafo 3º do artigo 10.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América também traz solução quanto aos equívocos que se comete na leitura e consideração do pedido nos processos coletivos, ampliando seu alcance:

Art. 10 [...]

§ 1º Ouidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

§ 2º O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo em

¹³² BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional das políticas públicas*. 2005. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/pedido.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

¹³³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 306-307.

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

Numa primeira leitura dos textos supra, percebe-se que o Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América traz uma solução mais adequada aos interesses e direitos coletivos, em razão de não estabelecer limite temporal máximo para alteração do processo.

Oportuno os ensinamentos Ada Pellegrini Grinover:

O conceito rígido de pedido e causa de pedir, próprio do CPC, aplicado ao processo coletivo, tem dificultado a reunião de processos coletivos, provocando a condução fragmentária de processos, com decisões contraditórias. O Código projetado muda radicalmente a forma de interpretação do pedido (olhando para o bem jurídico a ser tutelado) e da causa de pedir.¹³⁴

3.5.6 Conexão, continência e litispendência

Duas ações serão conexas quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir (art. 103 do CPC). Haverá continência quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir de duas ou mais ações (art. 104 do CPC). Ocorrendo a conexão ou a continência, em regra há reunião das ações para que sejam julgadas conjuntamente, evitando-se, assim, decisões conflitantes (art. 105 do CPC). A redefinição da interpretação do pedido e da causa de pedir, assim como da identidade de partes, tem reflexos imediatos nos institutos da conexão, continência e litispendência (e até da coisa julgada).

Seria possível a ocorrência de causas conexas ou continentes no processo coletivo? Primeiramente devemos considerar que o CPC foi elaborado em garantia ao processo individual, cuja legitimação é autônoma, havendo identidade entre as partes e os titulares da relação jurídica material. Nas demandas de interesse e/ou direitos coletivos a legitimação se dá por substituição, extraordinariamente, em defesa de classes, grupos ou coletividade. Ensina Hugo Nigro Mazzili que a identidade entre autores das ações civis públicas, para efeito da configuração da continência, é indiferente, pois o que importa, em seu lugar, é a identidade dos titulares do direito material defendido pelos autores. Portanto, para que se verifique a

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo, p. 15.

continência entre as ações coletivas, é somente necessária a coincidência de réus e da causa de pedir, e que o objeto de uma, por ser mais amplo, contenha o da outra.¹³⁵

Portanto, nesse cenário, podemos citar que há possibilidade de conexão e continência entre: ações civis públicas e ações populares; ação civil pública e mandado de segurança coletivo; ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo; e, por fim, também é admissível a conexão entre um processo coletivo de direitos individuais homogêneos e ações individuais, desde que idêntica a causa de pedir ou o objeto.

3.5.7 Competência

Com acerto e precisão, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, afirmam a respeito da competência:

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. Trata-se da 'quantidade de jurisdição é atribuído a cada órgão [ou grupo de órgãos]'.¹³⁶

Via de regra, por força do disposto no artigo 94 do CPC, a demanda deve ser ajuizada no domicílio réu. “O art. 94 mantém a regra tradicional de que o foro do domicílio do réu é competente para as ações contra ele propostas - *actor sequitur fórum rei*. É o chamado foro geral, que prevalece, quando não houver disposição em contrário”¹³⁷. Essa regra é a adotada nos litígios individuais.

A sistemática adotada quanto a competência no processo coletivo é diferenciada, *privilegiando a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*¹³⁸ preleciona o professor Lúcio Flávio Siqueira de Paiva,¹³⁹ as regras de competência no processo coletivo são determinadas, principalmente, pelo o art. 2º

¹³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 256.

¹³⁶ Enrico Tullio Liebman citado por DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 147.

¹³⁷ Celso Agrícola Barbi citado por GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 121.

¹³⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 122.

¹³⁹ PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. *Processo coletivo: direito processual civil*. 2012. (Apostila). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/147340170/Apostila-de-Processo-Coletivo>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

da Lei de Ação Civil Pública, e o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor:

Lei 7.347/85

Art. 2º. As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

3.5.7.1 A competência para a ação civil pública - competência territorial absoluta

Como visto, a regra básica de competência para a Ação Civil Pública, não obstante a lei falar em competência funcional, encontra-se nos artigos 2º da Lei nº 7.347/85 e 95 do CPC e nos revela tratar-se de competência territorial absoluta. Assim, a comarca *onde o dano ocorreu ou deva ocorrer será competente, em caráter absoluto, para processar e julgar e Ação Civil Pública.*

Caso o dano ocorra em lugares que envolvam mais de uma comarca, o foro competente, segundo a LACP, poderá ser qualquer uma delas, respeitando-se as regras de prevenção (um caso excepcional de *competência territorial absoluta concorrente*) nas demandas que tenham a mesma causa de pedir ou pedido, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 7.347/85.

Se o dano for regional, estadual ou nacional, não haverá aplicação de foros concorrentes. Nessas hipóteses há regra específica no CDC, como logo veremos.

3.5.7.2 Competência quando o dano for nacional

No artigo 93 do CDC temos a determinação de competência de foro no caso em que o seja de alcance nacional, fixando-a nas capitais dos Estados ou o Distrito Federal para processar e julgar o processo coletivo.

Parte da doutrina e de nossa jurisprudência divergia quanto à competência de dano ocorrido em prejuízo do país todo. A dúvida seria se caso de competência concorrente entre as capitais e o Distrito Federal. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Conflito de Competência nº 26.842-DF, firmou entendimento no sentido de quem em casos de dano de dimensão nacional são concorrentemente competentes os foros das capitais dos Estados e o do Distrito Federal.¹⁴⁰

3.5.7.3 Competência quando o dano for estadual

Mesmo sendo omissa a legislação quanto ao foro competente para ajuizamento de dano cuja abrangência seja estadual, a competência, por aplicação analógica do art. 93 do CDC, será o foro da capital do respectivo estado.

3.5.7.4 Competência quando o dano for de abrangência regional

A legislação não define o que seja dano regional, nacional ou estadual. Não faz distinção entre eles, o que gera muita insegurança quanto à definição de qual seja o juízo competente para uma ação coletiva.

Considerando as lições doutrinárias, bem como o que já está assentado na jurisprudência, entende-se que a ação coletiva para reparação do dano que se estende por mais de uma unidade federativa, sem que se configure como dano nacional, poderá ser ajuizada na capital de quaisquer umas das capitais dos estados atingidos. Se o dano ocorrer em comarcas de um mesmo estado, mas não vier a configurar um dano contra o estado, a ação será ajuizada no local onde o dano ocorreu ou deveria ter ocorrido. Trata-se de aplicação analógica do artigo 93 do CDC.

Em síntese, considerando ainda os casos de conexão e continência, segue o quadro explicativo:

¹⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 157.

Quadro 2 - Quadro Sinótico

	Processo Individual	Processo Coletivo
Competência Territorial	Relativa, em regra.	Absoluta.
Conexão e Continência	Não provoca a modificação em caso de competência absoluta	Provoca a modificação da competência, em que pese absoluta.
Prevenção	Determinado pelo 1º despacho (art. 106 do CPC) ou pela 1ª citação válida (art. 219 do CPC)	Determinada pela propositura da ação.

Fonte: PAIVA, 2012, p. 26.

3.5.8 Ônus da prova

A prova é um dos mais, senão o maior, importantes institutos do processo civil. Através dela se convence ao juiz quanto à veracidade de um fato, e, por conseguinte, o reconhecimento ou não do direito pleiteado. Da sua adequada produção, depende o sucesso da demanda.

Vicente Greco Filho, em linguagem bastante didática, ensina que:

a prova é todo elemento que pode levar ao conhecimento de um fato a alguém. No processo, a prova é todo meio destinada a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra 'prova' é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, como o significado de examinar, persuadir, demonstrar.¹⁴¹

O artigo 32 do CPC dispõe que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Como disposto, o Código de Processo Civil não trouxe, em rol taxativo, os meios de prova admitidos em direito. As provas e os meios não elencados no artigo 32 poderão ser usados em juízo, desde que sejam éticos e lícitos. O Código disciplinou apenas 05 (cinco) meios de prova, sendo eles: o depoimento pessoal (arts. 342 a 347), documental (arts. 364 a 399), testemunhal (arts. 400 a 419), a pericial (arts. 420 a 439) e a inspeção judicial (arts. 440 a 443). Preleciona Vicente Greco Filho: "Esse rol, porém, não é taxativo. Outros meios, desde que moralmente legítimos, ainda que não especificados, são hábeis a provar a verdade

¹⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2, p. 225-226.

dos fatos”¹⁴².

O ônus da prova, como regra geral (art. 333), pertence tanto ao autor como ao réu. Ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Mas o que seriam os fatos constitutivos? Esclarece o citado doutrinador: “São aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor”¹⁴³.

Por sua vez, ao réu é imposto o ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo do direito do autor,

ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor - são desse tipo as chamadas exceções materiais, por exemplo, a *exceptio non adimpleti contractus*. Se o réu não provar suficientemente o fato extintivo, modificativo ou impeditivo, perde a demanda. Não existe, no processo civil, o princípio geral *in dubio pro reo*. No processo civil, *in dubio*, perde a demanda quem deveria e não conseguiu.¹⁴⁴

No processo coletivo brasileiro temos a inversão do ônus da prova. O instituto surgiu com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). O objetivo era facilitar o acesso dos consumidores ao judiciário, considerando o desnível financeiro, social e técnico existente entre o consumidor e o fornecedor, na grande maioria das vezes. Vimos que no processo coletivo brasileiro o Código do Consumidor e a Lei de Ação civil pública jungem-se num micro sistema de proteção aos interesses e direitos coletivos. Com isso, o Código do Consumidor, ao permitir a inversão do ônus da prova, abriu a porta para que se tivesse início a aplicação da inversão do ônus da prova em demandas coletivas, considerando o interesse público

¹⁴² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, p. 229.

¹⁴³ *Idem*, p. 234-235.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 235.

sobre o privado.¹⁴⁵ Todavia, o tema não é pacífico. Nossos tribunais ainda resistem em considerar a inversão do ônus da prova como regra no processo coletivo, salvo nas relações de consumo.¹⁴⁶

O Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor encerrará a discussão a despeito da inversão do ônus da prova, uma vez que estabelece o controle *ope judicis*, além de adotar “o critério o critério dinâmico da distribuição do ônus da prova, cabendo a prova dos fatos a quem tiver maior proximidade com eles e maior facilidade para demonstrá-los”¹⁴⁷.

3.5.9 Liquidação e execução de sentença

Aplica-se, ordinariamente, as regras do Código de Defesa do Consumidor na liquidação das sentenças dos processos coletivos, haja vista que a Lei de ação

¹⁴⁵ O STJ já havia decidido pela possibilidade de inversão do ônus da prova em ação civil pública que tratava de crime contra o meio ambiente (REsp 1.049.822) e, naquele julgamento, a 1ª Turma do tribunal entendeu que a inversão pode e deve ser feita “não em prol do autor, mas da sociedade”. “PROCESSUAL CIVIL - COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL - INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.
2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.
4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.
5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.
6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.060.753/SP. 2. T. Rel. Mina. Eliana Calmon, j. 01/12/2009. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 out. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 01 jul. 2014).

¹⁴⁶ “EMENTA: Ação Civil Pública - Meio Ambiente - Inversão do ônus da Prova - Impossibilidade. Não há que se falar em inversão do ônus da prova em sede de Ação Civil Pública, uma vez que se trata de exceção legal aplicável somente a questões relativas a direito do consumidor. A lei que regulamenta a Ação Civil Pública determina a aplicação do CDC em relação ao seu Título III, não estando incluído o Art. 6º, VIII”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0702.03.083613-5/001. Rel. Desemb. Edivaldo Jorge dos Santos, 17/04/2007. *Diário de Justiça*, Belo Horizonte, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5919758/100601996620021-mg-1000306019966-2-002-1/inteiro-teor-12055616>>. Acesso em: 01 jul. 2014).

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo, p. 15.

popular ou a Lei da Ação Civil Pública não tratam da matéria. O CPC será aplicado subsidiariamente nas execuções das sentenças proferidas em processos coletivos.

O autor, aquele legitimado a ajuizar a demanda, será o legitimado ordinário para propor a execução. Não a fazendo no prazo de 60 dias, a contar do trânsito em julgado, surgem duas hipóteses à propositura da execução: a) qualquer um co-legitimado estará legitimado a promover a execução; b) O Ministério Público deverá promovê-la, nos termos do que dispõe o art. 15 da LACP: “Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”.

O dispositivo acima faz menção apenas a respeito da inércia da associação. Todavia, na verdade, ele será aplicável mesmo quando outro co-legitimado tiver proposto a ação coletiva e não tiver providenciado a respectiva execução. Sobre o Ministério Público pesa o princípio da obrigatoriedade da execução coletiva.

Nas ações consumeristas, o artigo 82 estabelece a ordem de legitimados à propositura da liquidação ou execução da sentença. Arruda Alvim entende tratar-se de legitimidade subsidiária, “já que as vítimas ou seus sucessores teriam preferência para iniciar a liquidação pois os demais devem se sujeitar as regras do art. 100”¹⁴⁸.

Estabelecem os arts. 97 e 98 do CDC que os legitimados ao ajuizamento das execuções coletivas serão os mesmos legitimados à propositura do processo coletivo. Luiz Manoel Gomes Junior leciona que sempre haverá uma preferência do ente responsável pela ação em que foi prolatada a decisão; a atuação dos demais apenas se daria em caso de omissão.¹⁴⁹

O juízo de onde adveio a decisão é que será o competente para a liquidação da sentença e respectiva execução. Entende Ada Pellegrini Grinover, tratar-se de foro privilegiado, podendo o autor propor a liquidação em seu domicílio, por força do que estabelece o art. 101, inciso I, do CDC.¹⁵⁰ Luiz Manoel Gomes Junior, por sua vez, considerando o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pondera que somente terá aplicação o foro privilegiado em sede de demandas envolvendo direito do consumidor. “Nas demais Ações Coletivas, temos que a liquidação somente poderá ser processada perante o juízo prolator da decisão, nos termos do artigo 575

¹⁴⁸ ALVIM, Arruda. *Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 435.

¹⁴⁹ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 234.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 818-819.

do Código de Processo Civil”¹⁵¹.

Nas obrigações de fazer ou não fazer, fixadas judicialmente ou homologadas, o juiz poderá se valer de medidas de sub-rogação, aplicação de multas. Ou ainda, de medidas de coerção, tais como busca e apreensão ou remoção de pessoas ou coisas (art. 84, § 4º do CDC e art. 461, §§ 4º e 6º do CPC). Nas obrigações de entregar coisa certa ou incerta, a execução obedecerá ao disposto no art. 461-A do CPC.

Por fim, com exceção da ação popular, o cumprimento de sentença em processo coletivo somente, diferente do acontece nas sentenças prolatadas nos processos coletivos de direitos individuais homogêneos é atribuído aos entes legitimados, *ex vi legis*. Portanto, vítimas e sucessores não terão como indicar precisamente quem é o titular do direito atingido pelo dano.¹⁵²

No processo individual, a liquidação da sentença abrange apenas o *quantum debeat*, ao passo que na liquidação da sentença coletiva condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos (interesses ou direitos individuais homogêneos) é necessário, alguém da quantificação dos prejuízos, apurar parte do *an debeat* (a existência do dano individualmente sofrido e o nexo causal com o dano geral reconhecido pela sentença).

3.5.10 Indenização pelos danos provocados

No processo coletivo brasileiro, por força do que dispõe o art. 100 do CDC, qualquer legitimado ao ajuizamento de demandas que tutelem direitos individuais homogêneos poderá promover a execução sua liquidação caso decorra um ano sem que tenha havido habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano. Caso em que o resíduo apurado será revertido a um fundo criado para tal fim (art. 13 da LACP). Nesse caso, passe-se “do ressarcimento pelos danos sofridos (regulado pelo Código Civil) à reparação dos danos provocados”¹⁵³.

O instituto foi concebido pela jurisprudência americana, denominado de *fluid recovery* (reparação fluida). Consideraram que o resíduo eventualmente não reclamado pelo detentor de um direito individual homogêneo, seria direcionado para

¹⁵¹ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 228.

¹⁵² *Idem*, p. 235.

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*, p. 15.

fins que não os ressarcitórios, embora estivessem diretamente relacionados a eles.¹⁵⁴

3.5.11 Representatividade adequada

Não existe a representatividade adequada *legal* no sistema adotado pelo Brasil para legitimação ativa dos processos coletivos. Por aqui, o juiz terá como adequada a representação se o proponente da demanda for um daqueles que arrolados como legitimados nos diplomas legais pertinentes.

De acordo com a posição dominante no Brasil, não há *controle* judicial da adequação do representante nas ações coletivas. Essa era a posição, por exemplo, de Ada Pellegrini Grinover e é a de Pedro Dinamarco. Nelson Nery Jr. e Arruda Alvim vão além e dizem que o juiz está proibido de avaliar a adequação do representante. Portanto, segundo a doutrina majoritária brasileira, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo art. 82 do Código do Consumidor (ou art. 5º da Lei da Ação Civil Pública), para que ele possa livremente representar os interesses do grupo em juízo.¹⁵⁵

Esse sistema advém das *class actions* (processo coletivo Norte Americano). Por lá, o controle da legitimidade ativa nos processos coletivos é feito pelo juiz, considerando o caso concreto. Esclarece Antonio Gidi que a representatividade adequada (*adequacy of representation*) é “[...] o requisito mais importante a ser avaliado pelo juiz, tanto do ponto de vista teórico, como prático”, e prossegue:

[...] para que uma ação seja aceita como coletiva é que o candidato a representante proteja adequadamente (*fairly and adequately*) os interesses do grupo em juízo. Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representantes de seus interesses, conceitos básicos de justiça impõe que essa representação seja adequada.¹⁵⁶

Por conseguinte, tem-se, na *class action*, a representatividade e não a substituição processual. E o representante falará por todos em juízo.

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 893.

¹⁵⁵ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 129.

¹⁵⁶ Idem, p. 99.

A *class action* é uma ação representativa (*representative action*). A sua fundamentação histórica e filosófica é que uma parcela do grupo vai lutar pelos interesses de todos os demais integrantes, como se todos estivessem presentes no processo.¹⁵⁷

A coisa julgada, nesse sistema, é *pro et contra* e atingirá até mesmo aqueles que não participaram do processo. O que significa que a coletividade deverá estar devidamente representada, sob pena de ver direito seu, e de outros ausentes no feito, se perder por falta de capacidade técnica, moral e financeira do representante.¹⁵⁸ Determinante, portanto, que o juiz afira, com todo esmero, a despeito das condições deste. O autor, ainda, na *class actions*, tem o dever de demonstrar ao juiz de que possui, sob todos os aspectos, a adequada representação para. O juiz, por sua vez, detém o poder discricionário quanto à aceitação do representante.

É ônus do autor convencer o juiz da adequação da representação. Todavia, na prática, há uma espécie de 'presunção' por parte da doutrina e da jurisprudência de que, se o representante está defendendo em juízo os seus próprios interesses, estará protegendo também os interesses do grupo e fará todo o possível para vencer a causa. Daí a exigência da tipicidade da lide e a conseqüente presunção prática de que há a representação adequada, podendo o juiz se convencer de contrário se houver fatos que assim o demonstrem. Fatos desabonadores da representação podem ser apresentados por um membro interveniente, pelo advogado do grupo ou pela parte contrária ou mesmo ser conhecidos de ofício pelo juiz.

A avaliação do requisito é considerada uma questão de fato a ser determinada pelo juiz de primeiro grau, com base nos fatos e nas circunstâncias que envolvem cada caso concreto. Como toda decisão de questão de fato, é deixada à discricionariedade do juiz de primeiro grau e somente será modificada pelo tribunal superior se for demonstrado um abuso de discricionariedade ou erro manifesto.¹⁵⁹

O autor também estará incumbido de demonstrar, além de sua capacidade de gerir o processo coletivo de forma que assegure a tutela do grupo, classe ou categoria, e não interesses conflitantes seus e do grupo, classe ou coletividade representada. Esse último requisito é exigido, inclusive, do advogado.

¹⁵⁷ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 101.

¹⁵⁸ "Logo, *representatividade adequada ou representação adequada* é a qualidade que habilita alguém a comparecer em juízo como representante dos interesses de um grupo, classe ou categoria de pessoa, e a exercer com zelo e competência a defesa judicial desses interesses" (ANDRADE Adriano; MASSON Cléber; ANDRADE Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*, p. 54).

¹⁵⁹ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 104.

O requisito da adequação da representação é constituído por dois elementos: a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes e a ausência de antagonismo ou conflito de interesses com o grupo. Ambos os elementos devem ser avaliados, tanto com relação ao representante, quanto com relação ao advogado do grupo. Até 2003, considerava-se que o critério de representação adequada constante da *Rule 23* incluía a análise de adequação do advogado do grupo. Com a emenda de 2003, a nova *Rule* passou a exigir expressamente que o advogado represente adequadamente (*fairly and adequately*) os interesses do grupo, deixando claro que ele representa o grupo e não o representante do grupo ou outros membros individuais do grupo. A alteração, porém, foi meramente lógica - agora a adequação do advogado será analisada de acordo com a *Rule* -, pois a norma não mudou a prática estabelecida sob a égide da antiga interpretação.¹⁶⁰

Não há desacertos em considerar que o direito alienígena esteja mais adequado a tutelar direitos coletivos do que o nosso. Pelo contrário, é uma postura de maturidade. A realidade do *class action*, com os benefícios alcançados em favor da coletividade, são significativos. E tudo tem seu início no juízo de valoração a despeito da capacidade do proponente em se firmar como representante adequado da classe, grupo ou categoria. A proteção à tutela coletiva é tão abrangente que não permite, sequer, que ocorra preclusão quanto à discussão da adequada legitimidade do representante. Poderá o Tribunal, em qualquer grau de jurisdição, considerar o grupo, coletividade ou classe como não representada adequadamente. No Brasil a situação é diferente. Os legitimados já estão previamente determinados em lei, pouco importando se terão ou não condições de seguir adiante com o feito, ou ainda que consigam chegar ao final, se estarão instrumentalizados para representar os interesses coletivos postos. Assim, por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo. Imaginemos que uma pequena e desaparelhada associação proponha uma ação contra poderosa multinacional em um litígio complexo e de profundo impacto social. Durante o processo, o juiz percebe que o advogado da associação é incompetente ou não está demonstrando interesse pelo processo ou pelo grupo, ou que a associação não tem dinheiro suficiente nem para financiar as perícias necessárias, nem para contratar um bom advogado. Imaginemos, também, uma associação que conduza o processo em seu interesse

¹⁶⁰ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 104.

próprio, seja esse interesse de natureza econômica, política ou ideológica.¹⁶¹

O que se evita com a representação adequada é que um direito da coletividade seja defendido em juízo por associação que não tenha capacidade técnica, moral e financeira ou mesmo por falta de interesse no litígio para tutelar adequadamente os interesses do grupo (ou de parcela dele) ou simplesmente perder a causa propositalmente.¹⁶²

Se o representante não consegue demonstrar o direito que pretende ver tutelado por insuficiência de provas, o prejuízo sofrido pela coletividade pode ser revisto em nova demanda, caso surja nova prova subsequente. Todavia, a nova prova autoriza a nova proposição da demanda coletiva, não a apresentação de nova causa de pedir.¹⁶³ A nova causa de pedir representaria uma nova ação coletiva.¹⁶⁴ O problema começa a ficar mais delicado se a incompetência do representante repercute na forma como o processo é conduzido ou na fundamentação jurídica da pretensão coletiva do grupo. É possível repropor a mesma ação coletiva com base em nova prova, mas não com base em uma melhor argumentação ou fundamentação. Ademais, essa regra não se aplica às ações coletivas em tutela dos direitos individuais homogêneos. Daí a importância prática do tema em nosso direito.¹⁶⁵

A coisa julgada *secundum eventum litis* é levada a efeito para somente beneficiar a coletividade. Amparado nisso, argumenta-se que no direito brasileiro seria desnecessário a avaliação da adequada representação como requisito de legitimação ao processo coletivo. Todavia, amparado na lição de Antônio Gidi, afirmamos que o argumento carece de uma análise mais cuidadosa;

[...] a sentença de improcedência na ação coletiva, se for dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada e impede a propositura da mesma

¹⁶¹ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 105.

¹⁶² Idem, p. 105.

¹⁶³ “CDC, art. 103, III. A assimetria entre o regramento processual das ações coletivas em tutela dos direitos difusos e coletivos, de um lado (ausência de coisa julgada no caso de improcedência por insuficiência de provas), e o das ações coletivas em tutela dos direitos individuais homogêneos, de outro lado (formação de coisa julgada no caso de improcedência por insuficiência de provas), é incompreensível do ponto de vista da política legislativa. Aproveito a oportunidade para me penitenciar de um erro. Em outra publicação, aceitei acriticamente e procurei justificar a postura da lei ao tratar desigualmente situações por tudo equiparáveis” (Idem, p. 144).

¹⁶⁴ “CDC, art. 103, I e II. Já demonstramos há mais de dez anos a nossa discordância da doutrina então dominante e observamos que não é necessário que o juiz declare expressamente que está julgando a ação coletiva improcedente por insuficiência de provas” (Idem, p. 138).

¹⁶⁵ Idem.

ação coletiva. É verdade que os membros individuais do grupo não serão atingidos (em suas esferas individuais) pela coisa julgada em uma ação coletiva improcedente e estarão livres para propor ações individuais na proteção de seus direitos individuais (extensão *secundum eventum litis e in utilibus* da coisa julgada coletiva). [...]Todavia, a mesma ação coletiva em tutela do mesmo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não poderá ser proposta.¹⁶⁶

Considerar a legitimação objetiva como suficiente, não permitindo que o juiz exerça o controle para aferir a real capacidade do representante, simplesmente porque o legislador já determinou esse controle, é permitir que direitos de massa recebam o mesmo tratamento da legitimação do processo individual, disponível e patrimonial.¹⁶⁷ Assim, a categoria coletiva estará devidamente representada por uma associação, mesmo que esta não disponha de recursos, experiência e de um advogado habilitado a defender seus interesses, simplesmente porque a lei a legitimou, *iuri et iure*.¹⁶⁸

Com a admissão da representação adequada, como requisito de legitimação ao processo coletivo, teremos a ruptura com a dogmática formal, patrimonialista e subjetiva, própria do processo individual. Uma coletividade (grupo, classe ou categoria) bem representada atende aos objetivos delineados pela constituição a

¹⁶⁶ É um equívoco dizer que a sentença coletiva faz coisa julgada *secundum eventum litis* e se forma apenas no caso de procedência da ação coletiva. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*, independentemente de o resultado do processo ter sido favorável ou prejudicial ao grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. O que é *secundum eventum litis* é a extensão (*in utilibus*) da coisa julgada coletiva para a esfera individual dos membros do grupo titular do direito. Essa, sim, só ocorre em caso de procedência da ação coletiva (GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 126-127).

¹⁶⁷ “Argumenta-se também que, como o legislador selecionou previamente algumas pessoas jurídicas para propor ações coletivas, a sua adequação é uma presunção *iuris et de iure*: não deve haver controle do juiz porque já houve controle pelo legislador. Seria ingênuo, porém, considerar que cada associação existente no Brasil, pela simples circunstância de estar constituída há mais de dois anos (ou três, ou dez), possa ser um representante adequado na tutela de qualquer direito da comunidade em juízo” (Idem, p. 131).

¹⁶⁸ “O melhor exercício de direito comparado não é explicar o direito estrangeiro para os nossos conterrâneos, mas explicar o nosso direito para um jurista estrangeiro. Se dissermos a um jurista americano que, no Brasil, o representante não tem a sua adequação controlada pelo juiz, ele vai ficar, no mínimo, perplexo. Poderíamos dizer, por exemplo, que, no Brasil, um representante pode ser incompetente, relapso, medíocre, fraudulento e ainda assim a sua conduta no processo poderá vincular todo o grupo que ele representa. Poderíamos dizer que as ações (e inações) desse representante refoquem a todo e qualquer controle judicial, por mais evidentes que sejam as suas imperfeições. Sua reação imediata será certamente invocar o devido processo legal. Afinal, nos Estados Unidos, a adequação do representante está prevista na lei processual civil. Trata-se, porém, acima de tudo, de uma questão de ordem constitucional: é uma questão de devido processo legal” (Idem, p. 133).

despeito do que seja o devido processo legal participativo e democrático.¹⁶⁹

3.6 Conclusão quanto aos princípios e institutos do processo coletivo

Como visto, os princípios e os institutos que embasam o processo coletivo tem contornos próprios, cujo fundamento é a proteção dos direitos e interesses de ‘massa’, e, em nome dessa proteção, que muitos dos seus princípios e institutos não coadunam com os do processo individual. Nesse sentido:

Sem sombra de dúvida, pode-se afirmar que o processo coletivo alicerça-se em institutos fundamentais próprios, totalmente diversos de muitos dos institutos fundamentais do direito processual individual.

[...]

A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual.

Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do Direito Processual, o Direito Processual Coletivo, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁷⁰

Como exemplo, citamos: princípio da máxima efetividade do processo coletivo, princípio da adequada representação, princípio do acesso à justiça, princípio da universalidade da jurisdição, princípio da participação no processo e pelo processo, princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva, causa de pedir, competência, pedido, a mitigação quanto ao reconhecimento de preclusões, da relativização da coisa julgada, dentre outros.

¹⁶⁹ “uma democracia de falsas oportunidades apenas pode encontrar guarida em um processo cego pelo conceitualismo. O desenvolvimento do processo coletivo não demanda unicamente uma convicção rápida e segura do juízo, mas também a participação e a criação de realidades justas e democráticas. Para se ter segurança e credibilidade em decisões vinculativas de uma coletividade um representante em patamar de excelência é indispensável. O processo coletivo exige um representante adequado, cuja atividade de controle é tarefa inextirpável do juiz da causa” (SCARPARO, Eduardo. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 125-146, 2012. p. 132).

¹⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo, p. 15.

4 A LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS

4.1 O processo coletivo: gênero e espécies

A doutrina e os nossos julgados, parafraseando Antonio Gidi, entendem que as ações coletivas garantem três objetivos: proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material. Assim sendo, quaisquer direitos coletivos, de qualquer natureza, podem ser tutelados por demanda específica. Não devemos confundir, contudo, que os direitos individuais homogêneos autoriza, como vimos, ao lesado a ajuizar demanda individual. Trata-se, portanto, nesse caso, de direito subjetivo, que envolve o interesse de alguém como indivíduo e não a coletividade.¹⁷¹

Outra observação que se faz é quanto à identificação do caso concreto. Isso é de fundamental importância para o direcionamento do pedido, caso seja ele de direito difuso, coletivos estrito sendo ou individuais homogêneos. No tópico dois deste trabalho apresentamos a diferenciação existente entre eles. Lembremos que é perfeitamente possível que um mesmo fato gere direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Rememorando, citamos o seguinte exemplo: um grave acidente aéreo, ocorrido em razão de defeito numa peça comum existente nas asas de todas as aeronaves. Desse fato poderá haver a possibilidade de se ajuizar demanda única, coletiva, com vários pedidos. Um de tutela para os direitos difusos (todas as empresas, identificáveis ou não, serão obrigadas a sanar o erro); outro para exigir diretamente da empresa envolvida que esclareça à população a respeito do ocorrido e do que, efetivamente, foi feito para correção do vício. Por fim, em garantia aos direitos individuais homogêneos, pedido para que se repare os danos sofridos àqueles que o sofreram.

Como visto, nos associamos àqueles que entendem que o processo coletivo é gênero, tendo como espécies a ação civil pública, ação popular e o mandado de segurança coletivo. Encontramos doutrinadores de escolas que ainda firmam pela diferenciação entre processo coletivo e ação civil pública, justificando que a primeira se traduz na ausência do Ministério Público.¹⁷² Alguns sustentam que os interesses

¹⁷¹ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 25.

¹⁷² LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 187-188.

relacionados nos artigos 81 e 82 do CDC seriam próprios do processo coletivo, enquanto que os demais seriam próprios de uma ação civil pública.¹⁷³ Contudo, a causa de pedir e o pedido das ações civis públicas, da ação popular e do mandado de segurança, são voltadas à proteção da coletividade. Estabelecer diferenciações em nome da identificação de determinado legitimado é desconsiderar o caráter impessoal dos interesses da sociedade em prol de meras vaidades. Seria como premiar o agente público, em vida, nomeando uma obra como seu nome.

Para José Marcelo Menezes Vigliar “a expressão ação civil pública não revela, por si só, coisa nenhuma. A expressão ‘civil pública’ que adjetiva a ‘ação’ não tem o poder, sequer, de indicar a qualidade do direito material defendido”¹⁷⁴. A bem da verdade, a expressão ‘Ação civil Pública’, cravou sua terminologia nas lides forenses em razão de que o primeiro diploma legal que tratou dos direitos coletivos de forma mais abrangente (Lei nº 7.347/85) ter sido alcunhado com o mesmo nome. Todavia, “o que realmente importa é que ela trata de interesses transindividuais e individuais homogêneos”¹⁷⁵. Por fim, José Marcelo Menezes Vigliar opta pela utilização da terminologia “ação coletiva”, por ser mais adequada. “Na verdade a ação é coletiva porque veicula pretensão coletiva”¹⁷⁶.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira incluiu a ação civil pública no rol das ações coletivas ao dizer que são “figuras processuais específicas de ações coletivas: o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública.”¹⁷⁷

Também com esse mesmo entendimento, Aurisvaldo Melo Sampaio, que entende que a expressão “ações coletivas” é gênero do qual seriam espécies, dentre outras, a ação civil pública e a ação popular, uma vez que estas ações são caracterizadas pela dimensão coletiva.¹⁷⁸

Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser também inclui a ação civil pública no rol das ações coletivas e afirma que ação coletiva é “aquela proposta por seus legitimados autônomos, visando à tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais

¹⁷³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 66.

¹⁷⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38.

¹⁷⁵ Idem, p. 46.

¹⁷⁶ Idem, p. 51.

¹⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, n. 187, p. 187-200, jan./mar. 1991. p. 189-190.

¹⁷⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. A simultaneidade de ações coletiva e individuais em face da garantia constitucional do acesso à justiça. In: SAMPAIO, Aurisvaldo Melo; CHAVES, Cristiano (Coord.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 39.

homogêneos”¹⁷⁹.

Com essas generalidades, temos como espécies as seguintes ações coletivas:

a) Ação Popular:

A Ação Popular concede ao cidadão o direito de ir a juízo para tentar invalidar atos administrativos praticados por pessoas jurídicas de Direito Público, enquanto Administração Direta e também pessoas jurídicas da Administração Indireta.

A referida ação constitucional é posta à disposição de qualquer cidadão para a tutela do patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural, mediante a anulação do ato lesivo.

Dessa forma podemos concluir que a Ação Popular é um remédio constitucional, que possibilita ao cidadão brasileiro que esteja em pleno gozo de seus direitos políticos, tutele em nome próprio interesse da coletividade de forma a prevenir ou reformar atos lesivos praticados por agente públicos ou a eles equiparados por lei ou delegação, na proteção do patrimônio público ou entidade custeada pelo Estado, ou ainda a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural.

b) Ação civil Pública:

A ação civil pública é o instrumento processual conferido aos legitimados *ope legis*, seja para o controle sobre os atos dos poderes públicos, seja para reprimir ou impedir danos de interesses difusos da sociedade, como o meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações de ordem econômica, protegendo, assim, interesses difusos da sociedade. Com a Constituição da República de 1988 a enumeração dos bens protegidos, via ação civil pública, tornou-se meramente exemplificativa, a partir do momento em que considerou que referido instrumento alcançaria outros interesses difusos e coletivos.

¹⁷⁹ Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser citada por SAVIO, Manuela Pereira. Ação civil pública e ação coletiva: problema terminológico. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/component/jcomments/feed/com_content/83>. Acesso em: 30 jun. 2014.

c) Mandado de segurança coletivo:

De acordo com o que dispõe o art. 21, § único da Lei de nº 12.016/09, são direitos protegidos pelo mandado de segurança os coletivos, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si, ou com parte contrária por uma relação jurídica básica e os individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum e da atividade, ou situação específica da totalidade, ou de parte dos associados, ou membros do impetrante. Os direitos difusos não foram incluídos como sendo passíveis de proteção via mandado de segurança. Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF) já manifestou favorável quanto ao cabimento do *mandamus* à proteção dos direitos e interesses difusos.¹⁸⁰

A doutrina também tem se manifestado que a omissão da lei representa um retrocesso.

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado para tutela de direitos individuais ou para tutela de direitos coletivos - direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Impedir a tutela de direitos difusos mediante mandado de segurança coletivo a partir de uma interpretação literal do art. 21 da Lei 12.016, importa inquestionável retrocesso na proteção do direito fundamental à tutela adequada dos direitos. A alusão à tutela coletiva mediante mandado de segurança revela a preocupação constitucional com a dimensão coletiva dos direitos - e com isso dá azo ao reconhecimento da dignidade outorgada pela nossa Constituição aos novos direitos. Com isso, o mandado de segurança desloca-se da esfera de influência do Estado Legislativo - em que sobressai a necessidade de proteção do indivíduo contra o Estado tão somente - e passa a integrar os domínios do Estado Constitucional, sendo veículo adequado também para prestação de tutela aos novos direitos em que a transindivisualidade está normalmente presente.¹⁸¹

Portanto, considerando os interesses postos no mandado de segurança coletivo como sendo de interesse público, da coletividade, não há justificativa para que se excluam os direitos difusos de sua proteção.

A coisa julgada no mandado de segurança coletivo será limitada, alcançando somente os membros do grupo ou das categorias substituídos (art. 22, *caput*, da Lei nº 12.016/09). Portanto, a coisa julgada nesse caso difere das demais ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor em que a coisa julgada para direitos coletivos e

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 196.184/AM. 1. T. Rel. Mina. Ellen Gracie, j. 27/10/2004. *Diário de Justiça*, Brasília, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 690.

individuais homogêneos é “*secundum eventum probationem*” e “*secundum eventum litis*” (artigo 103, II e III). Para a Lei nº 12.016/09, a coisa julgada material acontece, desde que a sentença seja de mérito e transitada em julgado.

O mandado de segurança coletivo não induz litispendência em relação às ações individuais e os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual. Salvo se requerer a desistência do *mandamus*, no prazo máximo de 30 dias a contar da data da ciência da impetração da segurança coletiva (art. 22). Nas relações consumeristas, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 104, exige, diversamente, que o interessado requeira a suspensão e não a desistência do processo individual em 30 dias, contados da ciência do mandado de segurança coletivo. Importante ressaltar que a referida desistência do processo individual pode ocorrer em qualquer tempo ou grau de jurisdição, ainda que a impetração individual tenha recebido sentença de improcedência.

A concessão da liminar *inaudita altera pars* é vedada no mandado de segurança coletivo, a exemplo do que acontece com a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.437/92. Para tanto, ou seja, a concessão da liminar, somente após audiência prévia de justificativa, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas. Vedação que já foi mitigada por razoável entendimento do STJ, no REsp. nº 1.018.614/PR.¹⁸²

O mandado de segurança coletivo foi formalizado originariamente na Constituição da República de 1988, (art. 5º, inciso LXX, podendo ser impetrado por; a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical; c) entidade de classe; ou d) associação legalmente constituída e em

¹⁸² “EMENTA: PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS - SÚMULA 7/STJ - CONCESSÃO DE LIMINAR SEM A OITIVA DO PODER PÚBLICO - ART. 2º DA LEI 8.437/92 - AUSÊNCIA DE NULIDADE. [...] 3. *Em tese, não se aplica às hipóteses de concessão de liminar em ação de improbidade administrativa a regra de intimação prévia no prazo de 72 horas, prevista no art. 2º da Lei 8.437/92, porquanto, via de regra, a ação não se direciona de forma direta a impugnar ato administrativo da pessoa jurídica de direito público, mas atos praticados por agentes públicos.* 4. *Ademais, a jurisprudência do STJ tem mitigado, em hipóteses excepcionais, a regra que exige a oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público nos casos em que presentes os requisitos legais para a concessão desmedida liminar em ação civil pública (art. 2º da Lei 8.437/92). Precedentes do STJ.* 5. [...] Aplica-se o princípio da instrumentalidade das formas, inscrito nos arts. 249 e 250 do Código de Processo Civil, quando da nulidade do ato não resultar prejuízo para a defesa das partes. Precedentes. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido em parte” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.018.614/PR. 2. T. Rel. Mina. Eliana Calmon, j. 17/06/2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 06 ago. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 01 jul. 2014).

funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados). Foi regulamentado pela Lei nº 12.016/09, nos artigos 21 e 22.

Alguns dispositivos merecem interpretação diferenciada em relação ao texto original, tais como no que diz respeito à ausência de previsão de tutela de direitos difusos, à limitação dos direitos a serem defendidos pelos partidos políticos e à ausência de legitimação expressa do Ministério Público para impetrar o mandado de segurança coletivo. A jurisprudência e a doutrina vêm fazendo sua parte quanto a isso.

4.2 Os legitimados universais e os não-universais (especiais). Pertinência temática

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma interpretação dada ao art. 103 da Constituição da República, que relaciona os legitimados à propositura das ações de controle de constitucionalidade, estabeleceu uma distinção entre os legitimados ativos, dividindo-os em universais e não-universais (especiais). Segundo o entendimento da Corte, os legitimados ativos universais podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) independentemente da existência de pertinência temática. Enquadram-se nesta categoria, o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Os legitimados ativos não-universais, também chamados de especiais, são aqueles dos quais se exige pertinência temática como requisito implícito de legitimação. Consistente no nexos entre a norma questionada e os objetivos institucionais específicos do órgão ou entidade, a pertinência temática deverá ser demonstrada. O conceito passou a valer, também, para o processo coletivo simples.

A pertinência temática é a exigência de que o órgão que pretende discutir a constitucionalidade de uma lei (processo coletivo especial) ou interesses coletivos *latu sensu* (processo coletivo comum), demonstre claramente que a decisão final tenha ligação direta com o interesse e com a atividade desenvolvida pelo órgão ou ente legitimado.¹⁸³ Veja-se o conceito adotado por:

¹⁸³ VILLAR, Fabricia. *Pertinência temática*. 2013. Disponível em: <<http://fabriciavillar.blogspot.com.br/2013/06/pertinencia-tematica.html>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

A pertinência temática refere-se à necessidade de demonstração, por alguns legitimados, como as entidades de classe e as confederações sindicais, de que o objeto da instituição guarda relação (pertinência) com o pedido da ação direta proposta por referida entidade.¹⁸⁴

Pertinência temática será tratada de forma mais abrangente no tópico 5.4.

4.3 Natureza jurídica da legitimidade ativa nas ações coletivas

A regra geral para que se pleiteie direito em juízo é que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (art. 6º do CPC). A princípio, estabelece a norma que somente o titular de um direito poderá pleiteá-lo (legitimidade liberal-individualista). Todavia, a lei pode estabelecer que outro poderá fazê-lo em seu lugar, criando exceção à regra geral. Trata-se da cognominada, pela doutrina, substituição processual. Como regra de exceção que é, será sempre uma legitimação extraordinária.

A legitimação ordinária individualista é herança da doutrina construída pelo iluminismo e pela Revolução Francesa. É fruto de necessárias transformações sociais da época. Representou uma grande evolução quanto às garantias do direito de ação, que passou a ser visto como sendo propriedade do indivíduo, contrapondo-se às ingerências próprias do autoritarismo de então.

Elucida Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior:

Visto o problema na ótica do devido processo legal, cabe salientar que em decorrência do individualismo, o direito de ação passou a ser concebido como um direito de propriedade. A ruptura do Estado com a Igreja e o racionalismo decorrente das posturas filosóficas cartesianas e iluministas alteraram profundamente a concepção das limitações do homem. O homem passa a ser senhor do próprio destino e pode dispor sobre seu patrimônio assim como sobre sua vida, por isso, o direito de agir passa a ser visto como uma propriedade privada. Quem sofre as conseqüências da ação tem ‘direito de participar’, ou, no mínimo, de autorizar, consentir sua representação. Nesse sentido são garantias o princípio do dispositivo em sentido formal (demanda) e o contraditório.

O surgimento do indivíduo autônomo e livre na idade moderna, como o advento das doutrinas racionalistas, acaba por influenciar a legitimação nas ações coletivas. ‘O individualismo processual é sintetizado no princípio de que somente o titular ou o pretense titular de direito material é legitimado para propor ação como vista a sua tutela’.¹⁸⁵

¹⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307.

¹⁸⁵ Márcio Flávio Mafra Leal citado por DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 215.

O momento do direito de ação como patrimônio individual não mais subsiste, dado a nova ordem de direitos que vivenciamos. O estado social democrático atual, como demonstrado, exige e conclama, como um todo, a participação da sociedade para efetivação de direitos quanto ao bem estar social. Se num primeiro momento tínhamos o direito á demanda individual como patrimônio, dado sua significância na transformação de valores sociais, jurídicos e econômicos, hoje a temos, em face de uma leitura mais adequada da Magna Carta, como prerrogativa do cidadão. O processo coletivo, por sua vez, por alcançar as necessidades das ‘massas’, com lastro indefinido em seu alcance, nos revela como sendo mais adequado a uma efetiva proteção social, sobre todos os aspectos. Vejamos que através dele, a sociedade poderá se beneficiar do bem estar ambiental, do bem estar econômico, social, político e contra abusivos da administração pública.

Todavia, nem sempre foi assim. Antes do advento de Lei específica, contávamos apenas com duas espécies normatizadas de processo coletivo, a Ação Popular (Lei de nº 4.717/65) e as de dissídio coletivo do trabalho, prevista nos artigos 856 e 857 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A primeira não resolvia o problema da legitimidade dos direitos e/ou interesses coletivos como um todo, haja vista que era direcionada tão-somente à proteção do patrimônio público e outorgava legitimidade a qualquer cidadão. A segunda espécie citada também era voltada unicamente à proteção dos direitos dos trabalhadores. Fora esses casos, a justiça tinha uma interpretação extremamente positivista, e em detrimento de uma leitura mais adequada dos direitos e garantias fundamentais ela considerava, por força do que dispõe o artigo 6º do Código de Processo Civil, que não havia Lei que legitimasse outros à propositura de demandas que envolviam interesses coletivos.

Gregório Assagra de Almeida esclarece:

1. A problemática da legitimidade *ad causam* ativa coletiva no sistema brasileiro. Um dos temas mais complexos do direito processual coletivo comum diz respeito à legitimidade ativa. Durante muitos anos grande parte da doutrina e da jurisprudência recusava aceitar a legitimidade ativa a determinados corpos intermediários para a defesa em juízo de interesses massificados, como os difusos, coletivos e individuais homogêneos. Existiam somente algumas espécies de ações coletivas, em que estava estabelecido expressamente e de forma restrita quais seriam os legitimados ativos, como o Dissídio Coletivo da Justiça do Trabalho (CLT, arts. 856 e 857) e a Ação Popular (Lei n. 4.717/65, art. 1º). Os outros direitos coletivos não recebiam a tutela jurisdicional por falta de previsão legal e em decorrência da resistência, principalmente da jurisprudência, em fazer uma interpretação mais elástica, portanto, flexível, do art. 6º do CPC. Esse dispositivo está voltado para a tutela de direito individual puro, o que se

justifica, tendo em vista que foi elaborado sob uma concepção liberal-individualista ainda do século XIX - tanto que expressamente dispõe: 'Ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei'. Foi somente com o advento da Lei n. 7.347/85 que as vozes renitentes começaram a ceder.¹⁸⁶

Hoje contamos com uma legitimação positivada. Diante dessa nova ordem normativa, as vozes renitentes cederam. Se eram leis que queriam para justificar a legitimação processual em juízo, hoje os resistentes já as têm em extratos suficientes. Normatizado, portanto, se encontra, atualmente, quais são os legitimados à propositura de demandas de interesses e/ou direitos coletivos *latu senso* no Brasil.

Para a grande maioria de doutrina, a legitimidade escolhida pelo legislador é extraordinária. Caso clássico de substituição processual. Contudo, a legitimidade ativa *ad causam* em defesa de direitos individuais homogêneos é autônoma, uma vez que a coisa julgada desfavorável ao interessado não o impede de ajuizar nova demanda (*secundum eventum litis*), ou mesmo de ajuizar demanda individual, de conhecimento, independente dos legitimados por lei. Vejamos que na defesa dos direitos individuais homogêneos nada impede que o lesado defenda direito próprio. Essa é a posição de Gregório Assagra de Almeida:

Contudo, Antonio Gidi defende, e com inteira razão, posicionamento diferente. Sustenta que a legitimidade para a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos não pode ser considerada exemplo de legitimidade extraordinária, tendo em vista que é regra de substituição processual - o que justifica a sua própria razão de ser - suprimir a possibilidade de o substituído vir novamente a juízo, pois, será atingido pela autoridade da coisa julgada material, o que não ocorre não ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, em que as vítimas, mesmo diante da improcedência da ação coletiva, poderão por ação individual caso não tenham intervindo como litisconsortes na ação. Assim, conclui Gidi:

'[...] A menos que se considere ser uma espécie anômala de substituição processual (que, por sua vez, já é considerada uma legitimidade processual (que, por sua vez, já é considerada uma legitimidade anômala) *secundum eventum litis* em que substituído seria atingido apenas pela coisa julgada da sentença favorável'.¹⁸⁷

O posicionamento quanto à natureza jurídica da legitimidade ativa *ad causam* não é pacífico entre os maiores doutrinadores do país. Ada Pellegrini Grinover

¹⁸⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 497.

¹⁸⁷ Antonio Gidi citado por ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 499-500.

entende que quanto aos direitos individuais homogêneos, a legitimidade é extraordinária, a título de substituição processual.¹⁸⁸ Arruda Alvim também coaduna do mesmo entendimento, assim anotando:

Se o art. 91, com clareza, alude ao fenômeno da substituição processual - ao menos linguisticamente - isso já incorre ao art. 82, se examinado em si mesmo, e sem conexão com outros textos. Todavia, tanto numa hipótese, quanto em outra, os legitimados, quer os do art. 82 (para as hipóteses do art. 81, parágrafo único incs. I e II), quer para a hipótese do art. 81, parágrafo único, inc. III c/c o art. 91, não agem em benefício próprio, senão que em benefício alheio e as legitimações que detêm decorrem da lei, e mais, foram afetadas a esses legitimados sem qualquer relação, senão a da lei, com as situações que pretendem fazer valer em juízo. De outra parte, somente esses é que são legitimados, no plano da ação coletiva enquanto tal. O agir individual, nunca será suscetível de dar ensejo a uma ação coletiva, no sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.¹⁸⁹

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que há legitimação extraordinária autônoma quando tratar-se de direitos difusos e coletivos.¹⁹⁰ Hugo Nigro Mazzili entende que a legitimação para o processo coletivo, como um todo, é caso clássico de substituição extraordinária. Portanto, extraordinária.¹⁹¹

O doutrinador Luiz Manoel Gomes Junior esclarece que “o equívoco da doutrina, com a *máxima data venia*, é tentar encaixar as ações coletivas aos conceitos tradicionalmente usados no direito processual”¹⁹². Com acerto, apresenta uma proposta quanto a uma classificação mais adequada para esse novel catálogo de ações:

Não se almejou criar algo novo para ser utilizado em uma nova categoria de ações, mas sim adaptar essas ao que já existia.

Afirma-se, em determinadas hipóteses (defesa dos interesses individuais homogêneos) que seria substituição processual, mas não a prevista no Código de Processo Civil.

Ora, como intitular com o mesmo nome institutos diferentes, sem criar confusão?

A nosso ver, nas Ações Coletivas estará sempre presente uma legitimação processual coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos *latu sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em teses, beneficiados com a

¹⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 799.

¹⁸⁹ ALVIM, Arruda. *Código de defesa do consumidor*, p. 122-128.

¹⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1.414.

¹⁹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 54-55.

¹⁹² GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 34.

decisão a ser prolatada.

Haverá, assim, no caso dos entes legitimados para atuar no pólo ativo das Ações Coletivas, sempre, uma legitimação processual coletiva.

Essa é a denominação que propomos, afastando a classificação fundamentada no tipo de interesse protegido.¹⁹³

A proposta é singular e prática. Soluciona, pragmaticamente, a questão da natureza jurídica da atuação dos entes legitimados, considerando que o processo coletivo estabelece ordens de prioridades diversas do processo individual e traz consigo princípios norteadores diversos. Só por esse aspecto já seria bastante para que concluíssemos que, a legitimação para o processo coletivo necessita de nova classificação.

Pertinente, nessa análise, o magistério de Daniel Mota Gutiérrez:

Essa recorrente insistência de considerável parcela dos juízes (e demais operadores do direito) em interpretar dispositivos e institutos repousantes na legislação relativa a direitos metaindividuais exclusivamente à luz da caracterização/concepção desses institutos segundo a sistemática - individualista, registre *em passant* - do CPC, olvidando-se da necessidade de levar em consideração. Sobretudo, os princípios relativos aos direitos metaindividuais, revela uma evidente deficiência técnica na aplicação da legislação metaindividual. Urge, pois, sedimentar no meio forense uma principiologia própria e inerente aos direitos metaindividuais.¹⁹⁴

Sintetizando o que já foi visto, concluímos são três as teorias que procuram explicar a natureza jurídica da legitimidade ativa nas ações coletivas: a) legitimidade ordinária; b) legitimidade extraordinária e c) legitimidade autônoma para a condução do processo. A primeira defende que a legitimação é ordinária, ou seja, os legitimados estão a defender direito que efetivamente titularizam. Araken de Assis, explica que:

É questão em aberto, no direito pátrio, a natureza da legitimidade do Ministério Público e, a fortiori, das associações civis e dos partidos políticos, 60 tratando-se de interesses difusos e coletivos. Conforme assinalam Nery Jr.-Nery, o substituto processual sempre atua em lugar de pessoa determinada, que é o substituído; porém, nas ações coletivas para defesa daqueles interesses, desvanece se a precisão: os substituídos ou se revelam indetermináveis (interesse difuso), ou indeterminados (interesse coletivo), obstando a completa assimilação do instituto àqueles interesses. Aliás, a tradicional ação popular suscita dificuldade análoga. Parece mais consentâneo à realidade qualificar a legitimidade de ordinária nessas situações. Esta sugestão considera decisivo o signo da "indivisibilidade" que o art. 81, parágrafo único, I e II, da Lei 8.078/90 exige na configuração dos interesses difusos e coletivos. Esta nota marcante opera a transformação do

¹⁹³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 34.

¹⁹⁴ Daniel Mota Gutiérrez citado por GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 34.

conjunto em algo novo, diferente das frações, repercutindo na natureza da legitimidade. Logo, a "transmigração do individual para o coletivo", a qual alude Dinamarco, explicando a posição do Ministério Público nessas demandas, implica uma transformação mais profunda e intensa do que a simples substituição, outorgando a titularidade do coletivo e do difuso a uma pessoa diferente dos titulares da situação individual incluída no conjunto. Em outras palavras, o Ministério Público, a associação ou o cidadão, conforme o caso, legitimam-se, ativamente, porque se mostram titulares do direito posto em causa, sem embargo de existirem outros titulares dos direitos parciais que, coletivamente, formam o objeto litigioso. Por esta linha de raciocínio, a soma das partes adquire identidade própria e nova, substancialmente diversa das frações, de que é titular pessoa também diferente, graças à indivisibilidade. E tal legitimação se revela ordinária.¹⁹⁵

A segunda, que é a doutrina mais recepcionada, entende que a legitimação é extraordinária, visto que o autor coletivo não é titular do direito, mas vai a juízo, ainda que em nome próprio, defender direito alheio, atuando como verdadeiro *substituto processual*. Essa é a teoria adotada por Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior e Elpídio Donizetti.¹⁹⁶

A terceira corrente tem como voz em sua defesa o festejado doutrinador Nelson Nery Junior. Influenciado pelo direito alemão, assevera que se trata de legitimação autônoma para a condução do processo. Ou seja, para essa corrente, não se trata de legitimação ordinária em razão dos entes legitimados não serem, em sua grande maioria, os titulares do direito. Tampouco extraordinária é a legitimação por entenderem que há uma previsão *ope legis* de legitimação. Por serem tais conceitos insuficientes para determinar o fenômeno da legitimação no processo coletivo, defendem tratar-se de uma *legitimação autônoma para a condução do processo*.

A legitimação extraordinária, por substituição processual no entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, citado por Luiz Manoel Gomes Junior, possui as seguintes características: a) autônoma, b) exclusiva, c) concorrente e d) disjuntiva.¹⁹⁷

Autônoma, pois o legitimado extraordinário tem autorização para conduzir o processo independentemente do titular do direito litigioso, ou seja, independente da autorização da coletividade titular do direito metaindividual.

Exclusiva, pois só o legitimado extraordinário está autorizado a propor a ação coletiva na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

¹⁹⁵ ASSIS, Araken de. *Substituição processual*. São Paulo, 2003. p. 09. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1ea13/1ea6a/1ec18?fn=document-frame.htm&f=template_s&2.0>. Acesso em: 23 jun. 2014.

¹⁹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 214; DONIZETTI, Elpídio. *Processo Coletivo. Carta Forense*, p. 01.

¹⁹⁷ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 30-31.

Concorrente, porque há mais de um legitimado extraordinário à propositura da ação coletiva e qualquer um deles, sem ordem de preferência, pode propor a ação coletiva.

E, finalmente, é *disjuntiva*, pois, apesar de concorrente, cada um dos legitimados atua independentemente da vontade e da autorização dos demais co-legitimados.

Este também é o entendimento de Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior.

4.4 Os legitimados coletivos ativos

Nos artigos 5º da Lei de Ação Civil Pública e art. 82 do CDC, estão elencados basicamente o rol dos legitimados coletivos ativos, quais sejam:

LACP, 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 meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

CDC, art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a união, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

4.4.1 A legitimação ativa do Ministério Público

A legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações coletivas advém da própria Constituição da República de 1988.

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.

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;

4.4.1.1 Principais polêmicas quanto à legitimidade do Ministério Público

Não há discussão quanto à legitimidade do Ministério Público à propositura de demandas essencialmente de interesses difusos e direitos coletivos *scritu sensu*. Contudo, quanto aos direitos individuais homogêneos (*acidentalmente* coletivos), é acirrada a controvérsia. Luiz Manoel Gomes Junior esclarece que não houve no texto constitucional atribuição ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais homogêneos. Pelo contrário, esclarece que o inciso III do artigo 129 da Constituição da República de 1988 expressamente outorga legitimidade ao Ministério Público para defender os interesses difusos e coletivos. E ainda, do mesmo doutrinador:

A primeira questão é verificar se, com ausência de qualquer menção no texto constitucional, isso, com referencia aos interesses individuais homogêneos, seria uma opção do constituinte em subtrair do Ministério Público a legitimidade para a sua defesa.

Parece-nos que a questão não deve ser enfrentada por tal ângulo.¹⁹⁸

Sobre o tema existem três posições doutrinárias e jurisprudenciais, traçadas com cuidado por Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior: a) Teoria Restritiva: que entende que o Ministério Público não tem legitimidade para a defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que presente o requisito do *interesse social*; b) Teoria Ampliativa: que considera que toda e qualquer ação coletiva, traz, ínsito, o requisito do *interesse social - in re ipsa*; c) por fim, a teoria Mista: reconhece que havendo o interesse social, o Ministério Público estaria legitimado. Mas não vislumbra o interesse social em toda e qualquer demanda coletiva, relevando sua existência nos casos que envolvessem danos vultuosos, que viessem a atingir um grande número de pessoas ou, ainda, quando em razão da dispersão dos eventuais

¹⁹⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 37.

titulares do direito individual. Por fim, entendem os defensores dessa corrente, que é a majoritária, que o Ministério Público pode atuar na defesa dos direitos individuais homogêneos indisponíveis.¹⁹⁹

Vê-se, da doutrina e da jurisprudência, que a última teoria analisada, a *mista*, é a mais aceita no Brasil à legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos. Assim, demonstrado ser o evento o caso de direito indisponível e/ou de *interesse social*, legitimada está o Ministério Público. O que se percebido, como tendência, é que o reconhecimento da representação adequada para legitimação ao ajuizamento de ação coletiva, supera a condição da legitimação *ope legis* no Brasil, prevalecendo um controle judicial mais rigoroso. Nesse sentido:

Normalmente se afirma que a legislação no Brasil é *ope legis*, quero dizer, controlada apenas pelo legislador. Essa afirmação, contudo, deve ceder a primazia da realidade. É tendência internacional, mesmo nos países de *civil law*²⁰⁰. Hoje, na jurisprudência, começa a perseverar o controle judicial da adequada legitimação, seguindo a tendência dos ordenamentos modernos de acompanhar, pelo juiz, a adequada representação as partes envolvidas. Portanto, correta a doutrina ao afirmar que a legitimação no Brasil não se limita ao legislador, ocorrendo o controle *ope judicis*. Um dos casos em que esse controle tem-se mostrado mais rigoroso é na legitimação do Ministério Público.²⁰¹

¹⁹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 350-357.

²⁰⁰ Ver, sobre a existência de um paradoxo metodológico entre *commom Law* e *civil Law* no processo civil brasileiro, entre o direito constitucional de cariz norte americano (mandado de segurança, controle difuso de constitucionalidade, *judicial review*, ênfase no direito público) e o infra-constitucional do CPC (ênfase no direito privado), bem como, a tendência de aproximação das grandes tradições (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007).

²⁰¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 338-339. José Marcelo Menezes Vigliar afirma, com razão: "O nosso sistema atual de verificação dessa condição - ninguém em sã consciência o nega - carece de aperfeiçoamento. Fizemos uma suposta adesão ao denominado sistema *ope legis* crendo que, apenas por pertencermos a família jurídica do *civil Law*, a previsão legal de um rol de legitimados bastaria à solução do problema. Por engano. A jurisprudência (bastante expressiva), formada ao longo desses 20 anos de prática de processos coletivos, que versa a condição do legitimado ativo, não me deixa mentir nem exagerar. Em especial - e basta o leitor se socorrer de qualquer repertório autorizado -, considera-se a jurisprudência formada em relação ao Ministério Público. Estivéssemos num sistema *ope legis* (nunca estivemos porque ele é impraticável), e não se discutiria tanto, em juízo, a preliminar da legitimação ativa!" (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o código de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processo coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 315).

4.4.1.2 Legitimidade do Ministério Público para a impetração de Mandado de Segurança Coletivo

O Ministério Público, segundo a Constituição da República e a Lei nº 12.106/09, não recebeu outorga expressa para ser um dos legitimados à impetração do mandado de segurança coletivo. Outra celeuma. Pode-se concluir, com isso, que o Ministério Público não teria legitimidade para a propositura do *writ* sob a forma coletiva? A doutrina mais abalizada nos autoriza o contrário.

Bom, já se encontra sedimentado que à proteção dos interesses e/ou direitos coletivos há um microssistema, cujas leis comunicam-se entre si. É um diálogo entre as fontes. Assim considerando, a omissão da Lei nº 12.016/09 seria preenchida pelas demais leis. E não poderia ser diferente. Se o mesmo fato que enseja a impetração do *mandamus*, também autoriza o ajuizamento de ação ordinária, caso não haja provas pré-constituídas, incoerente seria negar legitimidade ao Ministério Público à impetração do Mandado de Segurança Coletivo, uma vez que, por outro meio, ele poderia alcançar o mesmo fim (ação de cognitiva de procedimento ordinário). Consideremos ainda que, pelo princípio da atipicidade da tutela coletiva e da máxima eficácia na defesa dos direitos coletivos, é inadmissível determinar qual espécie de ação seria a mais adequada a tutelar referidos direitos, nos termos do que dispõe o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, mesmo tratando-se de questão complexa, em que há vozes de peso que se postam contrariamente à legitimação do Ministério Público à impetração do Mandado de Segurança Coletivo²⁰², a simples omissão legal não pode e nem deve, por outras considerações já vistas, ao Ministério Público a legitimidade para a impetração de mandado de segurança coletivo. Com razão Luiz Manoel Gomes Junior:

De outro lado, emprestamos nossa adesão a Marcos Luiz de Melo no sentido de ser possível de qualquer espécie de direito coletivo (difuso, coletivo e individual homogêneo) através do Mandado de Segurança Coletivo.²⁰³

²⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 22: “Se o propósito do Mandado de Segurança Coletivo tivesse sido o de viabilizar a tutela de direitos coletivos, não se poderia compreender que entre os legitimados a utilizá-lo não estivesse o MP, a quem a Constituição atribui, como função institucional, a defesa dessa categoria de direitos (Cf, art. 129, III). Sua exclusão na verdade, evidencia mais uma vez que o mandado de segurança coletivo é instrumento de defesa de direitos individuais, defesa que, em princípio, é incompatível com as atribuições constitucionais do MP (Cf, art. 127)”.

²⁰³ Hermes Zaneti Junior citado por GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 20.

[...] vistos ser a expressão 'direito líquido e certo' de cunho eminentemente processual, referente á prova pré-constituída, e não à qualidade do direito objetivo deduzido em direito.²⁰⁴

4.4.2 A legitimidade ativa da Defensoria Pública

Com a Constituição de 1988, pela primeira vez na história, o texto constitucional trouxe a defensoria como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134 da CR/88)[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13415 - _ftn14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13415_-_ftn14). O texto constitucional elevou a condição da instituição. Agora, não mais somente como mera prestadora da assistência judiciária, mas, também, como órgão cuja função é essencial à justiça.²⁰⁵

A Defensoria Pública, por intermédio da Lei nº 11.448/07, passou a ter legitimidade extraordinária para ajuizar ação civil pública. Até então, a doutrina e jurisprudência não viam isso com muita simpatia, com exceção de suas possibilidades. Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior exemplificam as possibilidades:

[...]. Por exemplo, quando a associação de moradores procura a Defensoria Pública para o ajuizamento de uma ação com a finalidade de coibir um dano ambiental, o artigo 5º Lei 7.347/85 autoriza a impetração da associação. Nessa situação, o Defensor Público atuaria apenas como *representante judicial*, quer dizer, a parte autora seria a associação, legalmente constituída a mais de um ano, que por ser hipossuficiente economicamente, daria ensejo à representação pela Defensoria. A petição inicial terá a associação de moradores como representado em juízo pelo Defensor Público subscritor da peça. Essa hipótese já está bastante conhecida.

Existia, contudo, uma outra possibilidade de ajuizamento de ações coletivas, dependendo da *previsão expressa de um órgão da defensoria pública* para atuar na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Decorre esta possibilidade do art. 82, III, da Lei nº 8.078/1990 (CDC), que prevê a legitimação de órgãos de defesa do consumidor mesmo que despersonalizados, para a defesa dos direitos e interesses de que trata o

²⁰⁴ Hermes Zaneti Junior citado por GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 20.

²⁰⁵ CORNÉLIO, Fernanda Marques; OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa de. A legitimidade da defensoria pública para propor ação civil pública. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13415>. Acesso em: 29 jun. 2014.

Código. O autor desta ação seria um órgão da Defensoria Pública.²⁰⁶

Atualmente, a discussão é restrita somente sobre se a legitimação da defensoria seria apenas em prol da coletividade composta de pessoas hipossuficientes.

A doutrina e a jurisprudência dominantes²⁰⁷ entendem que a presença de apenas um necessitado ou hipossuficiente na coletividade já justifica a legitimação da Defensoria. Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior bem explicam a questão:

Para que a Defensoria seja considerada como 'legitimada adequada' para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexó entre a demanda coletiva e o interesse da coletividade composta por pessoas 'necessitadas', conforme locução tradicional. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de PlayStation III ou de Mercedes Benz. Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta *exclusivamente* por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas.²⁰⁸

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 3943, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, com redação dada pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, ao fundamento de que tal dispositivo, ao conferir legitimidade, "sem restrições", à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública, estaria violando o disposto nos artigos 5º, inciso LXXIV e 134, ambos da Constituição da República de 1988. Segundo se extrai da petição inicial, a legitimação da Defensoria Pública à propositura de ação civil pública estaria contrariando sua função de assistente judiciário e defensor dos necessitados, uma vez que ela não teria como aferir se a coletividade representada seria ou não hipossuficiente. Argumentou-se, ainda, que a legitimação à propositura da ação civil pública à Defensoria estaria a *impedir* o Ministério Público de *exercer plenamente as suas atividades*, uma vez que

²⁰⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 236-237.

²⁰⁷ Agravo de instrumento. Ação civil pública ajuizada pela defensoria pública do estado. Alegação pelo ministério público de ilegitimidade ativa da defensoria. Rejeição. Desnecessidade de que a coletividade cujos interesses são defendidos seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas. Documentos juntados aos autos que comprovam a hipossuficiência de um dos candidatos, bem como que vários deles se encontram desempregados. Alegação pelo parquet de ocorrência de litispendência com outra demanda coletiva ajuizada anteriormente pelo ministério público. Pedidos diversos. Não configuração da litispendência. Conhecimento e improvimento do agravo. Manutenção da decisão recorrida.

²⁰⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 219.

a titularidade *pertence ao Ministério Público, consoante disposição constitucional*.

Numa leitura mais cautelosa a respeito das funções da Defensoria Pública, encontraremos uma resposta mais objetiva quanto à sua legitimação. A Defensoria Pública exerce funções *típica* e *atípica*. A função *típica* da Defensoria Pública é exercida em prol do necessitado econômico. A função *atípica*, por sua vez, não pressupõe, necessariamente, que o representado seja hipossuficiente economicamente, mas, sim, alcança o necessitado jurídico. Nesse sentido:

É importante frisar que a defensoria atua mesmo em favor de quem não é hipossuficiente econômico. Isto por que a Defensoria Pública apresenta funções típicas e atípicas. *Função típica* é a que pressupõe hipossuficiência, aqui há o necessitado econômico (v.g., defesa em ação civil ou ação civil para investigação de paternidade para pessoas de baixa renda). *Função atípica* não pressupõe hipossuficiência econômica, seu destinatário não é o necessitado econômico, mas sim o necessitado jurídico, v.g., curador especial no processo civil (CPC art. 9º II) e defensor dativo no processo penal (CPP art. 265).²⁰⁹

De mais a mais, uma interpretação restritiva²¹⁰ quanto à legitimação ativa da Defensoria Pública, contraria princípios próprios, norteadores da tutela coletiva, especialmente o da representação adequada.²¹¹ Seria um retrocesso desconsiderar a legitimidade de um órgão com tamanha estrutura, essencial na defesa dos hipossuficientes (*típico* e *atípico*) e, portanto, defensor de direitos e garantias

²⁰⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 236.

²¹⁰ “Ementa PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE.

1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores.
2. Esta corte, Superior Tribunal de Justiça, vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.
3. Recursos especiais não-providos” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 912.849/RS. 1. T. Rel. Min. José Delgado, j. 26/02/2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 28 abr. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 01 jul. 2014).

²¹¹ “Uma interpretação restritiva, aqui, seria contrária aos princípios da tutela coletiva, principalmente a necessidade de aferição em concreto da adequada representação e a instrumentalidade das formas” (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 238).

fundamentais.²¹²

Oportuno registrar que o CBPC - IBDP traz proposta de significativo aumento de legitimação da Defensoria Pública à propositura de ações coletivas, inclusive no mandado de segurança coletivo. Ao juiz, como elemento efetivo e participativo do processo coletivo, fará o controle em concreto da representação adequada.²¹³

4.4.3 A legitimidade ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquia, Fundação, Empresa Pública, Sociedades de Economia Mista, Órgãos da Administração Pública, associações e outras formas de associativismo.

Como disposto nos arts 82, II do CDC e do art. 5º da LACP, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como os entes integrantes da Administração Pública indireta, dotados de personalidade jurídica, possuem legitimidade ativa para a propositura da ação coletiva, dentro do espaço territorial onde estão constituídas e seja evidente o interesse social.²¹⁴

Com precisão, Luiz Manoel Gomes Junior (2005, pp. 48/49), destaca a posição da doutrina e jurisprudência em favor dos municípios quanto à sua legitimação para propor ação de coletiva em proteção aos interesses do consumidor. Entende o citado autor que

²¹² “[...] A interpretação rigorosa da técnica processual, no processo individual, tem dado margem a que um numero demasiado de processo não atinja a sentença de mérito em virtude de questões processuais (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões e etc.). As normas que regem o processo coletivo, ao contrario, devem sempre ser interpretadas de forma aberta e flexível - há disposição expressa nesse sentido no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - e o juiz encontrara nelas sustentáculo para uma postura menos regida e formalista. O principio geral do processo coletivo - capaz de transmitir-se ao processo individual - é muito claro, nesse campo: observado o contraditório e não havendo prejuízo a parte, as formas do processo devem ser sempre flexibilizadas” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14).

²¹³ Art. 19, IV, do anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. Redação de Ada Pellegrini Grinover após reuniões com Ministério Público e Órgãos do Governo Federal: “a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem necessitados, do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe pessoas, forem ao menos em parte, hipossuficientes”.

²¹⁴ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery admitem a possibilidade de ajuizamento de ação civil público por um Estado Federado e outro Estado Federado. Apontam como hipótese que enseja essa atuação a defesa do meio ambiente, tendo em vista que se trata de um direito que transcende o campo de interesse individual de cada Estado (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1.515).

a legitimidade dos municípios para atuarem no pólo ativo das ações coletivas em sentido estrito, ou seja, a prevista na Lei Ação Civil Pública e a disciplina pelo Código do Consumidor, origina-se dos preceitos inseridos nos arts. 5º, inciso XXII, 23, inciso I e 170, inciso V.²¹⁵

Fundamenta-se também na fala Kazuo Watanabe, com destaques pessoais:

[...] A ampla legitimidade dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos dos consumidores decorre de mandado constitucional. O inc. XXXII do art. 5º, CF, com efeito, dispõe expressamente que incumbe 'ao Estado (no sentido amplo) promover, na forma da lei, a defesa do consumidor'. E a defesa é, certamente, uma das formas importante de exercício dessa atribuição.²¹⁶

Contextualiza, ainda, transcrevendo decisão do STF:

[...] Mais uma vez, considere-se que *não se pode* interpretar um preceito constitucional de *maneira isolada*, com a automaticidade estranha à busca da prevalência do trinômio Lei, Direito e Justiça. A interpretação é um ato de vontade; é um ato de inteligência objetivando extrair do preceito normativo, *seja este simplesmente legal ou constitucional, eficácia consentânea com os anseios da sociedade, avessos ao oportunismo* [...].²¹⁷

Os órgãos da administração pública possuem legitimidade ativa, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, conforme dispõe o artigo 82, III, do CDC.

Art. 82. [...]

III - as entidades e órgãos da administração direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código.

Destina-se a lei propiciar que órgãos como a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) e outros com finalidade de proteção de massa, possam igualmente propor ações coletivas.

Relacionados como órgãos da administração pública indireta temos as autarquias, as empresas públicas e as sociedade de economia mista.

²¹⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 48-49.

²¹⁶ WATANABE, Kazuo. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 758.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 175.161/SP. 2. T. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/1998. *Diário de Justiça*, Brasília, 14 maio 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

A Lei de Ação Civil Pública (art. 5º I e II, § 4º) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 82, IV e seu § 1º) outorgaram legitimação ativa às associações. Tal previsão, porém, é em sentido lato, de modo a abranger qualquer outra forma de associativismo, tais como cooperativas, sindicatos, partidos políticos e entidades de classe.²¹⁸

Para tanto, a lei, nesses casos, estabelece dois requisitos: a) a constituição da associação há pelo menos 01 (um) ano; requisito que poderá ser dispensado pelo juiz, em casos excepcionais, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido; b) inclua a associação, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Como explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a legitimidade no caso é conferida às associações pela própria lei (*ope legis*); é necessário tão somente que estejam presentes os requisitos legais exigidos, para se concluir pela legitimidade ativa esse sistema adotado no Brasil é, portanto, diferente do sistema da *class action* (ação de classe) do direito norte-americano, em que a legitimidade e aferível *ope judicis* (é o juiz que irá averiguar no caso concreto, se a respectiva associação adequada representatividade dos membros e da respectiva classe que representa).²¹⁹

Decorre da própria natureza jurídica dos sindicatos, partidos políticos, cooperativas e todas as formas de associativismo (associação civil) a legitimação à propositura de ações coletivas. (art. 174, § 2º, CR/88), desde que presente os citados requisitos, previsto em lei.

Com razão, discorda Luiz Manoel Gomes Junior (2005, pp. 60/62) do posicionamento rígido quanto ao requisito da prévia constituição das associações, a fim de que se vejam legitimadas à propositura de demandas coletivas. Como toda boa regra, também há boas exceções. Citado doutrinador registra, a título de justificável exceção à regra, “que o requisito da prévia constituição pode ser

²¹⁸ ASSIS, Araken de. *Substituição processual*, p. 09.

²¹⁹ Gregório Assagra de Almeida citado por NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1.516.

dispensado pelo julgador se existente manifesto interesse social, entendido esse como relacionado com a dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”²²⁰.

Enumera algumas possibilidades em que, considerando interesse público premente, poderia ser dispensada a prévia constituição; tais como: a) questões envolvendo matéria relacionada com a saúde da população; b) quantidade considerado de beneficiados, de modo a justificar a tutela coletiva, evitando-se, com isso, a multiplicação desnecessária de demandas individuais; c) direitos e interesses coletivos pertencentes a pessoas com pouco acesso ao sistema judiciário em razão de sua hipossuficiência (intelectual, econômica e jurídica). Conclui Luiz Manoel Gomes Junior que fora as situações de manifesto interesse social, permaneceria a exigência do requisito da pré-constituição.²²¹

Sindicato. A própria Constituição da República de 1988, no art. 8º, III, dispõe que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), através do enunciado de nº 310, I, determinou que ao sindicato caberia apresentar, junto a inicial da ação do processo coletivo, o rol dos substituídos.²²² Para Gregório Assagra de Almeida, o enunciado não pode prevalecer, já que decorre de interpretação restritiva do art. 8º, III, da CR/88, pois o referido dispositivo constitucional fixa entendimento de que o sindicato não seria substituto processual. “Essa interpretação restritiva não é compatível quando estejam em jogo direitos ou garantias fundamentais e direitos sociais”²²³.

Oportuna a transcrição:

Por outro lado, a exigência decorrente do Enunciado 310, V do TST de que todos os substituídos devam constar do rol a ser representado junto com a petição inicial que verse sobre ação coletiva ajuizada por sindicato, também não pode prosperar, pois o sindicato não atua nas ações coletivas como representante. A exigência do TST no caso é inconstitucional, pois impede e dificulta o comparecimento em juízo do sindicato na tutela de direitos massificados quando a própria constituição não exige a apresentação com a

²²⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 60.

²²¹ *Idem*, p. 62.

²²² Enunciado nº 310, do TST: “Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados, pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social e de qualquer documento de identidade”.

²²³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 521.

inicial do rol dos substituídos (art. 8º, III, c/c art. 5º, XXXV, ambos da CF).²²⁴

Partidos Políticos. Como Pessoa Jurídica de Direito Privado, os partidos políticos são constituídos na forma da Lei Civil (art. 17 da CR/88). Exige-se do partido políticos, para fins de sua legitimação ativa ao ajuizamento do processo coletivo, que o partido político tenha representação no Congresso Nacional e a matéria, objeto da causa de pedir. O art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC são dois, dentre outros, a legitimarem os partidos políticos à propositura de processo coletivo.

Os partidos políticos tem, por outorga constitucional (art. 103, VIII), legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade (seja por ação ou por omissão). Em razão disso, a doutrina e a jurisprudência se debatem quanto à legitimação dos partidos políticos para o ajuizamento de qualquer espécie de demanda coletiva. Gregório Assagra de Almeida argumenta ser necessário que a pretensão deduzida em juízo esteja incluída nas finalidades estatutárias do Partido Político.²²⁵

Percebe-se uma lógica razoável nos argumentos daqueles que defendem a legitimação ampla, sem pertinência temática, dos Partidos Políticos, ao ajuizamento de demandas coletivas. Isso porque, além da possibilidade de ajuizar ação direta de inconstitucionalidade (por ação ou por omissão), expõe os defensores que as restrições constitucionais quanto à matéria objeto da causa de pedir contida na alínea 'b', do inciso LXX, do art. 5º²²⁶ da CR/88, direcionadas às organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas em funcionamento em um ano, não estão relacionadas na alínea 'a' do mesmo inciso,

²²⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 521.

²²⁵ “Se os partidos políticos com representação no Congresso Nacional possuem legitimidade ativa, expressa no próprio texto constitucional, par ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), seja por ação ou seja por omissão (art. 103, VIII, da CF), pela mesma razão terão legitimidade para o ajuizamento de qualquer ação coletiva pertinente. Portanto, os partidos políticos possuem legitimidade ativa para atuar tanto no campo do direito processual coletivo especial quanto no direito processual coletivo comum. Interpretação em sentido contrário não tem razão de ser e não pode prevalecer” (Idem, p. 524).

²²⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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”.

que dispõe a respeito da legitimidade do partido político para ajuizar mandado de segurança coletivo.

Nesse sentido, Teori Albino Zavascki, em sua tese de doutorado, traz luz sobre o tema, explanando, com muita propriedade, a despeito da legitimidade ativa dos Partidos Políticos para ajuizar demandas coletivas mesmo quando não estiver voltada à defesa de seus filiados:

Ao tratar do mandado de segurança coletivo impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação, a Constituição Federal estabelece que ele será proposto "em defesa de interesses de seus membros ou associados" (art. 5º, LXX, b). entretanto, ao dispor, na letra a do mesmo inciso, sobre a legitimação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, não ficou estabelecido qualquer limitação dessa natureza, o que deu ensejo quanto ao objeto e os limites da impetração. Há quem sustente que, mesmo assim, os partidos políticos estão sujeitos a restrições semelhantes, somente podendo demandar tutela para direitos individuais de seus filiados. Essa orientação foi acolhida em precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Dois argumentos, pelo menos, militam fortemente em outro sentido. Primeiro, a inexistência da limitação no texto constitucional, o que é especialmente significativo ante a menção expressa a ela no inciso seguinte do mesmo dispositivo, a evidenciar que a omissão anterior não foi desatenta, merecendo, por isso mesmo, interpretação que lhe dê sentido adequado. Segundo, pela singular natureza do partido político, substancialmente diversa das demais entidades legitimadas. Com efeito, as associações - sindicais, classistas e outras - tem como razão existencial o atendimento de interesses ou de necessidade de seus associados. Seu foco de atenção está voltado para seus associados, que, por sua vez, a ela confluíram justamente para receber a atenção e o atendimento de necessidade ou de interesse próprio e particular. É natural, portanto, e apropriado à natureza dessas entidades que, ao legitimá-las para impetrar segurança, o constituinte tenha estabelecido como objeto da demanda a defesa dos interesses dos próprios associados, limitação inteiramente compatível com o móvel associativo. O que ocorre nos partidos políticos, entretanto, é um fenômeno associativo completamente diferente. Os partidos políticos não tem como razão de ser a satisfação de interesses ou necessidades particulares de seus filiados, nem são eles o objeto das atividades partidárias. Ao contrário das demais associações, cujo objeto está voltado *para dentro de si mesmas*, já que ligado diretamente aos interesses dos associados, os partidos políticos visam a *objetivos externos*, só remotamente relacionados à interesses específicos de seus filiados.

Segundo estabelece sua Lei Orgânica (Lei nº 5.682, de 1971, art. 2º) 'os partidos políticos [...] destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais, definidos na Constituição'. Por conseguinte, os filiados aos partidos são, na verdade, *instrumentos* das atividades e das bandeiras partidárias, e não, necessariamente ou prioritariamente, os *destinatários*, delas. O objeto das atenções partidárias são os membros da coletividade em que atuam, independentemente da condição de filiados. É bem compreensível, pois, e bem adequada à natureza dos partidos a sua legitimação para impetrar segurança coletiva, mesmo em defesa de direitos de não-filiados.

No que respeita à legitimação dos partidos políticos, em suma, a pretensão do mandado de segurança coletivo não esta limitada aos interesses

particulares de seus filiados. Tal limitação implicaria não apenas o desvirtuamento da natureza da agremiação partidária - que não foi criada para satisfazer interesses dos filiados - como também a eliminação, na prática, da faculdade de impetrar segurança coletiva. Assim, há de se entender que o partido político está legitimado a impetrar mandado de segurança coletivo com objetivos mais abrangentes, com a única limitação de estarem situados no âmbito de sua finalidade institucional e de seu programa. Em outras palavras, podem ser tutelados pelo partido político, por mandado de segurança, os direitos ameaçados ou violados, por ato de autoridade, ainda que pertencentes a terceiros não-filiados, quando a sua defesa se compreenda na finalidade institucional ou constitua objetivo programático da agremiação. Esse elo de relação e de compatibilidade entre o direito tutelado e os fins institucionais ou programáticos do partido político, além de representar o marco limitador do campo de abrangência da legitimação, constitui também requisito indispensável à configuração do interesse de agir em juízo.²²⁷

Assim considerando, temos que os partidos políticos podem ajuizar, em defesa de qualquer tipo de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, demandas coletivas, tendo essas como beneficiários os filiados ou não-filiados.²²⁸

4.4.4 A legitimidade ativa para o processo coletivo dos Órgãos Legislativos

Outra questão interessante, também apontada por Luiz Manoel Gomes Junior, é a legitimidade dos Órgãos Legislativos para atuar no pólo ativo de demandas coletivas. O fato dos Órgãos Legislativos não estarem legitimados, *ope legis*, à propositura de demandas coletivas, nem possuir personalidade jurídica, não pode ser determinante ao não reconhecimento da legitimidade ativa dos Órgãos Legislativos de demandas coletivas. Os Órgãos Legislativos possuem personalidade judiciária, mesmo não possuindo personalidade jurídica.²²⁹

Há precedente de lavra do Superior Tribunal de Justiça em que a questão foi magistralmente analisada: '[...] O Município tem personalidade jurídica e a Câmara de Vereadores personalidade judiciária (capacidade processual) para a defesa dos seus interesses e prerrogativas institucionais. Afetados os direitos do Município e inerte o Poder Executivo, no caso concreto (Municipalização de ensino de Escolas Estaduais), influido os denominados direitos-função (impondo deveres), não há negar a manifestação de direito subjetivo público legitimando a Câmara Municipal para impetrar mandado de segurança'.²³⁰

²²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 198-200.

²²⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 68.

²²⁹ Idem, p. 56-58.

²³⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 57.

Ainda na lição de Luiz Manoel Gomes Junior:

Contudo, a Câmara não poderá ajuizar demandas coletivas em favor do Município ou dos cidadãos que nele residem sem que haja a omissão do Poder Executivo. 'Conforme consignado em julgado do Superior Tribunal de Justiça em lição invocável na espécie: No desenvolver do exercício das funções outorgadas a Câmara Municipal (Poder Legislativo Municipal) não incorpora-se o de representar o Município em suas peculiares atividades administrativas. Ocorre que a Câmara expressa, por força da sua natureza jurídica e política, representação potencializada nos municípes. No exercício nessa representação, tem a Câmara interesse próprio de, em juízo, pretender que seus direitos gerais contempladores da garantia da estrutura territorial do Município sejam assegurados, por tais direitos caracterizam como produzindo efeitos cívicos. Atua, conseqüentemente, em tal situação com o substituto processual do cidadão, por em seu nome encontra-se em juízo'.²³¹

A obviedade da legitimação ativa *ad causam* dos Órgãos Legislativos para as demandas coletivas se extrai do art. 82, III, do Código do Consumidor, que legitima os entes despersonalizados para os citados desideratos. Se os entes despersonalizados, por força do que dispõe o referido artigo, podem ajuizar demandas coletivas, muito mais razão temos em nos posicionarmos pelo reconhecimento da legitimação dos Órgãos Legislativos.²³²

4.4.5 A legitimidade ativa do cidadão para o processo coletivo

Ao cidadão, nato ou naturalizado, segundo a Constituição da República, em seu art. 5º, LXXIII, é conferida legitimidade ativa exclusiva para o ajuizamento da ação popular. Contudo, exige-se que tenha adquirido sua capacidade de votar, seja essa obrigatória ou facultativa (art. 14, § 1º, I e II, da CR/88). Parte da doutrina entende que o conceito de cidadão diz respeito ao brasileiro que tenha a fruição legal dos direitos políticos.²³³ Todavia, para Gregório Assagra de Almeida, "não é compatível com o texto constitucional qualquer interpretação restritiva em torno da ação popular, que é garantia constitucional fundamental"²³⁴.

Celso Antônio Fiorillo, Marcelo de Abelha e Rosa Maria de Andrade Nery,

²³¹ Idem, p. 58.

²³² Idem, p. 57.

²³³ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 126-127.

²³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 525.

citados por Gregório Assagra de Almeida, afirmam que, para o ajuizamento da *ação popular ambiental* (tutela de direito difuso), seriam legitimados todos os *brasileiros* e os *estrangeiros residentes no País*, pois a defesa do meio ambiente é o direito da vida e a inviolabilidade ao direito à vida está consagrada no art. 5º, *caput*, da CR/88, tanto os *brasileiros* quanto aos *estrangeiros residentes no País*. Seriam esses os requisitos necessários para se extrair os conceitos de *cidadão*, pelo menos para efeito de ajuizamento de *ação popular ambiental*.²³⁵

O Cidadão não está autorizado a ajuizar qualquer outra espécie de ação coletiva que não seja ação popular. Todavia, poderá ele ingressar como assistente litisconsorcial em ação já ajuizada.

4.4.6 A legitimação ativa do indivíduo para o processo coletivo

O sistema processual coletivo brasileiro adotou, quanto à legitimação ativa do processo coletivo, sistema diverso do *class action* do direito norte-americano. Lá, o juiz tem a prerrogativa de, considerando o caso concreto posto, avaliar se o indivíduo, que aciona a justiça em busca de tutela coletiva, é idôneo para ser o representante da classe de pessoas que ele representa e que estará ausente no tramitar do feito. Aqui, o indivíduo, a exceção da ação popular e na condição de cidadão, não tem legitimidade para ajuizar ação coletiva, mesmo quando se tratar de direito individual homogêneo. Nesse caso, sendo o indivíduo titular de um direito *individualmente* protegido, poderá se valer um processo individual para tutelar direito seu.

4.5 O requisito da pertinência temática

Nossos tribunais concluíram, influenciados pela doutrina, pela necessidade de aferição da existência de um vínculo de interesse e afinidade temática (pertinência temática) entre os legitimados não-universais e o objeto da demanda. Influência que alcançou o STF que, quando do julgamento das demandas de controle de

²³⁵ Celso Antônio Fiorillo, Marcelo de Abella e Rosa Maria de Andrade Nery, citados por ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual - princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*, p. 525.

constitucionalidade²³⁶, passou a considerar a pertinência temática como requisito indispensável à legitimação dos elencados não-universais do art. 103 da Constituição da República de 1988. A partir de então, o que se viu no controle concentrado de constitucionalidade, passou a valer como requisito à legitimação à propositura de quaisquer espécies de demandas coletivas. Trata-se, oportuno dizer, de um requisito que não está expressamente previsto na lei, para fins de legitimação em ações coletivas.

Inicialmente não era assim que se procedia quanto ao reconhecimento da legitimidade. Bastava uma análise formal, comparativa, entre o objeto da demanda e os fins estatutários levados a efeito pela associação (art. 5º, V, da LACP de 1985).²³⁷

Com o tempo, os tribunais passaram a admitir a legitimidade mediante o reconhecimento de finalidades implícitas no estatuto²³⁸ com o objeto a ser tutelado. Isso foi um passo para que começasse a exigir a comprovação da pertinência temática, “não como uma simples referência ao estatuto social de uma dada associação, mas como um verdadeiro vínculo entre a atividade de representação da entidade legitimada com o próprio objeto da ação que move”²³⁹.

Não obstante representar a exigência desse requisito como uma ruptura do sistema estritamente legalista, também acabou por impedir o controle judicial puro e simples, impedindo a aplicação da representatividade adequada como requisito à legitimidade, pois esta passou a ser considerada como atendida desde que os requisitos formais estivessem presentes.

Essa regra, pertinência temática, segundo o disposto no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), não está direcionada ao Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações ou as sociedades de economia mista. Para estes, a Lei não traz qualquer restrição como a que vincula a

²³⁶ Alguns julgados que determinam a necessidade de demonstração da relação temática entre o pedido e o objeto da parte autora. ADI nº 902/MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22.04.1994, na ADI nº 1.307, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 24.05.1996, na ADI nº 2.157-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 07.12.2000, na ADI nº 2.242, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.12.2003 e na ADI nº 2.396/MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 14.12.2001, entre outros julgados.

²³⁷ SCARPARO, Eduardo. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, p. 125-146.

²³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação Cível nº 373.744. Rel. Raldênio Bonifácio Costa, j. 03/03/2008. *Diário de Justiça*, Rio de Janeiro, 10 mar. 2008. Disponível em: <<http://processual.trf2.jus.br/consultaProcessual/processo>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

²³⁹ SCARPARO, Eduardo. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, p. 145.

legitimidade ativa das associações com a pertinência temática de seus estatutos.

Por outro lado, concluímos que se o juiz pode rejeitar a inicial de um processo coletivo por entender como inexistente a comprovação da pertinência temática, também estará estabelecendo, ao mesmo tempo, critério subjetivo ao reconhecimento da legitimidade, afirmando pelo controle de representatividade adequada judicial (*ope judicis*).

Esse entendimento vem sendo acatado pela jurisprudência e largamente aceito pela doutrina.

4.6 As ações coletivas passivas

Um dos mais interessantes temas da atualidade do processo coletivo diz respeito às denominadas ações coletivas passivas, ou seja, casos em que um autor deduz em juízo uma pretensão em desfavor de uma coletividade.

Com a costumeira clareza, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior afirmam que:

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado no pólo passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se uma demanda contra uma coletividade. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) - nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve comunidades distintas.²⁴⁰

A premissa para bem se compreender a ação coletiva passiva passa pelo reconhecimento de que, assim como uma coletividade pode ser titular de um direito, pode também estar em situação de sujeição ao direito do autor, seja esse direito coletivo ou não.

A experiência forense brasileira já se deparou com interessantes casos de ações coletivas passivas:

- 1) Litígios coletivos trabalhistas, em que em cada um dos pólos se encontra o sindicato (representante adequado) das respectivas categorias - empregados e empregadores;
- 2) Ação proposta em face de categoria de servidores públicos, em casos de greve, com a pretensão de voltem ao trabalho. Noticia-se que a ação pioneira ocorreu em 2004, quando a categoria dos policiais federais entrou em greve. Naquela oportunidade, a União ingressou com ação em face da

²⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 411.

Federação nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais do Distrito Federal, pleiteando o retorno das atividades;

3) Exemplo citado em doutrina, o caso de uma empresa que ingressa com ação a fim de ver declarado que seu projeto é ambientalmente correto, ou ação proposta por empresa que se vale de contratos de adesão, a fim de ver declarada a legalidade das cláusulas desse mesmo contrato.²⁴¹

Percebe-se que o conceito de *representatividade adequada* nas ações coletivas passivas ganha importância extrema, na medida em que só é aceitável que a demanda seja proposta em face daquele legitimado passivo que efetivamente seja o representante adequado daquela categoria.

A doutrina subdivide as ações coletivas passivas em originárias ou derivadas. Serão originárias quando surgem sem que lhes preceda uma demanda coletiva ativa; são derivadas quando surgem em decorrência de uma ação coletiva ativa, tal como ocorre com a ação rescisória de sentença proferida em ação coletiva ativa, ou cautelares incidentais a ações coletivas ativas.

²⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 415.

5 A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E O PROCESSO COLETIVO

5.1 Aspectos históricos. O direito e suas gerações

Como visto, a sociedade, como um todo, convive, servilmente, dentro de um contexto normativo de imposição e regras. Em tese, esse contexto espelha, ou teria que espelhar, a realidade/necessidade de sua existência e aplicabilidade, sob pena de não de se efetivar perante seus destinatários. A tutela jurídica, para ser efetiva, tem que estar apoiada no binômio: validade do direito material x meios de proteção (instrumental). É justamente nessa situação que o direito, como fenômeno universal, se encontrava ao findar a segunda guerra mundial, ou seja, tanto as regras de direito material quando os meios instrumentais de sua validação, não mais serviam aos anseios e desideratos próprios da época. Não obstante reconhecermos a *voluntas legis* como uma construção de boa vontade e intenções, a realidade social de então exigia uma nova ordem jurídica, reguladora da terceira geração de direitos, que atendessem às necessidades da sociedade, no que diz respeito a uma proteção coletiva efetiva.

A Tutela coletiva passava a ser, a partir da segunda guerra e em razão dos abusos cometidos por ela, como só acontecer diante de cenário pós-guerra de tamanha extensão, uma construção inafastável, seja do ponto de vista material, seja do ponto de vista processual. A tutela individual, portanto, não atendia mais às necessidades dos povos. Em outras palavras, dever-se-ia pensar, de agora em diante, no coletivo, também. Daí é que surgem os chamados direitos de terceira geração, caracterizado pela sociedade universalizada e mais solidária. Diante desse cenário, a proteção da coletividade se tornava, então, em anseios da sociedade. Fato que fez surgir o direito coletivo como fenômeno de estudo e posituação²⁴².

Essa concepção dos chamados direitos de terceira geração não surgiu, tão somente, como fruto de criação do homem. Consideremos, primeiramente, que tudo teve início nas revoluções liberais. Nelas se consagrou a primeira geração de direitos, cujo centro da proteção normativa era o homem, como indivíduo, e sua liberdade como proteção reflexa. Isto está claro nas disposições normativas do século XVIII, perdurando até o início do século XX. Era, então, o que chamamos de

²⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 231 a 255.

liberdades individuais, protegendo o indivíduo diante dos excessos e arbítrios do Estado. Até então, em razão disso, dos excessos e arbítrio, o Estado era visto como o maior inimigo das Liberdades individuais. Esses direitos primeiros, no que diz respeito à proteção do indivíduo em face do Estado, são os chamados de primeira geração, que buscava proteger a pessoa, o indivíduo, do absolutismo. Toda forma de restrição às liberdades deveria estar expressamente na lei. Sem a lei não havia ordem ou força sobre o indivíduo. A lei representava o interesse comum; portanto, acima do absolutismo do monarca, e só ela poderia restringir a liberdade do indivíduo. Esses direitos representam a primeira geração contra o arbítrio.

Após a Primeira Guerra Mundial, cuja estimativa nos traz um número próximo de 15 milhões de mortos, surge a segunda geração de direitos. Naquele momento, as desigualdades eram evidentes. Os civis, nacionais dos países vencidos, também aqueles que por eles sofreram domínio e até mesmo os povos 'vencedores' da guerra, mesmo diante do já reconhecido direitos de primeira geração, sofriam com a falta da efetivação desses direitos, até então, pragmaticamente, quase se efeito. As desigualdades geradas pelo liberalismo, gerado pelo capitalismo burguês agora se agravava ainda mais, considerando o momento histórico pós-guerra. O indivíduo não perdera sua condição de objeto dos direitos humanos fundamentais. Todavia, era urgente, em face desse cenário, expandir os chamados direitos dos indivíduos para categorias sociais específicas²⁴³. A proteção às liberdades individuais é expandida e recalculada nas relações/necessidades sociais. Naquele momento, a parte mais fraca da sociedade, considerando como tal seu poder econômico, social ou cultural, passou a receber do Estado a mesma proteção outorgada ao indivíduo. O objetivo era ressaltar o escopo social do Estado. Assim, os direitos de segunda geração são, na sua essência, direitos sociais. Comumente chamados de direitos de assistência, onde o Estado é conclamado a responder, legislativa, jurídica ou executivamente em favor das camadas mais carentes da sociedade. A revolução industrial, alimentada pelo Estado Liberal, que nada ou quase nada fez quanto á aplicação prática dos direitos de primeira geração, alimentada pelo pós-guerra de 1914, fez eclodir uma convulsão social, uma clamor das massas, que acabou por resultar, entre outros fenômenos, nos direitos protetores de categorias. A primeira construção desses direitos é percebida na proteção ao trabalhador, refreando a exploração patronal.

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 231 a 255.

Diante do sucesso à proteção desse direito coletivo (trabalhadores) não demorou para que outros direitos solidários surgissem, tais como os de proteção aos consumidores, estudantes, idosos, mulheres, etc.

Não foi preciso muito tempo para que se percebesse que os direitos sociais também não seriam bastante à proteção da sociedade. O indivíduo tinha leis próprias para defendê-lo dos abusos de outro indivíduo ou mesmo do Estado. Todavia, o legado da grande Terceira Guerra, como o extermínio de massas, genocídio praticados por Estados Totalitários (Itália e Alemanha), erradicação de uma cidade toda, dizimando sua população com grande contaminação ambiental praticados por Estados Democráticos, livres (EUA, Inglaterra) - o direito voltou os olhos novamente para as relações sociais em geral, mas agora não para garantir indivíduo contra indivíduo, nem contra o Estado, mas para garantir a humanidade contra a própria humanidade. No pós-guerra, com o desenvolvimento vertiginoso da tecnologia de transportes, de comunicação e de informação, os direitos humanos se internacionalizaram e a soberania estatal se relativizou mais ainda pela criação de organismos políticos e sistemas normativos supranacionais, a fim de gerar condições de progresso material para regenerar padrões morais de respeito à dignidade da pessoa humana, desgastados pela miséria econômica e social, extrema em muitas partes de um mundo em globalização. Nesse quadro histórico, após a Segunda Guerra Mundial, surgem direitos de solidariedade, conhecidos como direitos de terceira geração, vindos pioneiramente de declarações internacionais ou supranacionais.

Em resumo, o direito coletivo, tendo como amparo o princípio da solidariedade, que dogmaticamente começa a se apresentar após a Declaração dos direitos-liberdade (individuais) no século XIX, seguida no século XX pela Declaração dos direitos-igualdade (econômicos, sociais e culturais), se intensifica após a Segunda guerra mundial, com alcance internacional, fundado na proteção e defesa da dignidade humana²⁴⁴.

Não há como determinar, exatamente, a gênese da proteção dos interesses e/ou direitos coletivos. Podemos afirmar que, muitos eventos ocorridos antes da construção de um direito fundado na solidariedade contribuíram à formação da efetivação desses direitos. Mesmo que despropositado, ou seja, sem a intenção de

²⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. p. 406.

se criar um direito coletivo, as sociedades, muito antes da existência dos direitos de primeira geração, já clamavam pela proteção contra o Estado e seus abusos, pela proteção ambiental, pelo emprego e dignidade. Vejamos que os direitos de segunda geração é uma evolução dos de primeira, e os de terceira geração também é uma evolução dos de segunda geração. Portanto, para que hoje tivéssemos os chamados direitos de terceira geração, solidário com as necessidades da sociedade, contextualizado, sobretudo, com a coletividade, foi necessário que tivesse havido, num primeiro momento, a revolução para o Estado Liberal, que reconstruiu o Estado a partir de novos paradigmas. Nesse sentido:

Para a solidariedade atingir o patamar que hoje ostenta, um lento processo evolutivo foi percorrido, pois somente com a consagração e busca pela efetivação dos direitos fundamentais em suas mais diversas dimensões foi possível propiciar o campo para o seu desenvolvimento. Isso se torna mais claro quando se percebe que não havia muito lugar para solidariedade numa sociedade extremamente desigual, preconceituosa, escravagista e machista.²⁴⁵

5.2 Direitos Fundamentais no Brasil e a participação efetiva da Ordem dos Advogados do Brasil em sua construção

A história da luta para efetivação dos direitos fundamentais no Brasil teve seu início com a Constituição de 1823, construída logo depois da independência. José Bonifácio de Andrade e Silva, então ministro de Governo e amigo do Imperador, influenciado pelos seus estudos jurídicos em Coimbra (Curso de Lei - 1783 a 1788), de cunho liberal e libertador do Poder de Império, queria o apoio do Congresso para estabelecer a divisão clássica dos poderes. E conseguiu. Até o momento da promulgação da Constituição, o texto trazia a divisão clássica dos poderes, com predomínio do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo. Isso muito desagradou ao Imperador. Com o apoio dos militares, o imperador dissolveu o Congresso. O prestígio de José Bonifácio foi de encontro aos interesses pessoais de D. Pedro I.

Em face do desagrado e se sentindo inseguro com as idéias garantidoras de direitos individuais e coletivos do então amigo José Bonifácio, o monarca demitiu o ministro e deu um golpe no dia 12 de novembro de 1823, apoiado pelos militares,

²⁴⁵ FERREIRA, Emanuel de Melo. A evolução da solidariedade das sociedades clássicas à principiologia constitucional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. *Anais ...* Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 5986.

dissolvendo a Assembleia Constituinte. Esse acontecimento ficou conhecido na história do Brasil como a Noite da Agonia. O início da vida política do Brasil como Nação independente foi tortuoso, haja vista o interesse pessoal do Rei em se manter como absoluto no Poder. A nova ordem política e social que chegava dos Estados Unidos e da Europa, alicerçada nessas mesmas garantias, seria a tônica dos projetos da sociedade de juristas e intelectuais a partir de então, em busca da ratificação da independência, e, como consequência, uma reformulação na cultura política, jurídica e social do Brasil.

Contudo, o trabalho dispensado pelos juristas de então, não foi de todo em vão. A Constituição Monárquica, outorgada, manteve o texto original da abortada, que no seu artigo 179, dispunha a despeito dos direitos e garantias fundamentais.²⁴⁶

²⁴⁶ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá efeito retroactivo. IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta. XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos. XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes. XV. Ninguem será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres. XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica. XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

Como se vê, não obstante o caráter ditatorial monárquico da Constituição, foram assegurados os direitos à liberdade, à segurança, à saúde, à educação, à liberdade de manifestação de pensamento, à igualdade, o direito à crença, exercício livre de qualquer profissão. Resultados de um trabalho que, indubitavelmente, podemos creditar aos juristas e pensadores da época, influenciados pelos movimentos libertários da Europa. Fora mantida, também, na Magna Carta de 1215, o incremento do sistema jurídico e sua base educacional. Fundamental para o amadurecimento rumo ao crescimento como nação independente, sobre todos os aspectos. O primeiro deles diz respeito à criação dos primeiros cursos jurídicos no país, em 1827, o que foi fundamental para que se iniciasse a formação de uma casta de notáveis juristas, de importância crucial para a consolidação da vida política e intelectual da Nação soberana, e a fundação, em 1843, do Instituto dos Advogados

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade. XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confisco de bens, nem a infâmia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja. XXI. As Cadeas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes. XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. XXIII. Tambem fica garantida a Divida Publica. XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres. XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação. XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo. XXVIII. Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a ellas na fórma das Leis. XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos. XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores. XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos. XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos. XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes. XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circumstancias especificadas no paragrapho seguinte. XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Auctoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito”.

Brasileiros (IAB), que nada mais é do que a OAB, em sua gênese.

José Feliciano Fernandes Pinheiro, futuro Visconde de São Leopoldo é o nome que aparece como ideário de um projeto que objetiva efetivar a fundação de Universidade no Brasil. Em 14 de junho de 1823, então, durante uma sessão na Assembléia, ele fez a indicação para instalação de uma universidade no Império do Brasil. A idéia se concretizou. Na sessão de 19 de agosto de 1823, a Assembléia aprovava o primeiro projeto de lei que autorizava a constituição de uma universidade no Brasil.

Todavia, o caminho à efetivação do projeto não seria tão fácil. A discussão a respeito da localização e das cadeiras que seriam selecionadas foi acirrada. Óbvio, os interesses políticos dos parlamentares eram evidentes. Notadamente o que diz respeito à localização. Os parlamentares procuraram convencer a Corte e ao parlamento de que sua terra de origem seria mais adequada às pretensões. Em 4 de novembro, o projeto foi aprovado com emendas. A localização da primeira universidade do Brasil foi entre São Paulo e Olinda.

Não obstante a dedicação dos juristas, parlamentares ou não, para dar ao Brasil sua primeira Universidade, o projeto foi abortado em razão da dissolução da Constituinte, em 12 de novembro de 1823. Em 1824, o Imperador outorga a Primeira Constituição do país, elaborada pelo Conselho de Estado, instituída para auxiliar o Imperador. Nela não houve registro algum a respeito da esperada Universidade.

A militância liberal, insistente quanto à independência do Brasil e entendendo que, para tanto, uma universidade seria o caminho mais natural ao amadurecimento do país ao rompimento definitivo com a monarquia, continuou na luta. Em 9 de janeiro 1825, em resposta a essa luta, o Imperador, por decreto, autorizava a abertura de um curso jurídico na cidade do Rio de Janeiro, regido pelos estatutos elaborados por Luís José de Carvalho e Melo, Visconde da Cachoeira. Todavia, faltava organização, até mesmo quanto à direção orçamentária para que o sonho começasse a se concretizar. O curso não chegou a ser instalado, em razão desses contratemplos.

A discussão volta à tona em 1826. José Cardoso Pereira de Melo, Januário da Cunha Barbosa e Antônio Ferreira França, assinaram um projeto com 9 artigos, que tratava exclusivamente da instalação e organização de uma Universidade. O projeto recebeu várias emendas. Em 11 de agosto de 1827, o projeto se transforma em Lei. A idéia do Visconde de São Leopoldo, um homem ligado às leis e que tanto

lutara na Constituinte de 1823, estava concretizada. Quando da criação dos cursos na Constituinte de 1823, o Visconde da Cachoeira elaborou os estatutos para o curso jurídico do Rio de Janeiro. E foram estes mesmos estatutos que acabaram por regulamentar o funcionamento dos cursos de Olinda e São Paulo.

O Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo, que começou a funcionar em 1º de março de 1828 e o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda, inaugurado em 15 de maio de 1828, representaram marcos referenciais da nossa história, cujo propósito era a formação da elite administrativa brasileira.²⁴⁷

Com a fundação do que podemos chamar da nossa primeira OAB, o Instituto dos Advogados, alterou-se, significativamente a luta, não só o envolvimento pela normatização das prerrogativas da classe, como também a luta pela efetivação da identidade nacional como sendo um país livre, igual, democrático, liberal e com fincas à proteção dos direitos da humanidade, influenciado pelos ventos das mudanças que vinham da Europa.

O Instituto dos Advogados teve como norte os modelos existentes na França e em Portugal. A influência das Ordens Francesa e Portuguesa era notável.. Pensava-se primeiramente em se criar movimentos agitadores com o fito de se constituir a Ordem dos Advogados, regularizar o serviço de administração da justiça e completar a organização do Poder Judiciário.

Em 1842, o ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro Francisco Alberto Teixeira de Aragão, ferrenho lutador para criação de uma Ordem profissional para os advogados, propôs que fosse criada uma Ordem nos mesmos moldes que a Portuguesa. Para tanto, já em janeiro de 1842, o ministro fundou, na corte, a *Gazeta dos Tribunais*, um periódico que noticiava atos da Justiça, notadamente sua transparência e questões relevantes para o direito, bacharéis, advogados e, como também, por óbvio, notícias a respeito dos feitos das Ordens dos Advogados Francesa e Portuguesa.

Em 16 de maio de 1843, a *Gazeta dos Tribunais*, em sua primeira edição, publicou um artigo intitulado “A Necessidade de uma Associação de Advogados”. Divulgou os estatutos da Associação dos Advogados de Lisboa, aprovados por portaria de 23 de março de 1838. Após um mês, aproximadamente, teve início a

²⁴⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

discussão, em torno da criação de uma corporação que reunisse e disciplinasse a classe de advogados.

Em 07 de agosto de 1843, o Imperador aprova o Estatuto da Instituição dos Advogados, com forte influência dos estatutos Francês e Português. Seu artigo 2º dizia que “O fim do Instituto é organizar a Ordem dos Advogados, em proveito geral da ciência da jurisprudência”. Dias depois, em 21 de agosto de 1843, era eleita a diretoria do Instituto. O presidente eleito Montezuma proferiu, na ocasião, discurso no qual justificou a criação do Instituto e a sua participação para a criação futura da Ordem dos Advogados. “Ela, Senhores”, afirmou referindo-se à Ordem, “não só saberá zelar o subido valor que acaba de receber do Imperante, mas desvelar-se-á por tornar-se digna, em todas as épocas de sua existência, da mais plena e imperial confiança”²⁴⁸.

Desde então, o Instituto dos Advogados do Brasil, iniciou uma série de estudos e debates a respeito da organização judiciária, da necessária formação jurisprudencial, da luta pelas reformas voltadas às liberdades com cerne nos direitos humanos. Tornou-se, à época, um órgão de estudos quanto às necessidades da organização do Estado Brasileiro. E mais, demonstrava, através de seus estudos e publicações, a necessidade de construção e reconstrução da Constituição Brasileira. Todos os projetos apresentados ao Imperador, que diziam respeito à construção de uma sociedade livre, solidária, democrática eram desconsiderados por ele.

Todavia, a Constituição de 1891 representa um verdadeiro espelho dos estudos realizados pelo Instituto dos Advogados do Brasil. Foram quase todos considerados na construção do anteprojeto da Constituição Depois de revisado pelo jurista e liberal democrata Rui Barbosa, foi submetido e aprovado pela Assembléia Constituinte.

Ao nos depararmos com o texto da Constituição de 1891, bem como com os estudos dirigidos pelo Instituto dos Advogados do Brasil, que tanto direcionou a construção do anteprojeto, vemos, com clareza, a forte influência da Constituição Americana, que vedava ao Estado de proibir o livre exercício da religião, limitar a liberdade de expressão, limitar a liberdade de imprensa, limitar o direito de livre associação pacífica, limitar o direito de fazer petições ao governo com o intuito de

²⁴⁸ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

reparar agravos.²⁴⁹

Praticamente, houve uma reprodução da Constituição de 1891, com ampliação dos direitos fundamentais já registrados na Magna Carta de 1824.

²⁴⁹ Constituição de 1891: “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 2º - Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho. § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum. § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. § 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis. § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos. § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados. § 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública. § 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados. § 10 - Em tempo de paz qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte. § 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei. § 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. § 13 - A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente. § 14 - Ninguém poderá ser servado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir. § 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada. § 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas. § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria. § 18 - É inviolável o sigilo da correspondência. § 19 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. § 20 - Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial. § 21 - Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. § 22 - Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. § 23 - À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a Juízos especiais, não haverá foro privilegiado. § 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. § 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento. § 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. § 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica. § 28 - Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico. § 29 - Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos. § 30 - Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize. § 31 - É mantida a instituição do júri”.

Contudo, certamente influenciados pelo viés do liberalismo absoluto, os parlamentares omitiram alguns direitos sociais, tais como o direito à instrução primária, consagrada na Constituição anterior e a garantia da existência de colégios e Universidades.²⁵⁰

Na galeria dos direitos individuais, insere-se o habeas corpus (art. 72, § 22). O instituto tinha sua previsão apenas no Código de Processo Criminal, tanto em forma preventiva como liberatória (1832). Foi a primeira Constituição a incluir o habeas corpus expressamente. Era ganho extraordinário, pois significava uma redução das arbitrariedades, fazendo valer a presunção de inocência, prevista expressamente no artigo 72, §§ 13 a 16. Mas a grande novidade é a formação do Estado Republicano, livre, com viés democrático e garantidor das liberdades individuais. Frutos advindos do trabalho, também, de grandes juristas e dos estudos construídos pelo Instituto dos Advogados do Brasil e, sobretudo, prenúncio de que seria um ponto de partida para um futuro promissor, no que diz respeito à construção de um Estado garantidor das liberdades individuais e coletivas.

Em 1930, acontece a primeira revolução Brasileira. A sociedade, influenciada pelas ondas do liberalismo advindas pós-primeira guerra mundial, começou a exigir mudanças tanto na estrutura socioeconômica quanto na política. Exigia-se uma maior participação política. Com isso, ficava claro que a Primeira República não teria alcançado os desideratos pretendidos (1889-1930). Agrava-se ainda mais o quadro de insatisfação com a desvalorização do café e pelo pífio crescimento industrial do país, As oligarquias mostram-se, então, também, insatisfeitas. Ao mesmo tempo, havia o desgaste pelas disputas oligárquicas pelo poder. Tudo isso fez com que crescessem os movimentos que defendiam a ascensão de uma República verdadeiramente liberal. As reivindicações desses movimentos não eram novas. Clamavam por eleições livres, governo constitucional e plenas liberdades civis. Um indício dessa maior participação foi a eleição de 1919. Rui Barbosa, sem qualquer apoio das oligarquias, foi candidato vencido nela. Contudo, obteve vitória no Rio de Janeiro, então o Distrito Federal da nação.²⁵¹

Era difícil vencer a máquina eleitoral existente e seu poder econômico. Com a Revolução de 1930 surge um novo Estado. Sem as rusgas e influências do Estado Oligárquico, centralizador, sustentado pelas elites paulista e carioca (política do café

²⁵⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

²⁵¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

com leite). A Revolução colocou num mesmo palanque as oligarquias regionais, intelectuais liberais, trabalhadores e um grupo de oficiais descontentes. Com esses grupos, a revolução traz novas forças dentro do cenário social, econômico e político do país. O Instituto dos Advogados do Brasil participa desse movimento de transformação, lutando para a efetivação e validação dos direitos e garantias fundamentais. A Ordem dos Advogados do Brasil é criada dentro desse contexto, em que a sociedade aspirava por uma efetivação das idéias de cunho liberal, com a renovação e modernização do País.

O Governo Provisório, através do Ministro da Justiça Osvaldo Aranha, organizou um projeto, normatizando a modificação da corte de Apelação quanto à organização de seus serviços e aumento do número de julgamentos. O Procurador Geral incluiu, no artigo 17 do referido decreto, a criação da Ordem dos Advogados do Brasil. O Instituto dos Advogados do Brasil, que trazia consigo um passado de glórias, no que diz respeito a sua participação no cenário da construção histórica e jurídica do país, continuava a existir. Todavia, a partir do dia 18 de novembro de 1930, através do Decreto de n.º 19.408, assinado por Getúlio Vargas, chefe do Governo Provisório, os advogados voltavam-se para sua Ordem de Classe constitutiva, da qual se tornariam vinculados, por seus estatutos e regimentos.²⁵²

O Decreto de n.º 19.408, que no seu artigo 17, criava a Ordem dos Advogados do Brasil, determinava que para sua aprovação e funcionamento seria necessária a elaboração de um estatuto próprio, aprovado pelo Instituto dos Advogados do Brasil e posto sobre aprovação do governo. Levi Carneiro, Consultor-Geral da República, emitiu, em 15 de novembro de 1931, parecer (Decreto de n.º 20.784, de 14 de dezembro de 1931) aprovando o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, considerando o dia 1º de maio de 1932 como sendo o do seu marco inicial. Todavia, a implantação e funcionamento da Ordem em todo território nacional encontrou muita dificuldade. Em virtude disso, o Decreto de n.º 22.266, de 28 de dezembro de 1932, postergou a data para 31 de março de 1933.

Começa a partir dessa data uma nova história para os advogados, com prerrogativas profissionais distintas que os autorizava a uma participação ainda mais efetiva na luta em favor dos direitos do homem e tendo uma Ordem Profissional, cujo Estatuto fora aprovado por um governo, que até então, se postava como reformador

²⁵² ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

e vocacionado a conduzir o país a uma real democracia e garantias.

O que parecia ser um instrumento para nos levar pelo caminho do desenvolvimento econômico, social e político, o governo provisório logo se revela como instrumento do absolutismo, nos moldes do regime fascista. Getúlio Vargas, tão logo se consolidou no novo governo, editou um decreto, firmado também pelos novos ministros, em que dispunha a respeito de seus poderes. Entre eles, o de exercer tanto o Poder Executivo quanto o legislativo. O Decreto dizia que esses poderes, entregues ao Presidente, iria até que uma Assembléia Nacional Constituinte, eleita democraticamente, reorganizasse o país. Medida de um passo para que se criasse um governo de exceção. Logo veio o fechamento do Congresso Nacional e das Câmaras Municipais. E Getúlio Vargas nomeia interventores federais para os Estados.

A recém-criada Ordem dos Advogados do Brasil se contrapunha às medidas anunciadas pelo governo *provisório*. Participou e fomentou a criação de movimentos constitucionalistas, de cunho liberal. Era o que Getúlio Vargas prometera quando apoiado, para assumir o governo provisório. A nação ansiava por isso. A recém-criada Ordem dos Advogados apoiou a “Revolução Constitucionalista”, de 1932.

O governo convoca, em 15 de novembro de 1933, Assembléia Constituinte. O Itamaraty fora incumbido de elaborar o anteprojeto da Constituição. A Comissão Constitucional da Assembléia Constituinte elegeu como pareceristas, Carlos Maximiliano, Levi Carneiro - presidente do Conselho Federal da OAB, e Raul Fernandes - Conselheiro da Ordem - para presidente, vice-presidente e relator-geral, respectivamente. Uma vez mais, a Ordem dos Advogados se faz presente em momento delicado da história do país, onde era iminente o risco de retrocesso. Retrocesso não mais por força do rei, mas por imposição de uma ditadura idealista e retrógrada.

Passadas as discussões pertinentes, a Ordem dos Advogados do Brasil, representada pelos acima citados advogados, apresentaram projetos voltados para a Organização do Poder Judiciário, a liberdade para o trabalho, garantia à educação e, por óbvio, garantias quanto à representação profissional.

A Constituição trabalhada pelas comissões formadas pelos liberais, dentre estes, os advogados, era bem diferente da que veio a ser promulgada em 16 de julho de 1934. Isso foi detectado pelo então Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, Dr. Levi Carneiro. A discrepância ficou consignada em

discurso proferido naquela ocasião.

A preocupação do meio termo conduzirá a Assembléia a votar uma Constituinte inadaptável às realidades históricas, políticas e sociais do País. A seu critério, ela se apresenta ditatorial e haurida na autoridade daqueles dois poderes, ameaçando arrastar-nos a um sistema que seria fatalmente rompido em um golpe de Estado. (Levi Carneiro, em 06/05/1934).²⁵³

As bancadas, em sua maioria, apresentaram um nome para ser candidato à Presidência da República. O Presidente do Conselho Federal, em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, também não assinou o manifesto de apresentação de candidato à Presidência da República. Rejeitando uma solução arbitrária em substituição a outra. Acertou-se, então, que o país teria eleições diretas para Presidente. Seria no dia seguinte à promulgação da Constituição. No dia 17 de julho de 1934, Getúlio Vargas foi eleito, ainda provisoriamente, Presidente da República do Brasil, até 1938, quando então aconteceriam as eleições diretas, se fosse o golpe de Estado por ele perpetrado.

Em razão do crescimento do comunismo no leste europeu, uma onda de ideologias de extrema direita, fascismo e nazismo, tomou a Europa. Getúlio Vargas, com seu discurso paternalista e *protetor* das classes trabalhadoras, encontrou espaço e apoio dos trabalhadores. Getúlio instala um Estado totalmente antiliberal. O processo de democratização e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, uma vez mais, é abortado.²⁵⁴

O Partido Comunista do Brasil era ligado ao movimento Internacional Comunista, organização sediada em Moscou. O fascismo e o nazismo influenciavam fortemente a Europa. Em 04 de abril de 1935, O Congresso Nacional, buscando reprimir os movimentos de desordem, aprovou o projeto de Lei de Segurança Nacional, que concedia ao Governo Federal poderes de repressão às atividades subversivas, bem como dispunha sobre a tipificação dos crimes contra a ordem política e social. Em seguida, um decreto publicado em 11 de julho de 1935, dissolvia a Aliança Nacional Libertadora, criada pelo Partido Comunista Brasileiro. O objetivo era manter a ordem democrática até as eleições de 1938.

Todavia, a intentona Comunista, em novembro de 1935, mesmo fracassada, foi suficiente para que se iniciasse a derrocada do processo democrático que se criara em favorecimento do autoritarismo.

²⁵³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

²⁵⁴ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

Os que se seguiram, notadamente os de 1935 e 1936, foram aprovadas, pelo Congresso, todas as solicitações do Poder Executivo, tais como a decretação dos: estados de sítio e de guerra, prisão arbitrária de parlamentares, criação de órgãos específicos para a repressão e prisões, concessões de medidas excepcionais de toda ordem sem necessidade de lei específica.

Foi criado o Tribunal de Segurança Nacional, subordinado ao Executivo, mesmo sendo pertencente ao Judiciário. Seu objetivo era julgar os envolvidos com a intentona comunista e demais casos de subversão da *ordem democrática*.

Nesse cenário, a Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez mais, retoma seu caminho de luta na defesa das liberdades democráticas, dos direitos humanos e das garantias fundamentais. O momento era de repressão e arbítrio. Sobral Pinto fora nomeado para a defesa dos presos políticos. Foi ferrenho defensor da liberdade, de expressão e política, contra as barbáries do regime. Contudo, somente 9 anos depois de ter iniciado a defesa dos presos políticos, é que estes foram colocados em liberdade, com o advento da anistia promovida em 1945.

O Estado de Novo de Vargas se notabiliza como sendo de extrema direita, onde foram revistas as liberdades individuais, com forte corporação militar legitimada para os abusos, com objetivo de manter o poder totalitário. A Ordem dos Advogados do Brasil se manifesta, sem temor, contra a perseguição aos opositores e o cerceamento dos direitos e da liberdade individual. As atas que registravam a defesa dessas prerrogativas foram publicadas no Jornal do Comércio. Contudo, foram veementemente censuradas.

Diversos advogados foram presos nesse período, Jader de Carvalho, vice-presidente da Seção do Ceará foi condenado a 20 anos de prisão pelo Tribunal de Segurança Nacional. A Ordem dos Advogados do Brasil obteve sucesso num *habeas corpus* impetrado para soltura de seus afiliados.²⁵⁵

Na Segunda guerra mundial, enquanto o governo titubeava quanto ao seu posicionamento, a Ordem dos Advogados registrava seus pronunciamentos a favor dos aliados, e exigia do governo providências urgentes quanto ao seu posicionamento. Situação que se agravou ainda mais quando do afundamento de cinco navios brasileiros provocados por submarinos alemães, entre 5 e 17 de agosto de 1942. A pressão das manifestações populares, corroborando nas monções

²⁵⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

manifestadas pela Ordem, fizeram com que o País entrasse oficialmente na guerra no dia 31, por força do Decreto-Lei nº 10.358.

Coerente com seu posicionamento histórico de se manter como entidade lutadora pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais e da democracia, a Ordem dos Advogados, mesmo sendo manifestamente contrária ao *Eixo*, resolveu manter em seus quadros os advogados que defendiam os ideais dele, por se tratar de um legítimo direito da manifestação do pensamento.

A Ordem dos Advogados também teve papel importante na defesa da soberania nacional quando se manifestou a respeito do propósito declarado por um candidato à Presidência dos Estados Unidos em se aposar das bases dos aliados, instaladas estrategicamente em outros países.

Com a vitória dos aliados, os ventos da democracia começam a soprar mais forte sobre os governos autoritários. Vargas renuncia, em 29 de outubro de 1945.

Em 1945, um grupo que contava com mais de 1500 advogados, subscreveu um manifesto em apoio ao candidato da oposição brigadeiro Eduardo Gomes. O manifesto contou com o apoio informal da Ordem, considerando a retomada do caminho democrático, uma vez que não podia, como ainda não deve, assumir posições partidárias.

Em abril de 1946, a Ordem dos Advogados, representada pelo seu presidente, Raul Fernandes, integrou a delegação brasileira à Conferência de Paz em Paris.²⁵⁶

A instalação da democracia no país, depois de 15 anos de autoritarismo, não seria fácil. O governo do general Eurico Gaspar Dutra (1946-1951) restringiu direitos dos trabalhadores. Os movimentos de esquerda sofreram restrições severas. O registro do Partido Comunista foi cassado em 1947. A Ordem dos Advogados, diante de mais esse nefasto momento de afronta as garantias constitucionais contidas na Carta de 1946, aprova moções em face de atentados e violências que vinham sendo praticados pela polícia, contra advogados que defendiam a manutenção e aplicação imediata dessas garantias.

Vargas volta ao poder, pelo voto popular, em 1950. Contudo, a violência contra a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, o direito a participação política e de organização, o direito de ir e vir, não arrefeceu. Em maio

²⁵⁶ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

de 1954, a Ordem dos Advogados do Brasil aprovou outra moção de protesto, agora dirigida ao Ministro da Justiça, contra os novos atentados à dignidade da pessoa humana, cometidos por autoridades policiais em vários pontos do País.

Oportuno o registro no sítio virtual da Ordem dos Advogados do Brasil - Conselho Federal, no atalho registrado como *História do Conselho Federal*:

Não obstante, ao longo da história da entidade, foram muitas as tentativas de cerceamento de seu poder de atuação: entre 1940 e 1950, com a obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União; na década de 1970, com a tentativa de submissão da entidade ao Ministério do Trabalho; em 1998, com duas medidas provisórias que tratavam da vinculação do Conselho Federal e das Seccionais ao Poder Judiciário dos Estados; e no ano 2000, processo ainda em andamento, quando o Ministério Público enquadrou a Ordem novamente como uma autarquia obrigada a prestar contas ao TCU.

Na introdução do livro *As Razões da Autonomia da OAB*, editado pelo Conselho Federal em 1975, José Ribeiro de Castro Filho, então presidente da entidade, afirma que a Ordem dos Advogados do Brasil integra a própria estrutura do estado de direito, com atribuições que só podem ser exercidas, precisamente, sob a condição de não-sujeição e não-vinculação a qualquer dos Poderes. 'Até porque da lição da lição da História', ele acrescenta, 'deflui necessariamente que, em todas as épocas de colapso do Direito, a Ordem esteve sempre em crise perante o Poder. A independência e a autonomia da Ordem dos Advogados do Brasil são pressupostos fundamentais para a consecução da finalidade expressa em seu Estatuto, qual seja: defesa da Constituição, do estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social, da boa aplicação das leis e da rápida administração da Justiça, além do aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas'.²⁵⁷

O primeiro Presidente da República a tomar posse em Brasília foi Jânio Quadros. Sua simpatia ao socialismo cubano e medidas bizarras como Presidente, tais como proibição do biquíni e da briga de galo, o fez cair em descrédito, sofrendo com baixa popularidade. Com isso, acabou por perder apoio do seu próprio partido, levando-o a renunciar em 25 de agosto de 1961. Muitos consideram que ele esperava uma reação do povo a seu favor, autorizando-o, portanto, a dar um golpe de Estado.

A renúncia inesperada do Presidente da República deflagrou uma crise político-militar e mobilizou o Conselho Federal da OAB que, reunido em sessão a 29 de agosto de 1961, aprovou, por unanimidade, moção proposta pelo presidente nacional da Ordem, Prado Kelly.

Com a renúncia do Presidente Jânio Quadros, João Goulart, seu vice, seria o sucessor natural. Ele se encontrava em viagem para a China no momento da

²⁵⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

renúncia. Ele era reconhecido como sendo da extrema esquerda.

Houve séria divisão no Congresso. Parte dele queria que João Goulart assumisse, com atendimento à lei. Outros queriam vetar seu retorno ao Brasil, em nome da segurança nacional. O Congresso adotou à revelia do povo, o regime parlamentarista, para tirar a autoridade de João Goulart, em 07 de setembro de 1961.

A OAB se manifesta através dos seus presidentes, primeiro Prado Kelly, depois, onde enfatizava o temor das perdas das garantias constitucionais, caso houvesse uma infiltração comunista no País.

Foi realizado um plebiscito em 1963 para que o povo escolhesse entre o parlamentarismo e o presidencialismo. O povo escolheu pelo retorno ao presidencialismo. Isso, sob a ótica dos militares, representava apoio ao Presidente João Goulart. Imediatamente João Goulart alia-se à esquerda e estabelece metas de governo para as reformas de base, incentivou grandes mobilizações de massa, sendo um dos organizadores do comício da Central, realizado na Estação Central Brasil, em 13 de março de 1964, no Rio de Janeiro.

Esses movimentos não agradaram a sociedade conservadora. Em 19 de março de 1964, a ala ortodoxa da Igreja Católica organizou a Marcha da 'Família com Deus pela Liberdade', que reuniu mais de 500 mil pessoas nas ruas de São Paulo. Lembremos que naquele momento, precisamente no final da década de 50 e durante a década de 60, a Guerra Fria atingiu seu ápice. Todos temiam o perigo vermelho. Cuba se oficializara como regime socialista, num ato de contra revolução. China e Rússia financiavam levantes. Com isso, começaram a eclodir diversos golpes de estado na América Latina, organizados pela extrema direita. No Brasil, a grande maioria da população apoiava a tomada do Poder pelos militares. Temia-se, com as medidas reformistas de João Goulart, que o país caminhasse para o regime comunista.²⁵⁸

Naquele momento, considerando tratar-se de medidas paliativas, com a imediata retomada ao caminho democrático, a Ordem dos Advogados do Brasil apoiou, como medida emergencial, a intervenção das Forças Armadas. Com o apoio, esperava a manutenção do estado democrático, a defesa da ordem jurídica e da Constituição. Moção registrada em 20 de março de 1964.

O Presidente da Ordem dos Advogados, em maio de 1964, Dr. Povina Cavalcanti, foi convidado pelo presidente Castelo Branco para verificar a integridade

²⁵⁸ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

física dos nove membros da Missão Comercial da República Popular da China, que visitavam o Brasil a convite de João Goulart e que se encontravam presos por conspiração contra a segurança nacional. A Ordem dos Advogados, em defesa dos direitos e garantias fundamentais, conseguiu reverter a pena de 10 a que foram submetidos em expulsão. Única vitória possível em um estado de exceção.

Passados os primeiros meses do golpe, o Conselho Federal começou a vislumbrar a verdadeira face do novo regime, registrando o crescimento do autoritarismo e das arbitrariedades cometidas pelos militares, que não manifestavam o desejo de abandonar o poder e convocar novas eleições, como era esperado. O primeiro passo dado pela OAB para contrapor-se ao regime ocorreu na sessão de junho de 1964, quando a Ordem decidiu que os advogados com os direitos políticos suspensos pelo governo não estavam impedidos de exercer a profissão. O segundo passo foi concretizado na sessão extraordinária de 15 de outubro, quando o Conselho Federal registrou agravos pelos advogados em todo o País, que sofriam perseguições pelo regime.

O fundamento de segurança nacional desvirtuara-se. O que a princípio era para resguardar os fundamentos de um estado democrático de direito e os direitos e garantias fundamentais, transformara-se, pelos atos institucionais de nºs 01 e 02, que tinham forte viés ditatorial de autoritário. A situação se tornou ainda mais perigosa que a aprovação da Lei de Segurança Nacional, Decreto-Lei de nº 314, de 13 de março de 1967. Por mais que a Ordem dos Advogados, através de seu Conselho Federal, apresentasse propostas quanto ao retorno das liberdades, mais rígido o regime se tornava. Em gesto de brandura, previamente sugestionado, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil foi convidado, por meio de expediente do Ministro da Justiça, para integrar a comissão destinada a regulamentar a Lei Complementar referente à Justiça Federal, em junho de 1967.

No entanto, em todo o país a perseguição dos militares contra os advogados demonstrava que o regime não estava aberto ao diálogo, ainda mais se o diálogo fosse em prol do Estado Democrático de Direito.²⁵⁹

Em outubro de 1968, a Ordem dos Advogados do Brasil, através do seu Conselho Federal, empenhou-se pela instalação do Conselho de Defesa dos

²⁵⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), já aprovado pelo Senado desde 1962. Esse marco aconteceu após a investida truculenta da polícia contra estudantes que se manifestavam, numa passeata, contra o assassinato do jovem estudante secundarista de 17 anos, Edson Luís, morto a tiros pelos militares numa investida arbitrária no restaurante estudantil 'Calabouço', localizado no Rio de Janeiro. O Conselho Federal da Ordem enviou nota de desagravo ao Presidente da República e ao Ministro da Justiça.

As invasões em campos universitários e escolas tidas como subversivas eram realizadas sem escrúpulos. O deputado Márcio Moreira Alves, pronunciou na Câmara dos deputados discurso em protesto contra mais essa arbitrariedade. O governo se sentiu ofendido e tratou logo de puni-lo. Requereu a licença da Câmara para aplicar processá-lo. A licença da Câmara foi negada pela diferença de 216 a 141 votos, em 12 de dezembro de 1968. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados apoiou veementemente o ato da Câmara, lutando a favor do deputado o tempo todo, em que durou a tramitação do pedido do governo. O fato ficou registrado na III Conferência Nacional dos Advogados, realizada em Recife. Ao final da Conferência, logo no seu encerramento, o governo edita o Ato Institucional (AI) nº 5.

Na Ata que registra os votos que editou o AI-5, vê-se que o único a 'votar' foi o vice-presidente da República, o civil Pedro Aleixo, ex-Conselheiro da OAB. Segundo se extrai do registro, acreditava ele que bastava a decretação do estado de sítio para que a situação estivesse controlada.²⁶⁰

O Ato Institucional nº 5 representou uma séria amputação dos direitos, garantia e liberdades individuais e suspendeu a eficácia do *habeas corpus*. Uma vez mais a Ordem dos Advogados do Brasil, através do Conselho Federal, não se calou. Pelo contrário, mobilizou protestos objetivando o restabelecimento do estado de direito. Todavia, a Ordem se reservou em não participar de movimentos antidemocráticos que também lutavam contra o regime. Exemplo disso foi o posicionamento adotado quando do sequestro do embaixador dos Estados Unidos, Charles Burke Elbrick, pelos grupos armados de oposição ao regime (Ação Libertadora Nacional - ALN e Movimento Revolucionário Oito de Outubro - MR-8), em 15 de agosto de 1969, quatro dias após a Junta Militar assumir o poder.

²⁶⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

Naquele momento, a Ordem dos Advogados se revelava como o maior 'inimigo' do regime. Perseguir e finalizar grupos revolucionários não era tarefa tão difícil. Calar a voz de uma Ordem Nacional representativa dos advogados do país, com seccionais espalhadas por todo o país, não era tarefa das mais fáceis. Consideremos ainda que a Ordem pregava um discurso de viés democrático, libertador, que orientava ao retorno dos direitos e garantias fundamentais. Ainda que muitas vezes desconsiderada em suas pretensões, não se acovardou diante da truculência operada pelo militares contra todos que se opunham aos seus desmandos.²⁶¹

Pelo contrário, conforme anuncia a história, registrada inclusive no sítio eletrônico do Conselho Federal da OAB, por dezenas de vezes ela interveio contra os desmandos do regime, exigindo apuração de responsabilidade e denunciando os atentados à dignidade da pessoa humana, tanto em relação a prisões políticas, de advogados ou não, quanto a atos arbitrários promovidos pela censura ou outros mecanismos de coerção instituídos. Entre 1968 e 1970, as principais medidas adotadas contra o regime foram: a) protestos, por ofício, ao ministro da Justiça ou registrados em ata, contra a prisão de diversos advogados brasileiros, destacando-se: Sobral Pinto, George Tavares, Heleno Fragoso (vice-presidente da Seção da Guanabara), Augusto Sussekind de Moraes Rego (representante da Seção do Paraná), Albertino de Souza Oliva, Mário Edson de Barros, João Pereira da Silva, Levy Raw de Moura e Ruy César do Espírito Santo, entre outros, que trabalharam como defensores de presos políticos e de outros advogados, no exercício da profissão, ou foram simplesmente acusados de subversão; b)Elaboração de parecer sobre a violação da Declaração dos Direitos da Pessoa Humana e sobre a inconstitucionalidade da Portaria nº 11-B, baixada pelo ministro da Justiça, que tornou obrigatória a censura prévia da Polícia Federal na divulgação de livros e periódicos no território nacional, de acordo com o Decreto-Lei nº 1.077, de 1970; c) pronunciamento contra a edição do Ato Institucional nº 14, a 10 de setembro de 1969, que instituiu a pena de morte, provocando veemente protesto do ex- presidente da OAB, Samuel Duarte; d) O Conselho Federal, representativo da Ordem dos Advogados do Brasil, em abril de 1971, oficiou ao governo, na época do presidente Médici, reivindicando não só o fim das violências praticadas contra os advogados no exercício da profissão,

²⁶¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

mas sobretudo a necessidade de restabelecimento da garantia legal do *habeas corpus*; a normalização do funcionamento do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - CDDPH; a revogação da pena de morte; o restabelecimento das garantias do Poder Judiciário e a observância de norma que impunha a comunicação de qualquer prisão ao Poder Judiciário.

Os chamados “anos de chumbo” se prolongavam, assim como a truculência contra os que se opunham ao regime. O apelo da Ordem pelo retorno à legalidade foi em vão, e os “anos de chumbo” se prolongavam.

O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana foi profundamente alterado pela Lei nº 5.763, de 15 de dezembro de 1971. Houve limitações a sua aplicabilidade, tornando-o ‘coerente’ com o AI-5. A Ordem dos Advogados do Brasil registrou seu repúdio em ata e nota oficial. A Declaração de Curitiba, assinada durante o 6.º Encontro da Diretoria do Conselho Federal com os presidentes dos Conselhos Seccionais, é um documento histórico que registra resposta ao governo Médici sobre o chamado “milagre brasileiro”, onde ratifica seu compromisso com os princípios do estado democrático de direito e das garantias fundamentais como elementos essenciais para o progresso socioeconômico.

Repressões ainda mais severas, truculência contra manifestantes, desaparecimentos de presos políticos se tornaram frequentes nos idos de 1974 a 1979, durante o Governo Geisel (1974-1979). A OAB se postou ao lado das famílias que sofriam com o desaparecimento de seus parentes.²⁶²

Em 1977, o governo Geisel edita o chamado ‘pacote de abril’, aprovando uma série de medidas arbitrárias, tais como o recesso do Parlamento e emendou a Constituição, criando a figura do “senador biônico”.

A OAB, então, que já era reconhecida e respeitada como defensora dos direitos fundamentais, passou a ter significativa importância no cenário nacional como sendo, senão a principal, uma das principais instituições da sociedade civil comprometida com a reconstrução do Estado Democrático de Direito. Cite-se, também, como instituições que postaram juntas nessa luta a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Para seus desideratos, a OAB contou com o Advogado Petrônio Portela. Portela, que, apoiado intensamente pela Ordem dos Advogados, iniciou uma

²⁶² ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

cruzada pelo país, promovendo encontros como diversas correntes políticas, na tentativa de revogar o AI5 e retomar o curso da democracia. O projeto ganhou o nome de “Missão Portela”. A missão tinha principais fundamentos defendidos pela Ordem à revogação da Lei de Segurança Nacional, bem como a restauração do *habeas corpus*, das garantias plenas da magistratura, do respeito aos direitos humanos e da convocação de uma Assembléia nacional Constituinte, precedida da abolição do AI-5.

A Ordem dos Advogados do Brasil, através do Conselho Federal, em junho de 1979, ainda se pronunciaria contra o projeto de Lei da Anistia enviado ao Congresso Nacional, em parecer do Conselheiro Sepúlveda Pertence. A Lei de Anistia não revogava a Lei de Segurança Nacional e não retirava as restrições quanto à liberdade de comunicação. A Lei da Anistia foi aprovada no governo Figueiredo, em agosto de 1979, após forte pressão da sociedade civil.

Logo no início dos anos 80, a Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com outras entidades representativas da sociedade civil, como a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), ainda sob o visgo do autoritarismo, lutava para instaurar a cultura da democracia, combatendo toda forma de repressão que confrontasse com os direitos humanos. Essa época ficou marcada pela postura da Ordem dos Advogados do Brasil na Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, na luta pelas garantias, exigindo punições e responsabilizações.

A OAB ainda logrou êxito na sua luta para revogar a Lei de Segurança Nacional, diploma incompatível com o Estado de Democrático. Fato que aconteceu com a revogação, em 1983, pela nova e ainda vigente Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983). Nesse período, a OAB foi alvo de um dos muitos atentados à bomba. Registre-se o atentado que vitimou a funcionária Lyda Monteiro da Silva, funcionária do Conselho Federal e o sequestro e as agressões sofridas pelo jurista Dalmo Dallari, em 02 de julho de 1980, em São Paulo, ambos os casos terminaram arquivados por falta de autoria.²⁶³

No mesmo dia do atentado, através da Resolução nº 120/80, o presidente Seabra Fagundes criou a Comissão de Direitos Humanos no Conselho Federal da OAB e apresentou os 14 nomes eleitos para sua composição: Barbosa Lima

²⁶³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

Sobrinho, Dalmo de Abreu Dallari, Evandro Lins e Silva, Heráclito da Fontoura Sobral Pinto, J. Bernardo Cabral, José Cavalcanti Neves, José Danir Siqueira do Nascimento, José Paulo Sepúlveda Pertence, José Ribeiro de Castro Filho, Miguel Seabra Fagundes, Nilo Batista, Raul de Sousa Silveira, Raymundo Faoro e Victor Nunes Leal.

A Anistia Internacional apresentou uma lista de 325 nomes, estimada entre os mortos e desaparecidos. A OAB, por sua vez, apresentou uma lista estimada em 325. Números bem próximos.

A Ordem trabalhou efetivamente na redemocratização do país. Exigiu respeito ao pluripartidarismo; ao voto secreto; livre e universal; à livre comunicação entre os candidatos e à sociedade civil, nas eleições que seriam realizadas em 1982 para os governos estaduais. Em 1983, houve o encontro nacional dos advogados na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, São Paulo. A OAB reafirmava sua posição de defesa do ordenamento jurídico do Brasil e do restabelecimento do estado de direito democrático, que entendia possíveis somente por meio da convocação da Assembléia Nacional Constituinte. A OAB começa, naquele mesmo ano, a aumentar a voz quanto à reivindicação por eleições diretas para Presidência da República. No Distrito Federal agigantavam-se os movimentos em favor das diretas já. O Presidente Figueiredo, através do decreto 88.888/83, estabeleceu medidas de segurança para o Distrito Federal. Na madrugada do dia 24 de outubro de 1983, o general-comandante do Planalto, Newton Cruz, ordenou a invasão da sede da OAB, Seção do Distrito Federal, sob o argumento de que a Seccional teria desobedecido ao decreto, uma vez que realizara um encontro previsto há mais de um ano. O ato foi praticado pela polícia federal e provocou repúdio e medidas enérgicas da OAB junto à Presidência da República.²⁶⁴

O maior movimento de massa da história do Brasil - diretas já - foi organizado pela OAB, partidos oposicionistas e outras entidades profissionais civis.

Logo no início de 1984 entra em pauta no Congresso, com grande inserção da OAB, a emenda Constitucional “Dante de Oliveira”. Se aprovada, as eleições presidenciais pelo voto direto para novembro de 1984. Em abril de 1984, dias antes da votação da Emenda, o Governo Federal determinou, pelo Decreto nº 89.566, “medidas de emergência” na área do Distrito Federal. A OAB se pronunciou contra o

²⁶⁴ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

ato. Juntamente com outras nove entidades, afirmou, em nota, que o decreto governamental era manobra para pressionar o Congresso e dificultar a aprovação da emenda. O Governo Federal queria ganhar tempo para poder manobrar o Colégio Eleitoral para que não fosse a Emenda e que aprovassem as eleições indiretas, que estaria totalmente dependente dele (Colégio Eleitoral). O objetivo era colocar no poder alguém escolhido pelo próprio governo, com anuência do Congresso. A Ordem dos Advogados do Brasil foi contundente em suas críticas ao processo sucessório Tancredo Neves, como Presidente e José Sarney como vice, iniciam a “nova república”. A OAB se manteve afastada das eleições, mas recebeu, com satisfação, o resultado do pleito. Morre Tancredo, em abril de 1985. José Sarney seria, então, o presidente responsável pela abertura da nova fase da vida nacional.

A OAB se manifesta no sentido de que “a dolorosa perda não frustrasse as aspirações dos milhões de brasileiros conscientes da necessidade de mudança e de democratização da vida nacional”, exigindo que todos se compenstrassem de suas responsabilidades políticas, “colocando-se acima das paixões o interesse supremo da Nação, imprimindo-se solução constitucional, nos termos das normas em vigor, à questão política”, até que fosse elaborada nova Constituição por meio de Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana. Em 29 de junho de 1984, a sede da OAB Seção do Incêndio na OAB/DF sofreu um novo ataque. Um incêndio quatro horas após o encerramento do expediente destruiu dois andares do edifício; todas as instalações elétricas do prédio estavam comprovadamente desligadas. Era apagada a história da OAB/DF, pois todos os seus arquivos foram queimados.²⁶⁵

A Ordem realizou, em outubro de 1985, em Brasília, o II Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte. Buscava-se esclarecer e conscientizar os advogados sobre a necessidade uma Constituinte Exclusiva, escolhida pelo povo, através do voto livre e secreto, bem como debater o conteúdo da futura constituição com participação da sociedade, uma vez que a constituição teria de ser a do povo. Foram considerados como assuntos de maior relevância para discussão os referentes aos direitos fundamentais do ser humano e aos direitos dos trabalhadores.

O presidente José Sarney, em novembro de 1986, assinaria a emenda constitucional que convocava a Assembléia Nacional Constituinte. Próxima, então,

²⁶⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

estava a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, tão ansiada e motivo de intensas reivindicações, lutas, perseguições da Ordem dos Advogados desde a decretação dos atos institucionais.

A promulgação da Constituição de 1988 representava uma vitória, mesmo com todos os seus problemas. A Constituição legitimou a OAB para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), perante o Supremo Tribunal Federal, transformando-a em sua guardiã.

A Ordem nos Capítulos dos Direitos Humanos e dos Direitos Sociais (que viriam a ser os direitos fundamentais), que era relatado pelo senador Almir Gabriel, onde se conseguiu escrever, segundo o ex-presidente da OAB Márcio Thomaz Bastos, “uma parte de direitos e tentativa de garantia de direitos individuais, sociais e coletivos que nenhuma outra tem”. A Ordem ainda apresentou propostas quanto à obrigação de que fossem públicas e fundamentadas, as decisões judiciais e a inserção constitucional do exercício da advocacia.

A democracia, nos moldes pretendidos pela Ordem, ainda não havia se iniciado. A Ordem agora iniciava uma ferrenha luta em busca da efetivação das eleições diretas para presidente, que viria a acontecer em 1989, tendo José Sarney como presidente. A realidade nacional sob a qual transcorria o processo eleitoral apresentava dificuldades. Para a sociedade era uma novidade o exercício maior da democracia - o sufrágio -, a legislação eleitoral vigente era determinada a proteger interesses não democráticos, casuística, a estrutura partidária não goza de solidez, além das influências abusivas do poder econômico, político, administrativo e da mídia. A Ordem dos Advogados não se omitiu, mais uma vez. Em nota oficial à imprensa, a Ordem registrava:

Entendendo que é absolutamente necessária a preservação do direito soberano do povo brasileiro de escolher o presidente da República, sem manipulações, casuísmos ou violências e de ver respeitado, na forma da Constituição, o resultado do pleito, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil conclama aos cidadãos brasileiros em geral e aos advogados, em particular, a se empenharem para que as eleições de 15 de novembro se constituam em mais uma importante etapa na construção de uma sociedade autenticamente democrática.²⁶⁶

A Ordem também trabalhou, em nome da ética na política, no impedimento do presidente Fernando Collor de Melo e contra os excessos das medidas provisórias,

²⁶⁶ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

que inclusive determinaram o confisco do dinheiro do povo. Manifestou-se a OAB a respeito, dizendo que medidas provisórias não poderiam ser usadas pelo poder executivo em usurpação às obrigações do poder legislativo e que a situação econômica na qual se encontrava o País não justificava o comprometimento do processo democrático, nem os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. A OAB ainda se manifestou contra a reforma constitucional pretendida pelo congresso, com base no artigo terceiro das Disposições Transitórias, que estabelecia somente poder ser efetivada após cinco anos de sua promulgação.

Durante o processo de impedimento do presidente Collor, a OAB exigia que cada fato novo fosse apurado. A OAB formalizou, na Câmara dos Deputados, o pedido de impedimento do presidente.

Nos anos seguintes, o Conselho Federal da OAB ainda se indispôs contra o governo federal em relação ao escândalo dos precatórios, a concentração demasiada de poder por parte do Executivo, o uso exagerado de medidas provisórias - até aquela data em número de 1.128 reeditadas por Fernando Henrique Cardoso -, a venda irregular da Vale do Rio Doce, entre tantos outros atentados aos interesses do povo brasileiro, dentre eles a defesa da Constituição, severamente ameaçada. Em nota oficial, publicada em 15 de março de 1997, a Ordem condenou o que entendia como “hipertrofia do Poder Executivo” e denunciou:

A obstinada participação do presidente da República na aprovação de Emenda Constitucional que permite a sua própria reeleição fere as mais legítimas tradições republicanas e recrudescer o fenômeno da personalização do Poder, desconsidera princípios da moralidade pública e exige reflexão e pronta vigilância da cidadania na preservação dos valores nacionais.²⁶⁷

Em discurso proferido na posse do ministro Marco Aurélio no Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 31 de maio de 2001, o presidente nacional da OAB, Rubens Approbato Machado, criticou veementemente a utilização abusiva do recurso das medidas provisórias, afirmando que o Brasil vivenciava um momento difícil, especialmente na área política, e que a sociedade exigia a modernização institucional para acabar com a corrupção. O presidente Fernando Henrique Cardoso estava presente.

A OAB trabalhou e vem trabalhando no aprimoramento do Poder Judiciário.

²⁶⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

Como casa do advogado que é e que vivencia a realidade caótica que se encontra o referido Poder no Brasil, a OAB não se abstém de apresentar sugestões fundamentadas para um funcionamento efetivo da justiça. Desde 1958, a questão é abordada pela OAB. A rápida administração da justiça foi sempre preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil que, já na I Conferência Nacional realizada no Rio de Janeiro em 1958, abordava a questão da oralidade como instrumento de celeridade na aplicação da lei. Em sessão de 27 de setembro de 1982, a OAB indicou a criação de juizados de pequenas causas, bem como o funcionamento diuturno da Justiça. Em 1999, trabalha junto a Câmara para a instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Judiciário, apoiando a proposta de emenda à Constituição nº 96-b, do então deputado federal Hélio Bicudo. A Reforma do Judiciário constou da pauta de deliberações do Congresso Nacional, tendo sido finalizada a votação em primeiro turno, a 12 de abril de 2000, na Câmara dos deputados.²⁶⁸

Em 07/11/2005, a Conselheira Federal Dra. Elenice Carille, apresentou proposta de impedimento do presidente Luís Inácio pelo caso conhecido no Brasil inteiro com o nome de mensalão, onde um deputado do Partido dos Trabalhadores, Delúbio Soares, pagava uma mesada de R\$ 30 mil reais em troca de apoio ao governo dos deputados da base aliada. O plenário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil decidiu criar uma comissão para avaliar o caso e acompanhar os trabalhos das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Analisando a evolução do quadro de investigações, a comissão constituída pela OAB se manifestou na sessão plenária de 08 de maio de 2006, em favor do pedido de impedimento. Entretanto, a proposta de impeachment foi rejeitada pela maioria do plenário que considerou não estar plenamente configurado o crime de responsabilidade do presidente da República, previsto no artigo 85 da Constituição da República de 1988. A maioria do Conselho Pleno optou por encaminhar uma notícia-crime ao Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, pedindo o aprofundamento das investigações contra Lula. A conclamação ao chefe do Ministério Público foi decidida com base no entendimento de que existem elementos que indicam envolvimento. Na ocasião, o Presidente nacional da OAB, Roberto Busato, saudou a iniciativa corajosa e idônea da Ordem ao decidir estudar a fundo as denúncias, sem se deixar levar por pressões políticas: “Com certeza, mais

²⁶⁸ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*, [s.d.].

uma vez esta entidade faz história, diante da grave crise que o País enfrenta”.

Como visto, a Ordem dos Advogados do Brasil, ao longo da construção desse país como estado de direito, nunca se absteve da luta pelo aperfeiçoamento das instituições. Pelo contrário, quando diante dos inimigos do Estado Democrático de Direito, das liberdades e garantias individuais e coletivas, dos direitos humanos, do Estado Constitucional, da justiça social, do aperfeiçoamento da justiça, sempre se mostrou pronta para, ainda que em momento de muita precariedade instrumental, se contrapor contra os desmandos democráticos.

5.3 A defesa dos direitos e garantias fundamentais e do estado democrático de direito como finalidade da OAB

A OAB, por óbvio, adota uma postura de promotora da defesa e disciplina dos advogados em todo o país. Todavia, não obstante honroso múnus, as finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil vão bem mais além. A Constituição da República de 1988, bem como a legislação infraconstitucional tem reservado à OAB significativa posição na construção do Estado Democrático de Direito e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que a erigiu como defensora da Lei, da Justiça, dos Direitos Humanos, da Ética e da Constituição Brasileira.

A jurisprudência e a doutrina reconhecem, insofismavelmente, que à OAB não se pode direcionar o mesmo tratamento dado aos demais órgãos de fiscalização profissional, uma vez que, além da prerrogativa que lhe é própria, que a de se postar em favor da classe profissional, na luta pelos interesses corporativos, também possui prerrogativas constitucionais à proteção dos direitos humanos, dos direitos e garantias fundamentais, defensora da democracia, de vigilante e atuante na preservação da Constituição.

A OAB - Conselho Federal - tem determinado aos Conselhos Seccionais e as Subseções que atuem vigilantes em prol da coisa pública, contra aqueles (órgãos e pessoas públicas) que não pautarem suas condutas em princípios deontológicos próprios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Alheias a posições partidárias, os Conselhos Seccionais e as Subseções da OAB vêm agindo em diversas frentes,

cumprindo sua missão fundamental de guardiãs da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos, da Justiça

Social, da boa aplicação das leis, da rápida administração da Justiça e do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.²⁶⁹

O “advogado é indispensável à administração da Justiça”²⁷⁰. Assim *determina* o art. 133 da Constituição da República de 1988, alocado no capítulo que trata das funções essenciais da justiça. O art. 103, VII, da Constituição da República de 1988²⁷¹, atribuiu legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para propor Ação Direta Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse viés, fica evidente que a OAB foi convocada pela Constituição, a participar diretamente como instituição fomentadora da democracia e dos direitos e garantias fundamentais, à medida que seus filiados recebem *status* de indispensabilidade à confecção da justiça e ela pode exercer o controle concentrado de constitucionalidade.

Ainda, em reconhecimento a sua essência de fomentadora do Estado Democrático de Direito, a Constituição da República de 1988²⁷² determinou que todo o processo para o ingresso nas carreiras da magistratura e do Ministério Público, que se dá através de concurso de provas e títulos, terá de ser fiscalizado, de forma participativa e moralizadora, pela OAB. Ou seja, os futuros agentes públicos que representarão um dos poderes da república e outros que representarão uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.²⁷³ Passarão pelo crivo da OAB, inclusive tendo que responder a questões orais formuladas por advogados que comporão a banca

²⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O papel da OAB na construção da sociedade democrática brasileira*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível in: <<http://blog.jornalterceiravia.com.br/advogados/o-papel-da-oab-na-construcao-da-sociedade-democratica-brasileira>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

²⁷⁰ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

²⁷¹ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...]

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;”.

²⁷² “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”.

²⁷³ “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”.

avaliadora. O STF tem declarado a inconstitucionalidade de normas de quaisquer espécies, editadas pelos nossos Tribunais, que restrinjam, por qualquer forma e meio, a participação da OAB como entidade efetivamente fiscalizadora do concurso para ingresso na carreira da magistratura.²⁷⁴

A Constituição da República de 1988 ainda cita a OAB quanto a sua participação e composição no Conselho Nacional de Justiça²⁷⁵ e, para receber ofícios, reclamações, exercer funções executivas, etc.; no artigo 130-A, § 3º, para compor o Conselho do Ministério Público e, § 4º, para receber ofícios, reclamações, exercer funções, etc. e, finalmente, no artigo 132, para participação em concurso público para procuradores dos estados e do Distrito Federal.

Portanto, a Constituição da República de 1988 concede aos advogados e a Ordem dos Advogados do Brasil papel de relevância na construção e preservação de uma sociedade democrática, com ênfase no Estado de Direito, elementos essenciais à preservação dos direitos e garantias fundamentais. Nenhuma outra entidade representativa de classe recebe tais referências da Constituição da República de 1988.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94, finaliza o que a Constituição iniciou, regulamentando a profissão do advogado e deixando consignando finalidades da OAB. O art. 44 do referido diploma define as finalidades da instituição:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Com efeito, sem muito esforço exegético e hermenêutico, compreende-se do transcrito artigo que antes mesmo da OAB ser uma representante de classe (art. 44,

²⁷⁴ STF - Pleno, ADI nº 2.210/MC, Rel. Min. Sepúlveda. Pertence, DJ 24/05/02; STF - Pleno, ADI nº 2.204/MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 02/02/01.

²⁷⁵ “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [...]

§6º Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)”.

II), com finalidades voltadas a uma corporação profissional, é uma entidade dotada de funções públicas e sociais, na medida em que recebeu do legislador a missão de, nos termos dispostos no artigo 44, I, da Lei de nº 8.906/94: *'defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas'*.

Não foi por acaso que o legislador ordinário tratou logo de definir as funções primárias da OAB no inciso I. Se o legislador pretendesse dar a OAB a condição primária de defensora da corporação que representa, teria elencado essa condição logo no primeiro inciso do artigo 44. Ainda em amparo a esse entendimento, relevemos que antes mesmo da edição da Lei nº 8.906/94, que regulamentou as finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil, nossa Constituição já lhe reservava as finalidades expressas no citado art. 44.

Assim considerando, a OAB não é mera detentora das mesmas prerrogativas pertencentes às demais entidades de classes. É muito mais que uma entidade classista, como contrariamente quer fazer valer opiniões retrógradas e elitistas. Como visto, a OAB vem se postando, ao longo da história, em razão do seu compromisso social, muito mais como defensora da Constituição, do Estado Democrático de Direito, da Ordem Jurídica, dos direitos humanos e da cidadania do que como defensora corporativa. Vejamos que as finalidades primárias da OAB, em suma, estão contextualizadas como sendo, também, direitos e garantias fundamentais.

Em razão da sua condição, onde a OAB detém finalidades voltadas à *defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social, e a pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, sem vínculo partidário, autônomo, que não recebe subvenção de governos, está ela mais do que legitimada a cobrar do Poder Público atos atentatórios à dignidade humana e à moralidade pública, eventualmente por Ele praticados, bem como representar, democraticamente, a sociedade, cumprindo, assim, seu papel fundamental.*

O Supremo Tribunal Federal, por diversas ocasiões, fixou o entendimento acerca do caráter funcional, reconhecendo sua autonomia e confirmando suas finalidades como elementos de status constitucional, sem vínculos com entes da administração pública direta e indireta, reconhecendo, ainda, tratar-se de entidade com finalidades institucionais sobrepostas às corporativas. Entendimento exarado no voto

do Relator da ADI nº 3.026/DF, Ministro Eros Grau, acompanhado sem divergências pelos demais, onde ficou consignado a independência da OAB em relação a quaisquer órgãos públicos, sejam estes da administração direta ou indireta.²⁷⁶

Conforme preleciona José Joaquim Gomes Canotilho, tem-se que o Estado de Direito é um Estado limitado pelo próprio direito. E o direito maior que delimita esse Estado de Direito é a sua Constituição. E só é possível a confirmação de um estado de direito válido se ele for formado pelo Estado Democrático de Direito. Portanto, o Estado Democrático de Direito funciona como uma metaprincípio, (ou sobreprincípio, segundo Canotilho) norteador de toda validade normativa. Validade essa que se funda na segurança jurídica trazida pela contenção dos excessos do estado com a participação de toda a sociedade. O Estado de Direito, fundado pelo Estado Democrático, com a participação de uma sociedade livre, tende a produzir a fatalização dos arbítrios estatais e dos setores privados, concretizando, de forma efetiva, os direitos fundamentais. Nesse contexto, a sociedade será protagonista da construção de uma democracia, sólida, equânime e participativa, sem matizes a justificar novos conceitos.²⁷⁷

A OAB, como demonstrado, vem participando na construção desse Estado de Direito, com ênfase e determinação para que essa construção tenha como princípio, a

²⁷⁶ “[...] 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. [...]” O Ministro EROS GRAU, relator da referida ADI, afastando a possibilidade da OAB ser considerada entidade da Administração Pública Indireta da União, ressalta o caráter de serviço público da OAB, tal como expressamente reconhecido pelo caput do art. 44 da Lei nº 8.906/94, qualificando a Ordem como “categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”. Afirma o Ministro que a OAB não está sujeita ao controle pela Administração Pública, sendo que tal desvinculação, formal e materialmente necessária, deve-se ao fato da OAB ocupar-se de profissionais que exercem “função constitucionalmente privilegiada”. E arremata o ilustre julgador, deixando evidente que a missão constitucional da OAB transcende a de ser mero órgão de fiscalização profissional: “A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, **a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas**, mas, nos termos do art. 44, I, da lei, tem por finalidade ‘defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas’. **Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa**” (Grifo nosso).

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 245.

democracia, pela e participativa. “No âmbito deste processo de proteção da Constituição, do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais, a importância da OAB é destacada também pelo STF”²⁷⁸.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.707/MT, ajuizada pela Procuradoria do Mato Grosso em face da Lei Estadual nº 5.607/90, que determinou que uma parcela do valor arrecadado a título de custas judiciais fosse endereçada a OAB. cuja decisão foi publicada em 16/10/1998, tendo como relator o Ministro Moreira Alves, o pleno, ao julgar medida cautelar ajuizada por dependência a citada ADI, confirmou que o serviço jurídico prestado pela OAB é de caráter público e, em razão disso, devido era o direcionamento de determinada parcela para a OAB. Com isso, considerou constitucional que parte da arrecadação da taxa judiciária fosse destinada a OAB. Considerou o Supremo Tribunal Federal que a OAB, seja ela federal ou estadual, presta serviço público por se tratar de pessoa jurídica de direito público (autarquia). Serviço esse que está ligado à prestação jurisdicional pela fiscalização da profissão de advogado que, segundo a parte inicial do artigo 133 da Constituição, é indispensável à administração da justiça, não tem relevância, de plano, a fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade da lei em causa no sentido de que o serviço por ela prestado não se vincula à prestação jurisdicional, desvirtuando-se, assim, a finalidade das custas judiciais, como taxa que são. - Ausência, também, do “periculum in mora” ou da conveniência em suspender-se, liminarmente, a eficácia dessa Lei estadual. Pedido de liminar indeferida.²⁷⁹

Como porta-voz da sociedade ao longo de sua existência, a OAB sempre lutou pela efetivação dos direitos humanos e dos direitos e garantias fundamentais. Empenhou-se em fazer constar em todas as Constituições do País dispositivos que tratavam dessas questões. E conseguiu. Antes mesmo da existência de uma Ordem, como instituição corporativa em nível nacional e normatizada, a IAB (Instituto dos Advogados do Brasil), através dos juristas que a compunham, construíram um caminho de abertura à discussão dos referidos direitos. Neste momento da história, a OAB alcança credibilidade não inferior a qualquer órgão de Estado. Diante disso, deve ela participar, como sempre participou, da formação jurídica, política e ética do

²⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O papel da OAB na construção da sociedade democrática brasileira*, p. 04.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 set. 2006. p. 31. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

Estado. Essa é sua vocação primária. Os objetivos que lhes foram traçados pela Constituição remete-a como uma das protagonistas à construção, ou da continuidade dessa obra (também por ela fomentada), da justiça social, da democracia participativa, na vigilância contra a corrupção, pela aplicação das leis, da proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Noutro aspecto, se até aqui a OAB foi uma das grandes responsáveis à construção do Estado Brasileiro e das garantias constitucionais, temos que a participação da OAB, sob todos os aspectos, quando a questão envolver interesse social, não poderá ser considerada, sob nenhum pretexto, como sendo uma faculdade. Mas, sim, um dever constitucional que lhe foi outorgado. Determinar, *ope legis*, que a OAB se distancie do interesse público é invalidar a própria constituição. Assim também deverá ser considerado quando a OAB (Conselho Federal, Seccional ou Subseção) não cumprirem com seu dever constitucional de fiscalizar e operacionalizar medidas adequadas em prol do interesse público. Outra postura da OAB, que divirja em lutar pelo interesse público lesado ou ameaçado, representa o afastamento de suas obrigações primárias, com desvio de finalidade institucional, garantida pela própria Constituição. “Um ato de traição à história da própria Ordem”²⁸⁰. Oportuna a lição de Carlos Ayres Britto, nos referidos autos da ADI de nº 3.026/DF: “mas que extravasa os diques da própria função corporativa para ganhar uma função institucional de defesa de toda a ordem jurídica, da Constituição, etc [...]”. Sob o ponto de vista apontado pelo Ministro, a OAB é instituição essencial ao fortalecimento do regime republicano, do Estado Constitucional, da democracia e efetivação dos direitos fundamentais.

Oportuna a transcrição do voto do Ministro Gilmar Mendes na mesma ADI:

Em última análise, conforme pude demonstrar, o desempenho do múnus público atribuído à Ordem dos Advogados deve ser compreendido de modo que o seu exercício esteja diretamente relacionado à realização e à garantia judicial efetiva de direitos individuais, coletivos e difusos constitucionalmente reconhecidos.

O Ministro Carlos Britto, foi além. Na ADI de nº 3.026/DF, sentenciou o dever absoluto de desatrelamento da OAB em relação ao Poder Público, de modo que se preserve toda a autonomia e independência legitimadoras de sua função

²⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O papel da OAB na construção da sociedade democrática brasileira*, p. 05.

fiscalizatória dos atos do Poder Público em favor dos direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade.

Pela simples leitura da Lei (infra e constitucional) e pelos julgados, que a OAB (Conselho Federal, Seccionais ou Subseções) para agir em nome da sociedade, como legítimo agente constitucional, deverá estar desvinculada do Poder Público. É da essência da OAB que exerça seu múnus de forma desvinculada do Poder Público, de forma que possa garantir uma real proteção à ordem jurídica e democrática, condizente com a grandeza de sua história.

Como visto, a finalidade da OAB não se esgota na defesa das prerrogativas dos advogados, nem tampouco na fiscalização das atividades destes. Muito pelo contrário, sua finalidade primária é direcionada, sobretudo, ao interesse público (*latu sensu*), em especial a proteção ao estado democrático de direito, e, por conseguinte, a Constituição, o cumprimento das leis e dos direitos e garantias fundamentais.

Essas *prerrogativas e obrigações* devidas à OAB, asseguradas com independência e autonomia, devem, também, serem reconhecidas para o Ministério Público e a Defensoria Pública, numa relação de cooperação, voltados para o bem comum, para o interesse social, sem subordinação ou superposição de uma sobre as outros. Assim, teremos um bloco único, direcionado para serem guardiões da Constituição e dos direitos e liberdades fundamentais.

A OAB é organizada verticalmente e de forma federativa. Nos termos do artigo 45 da Lei nº 8.906/94, a OAB é composta pelos Conselhos Federal e Seccionais, pelas Subseções e pelas Caixas de Assistência dos Advogados. A organização verticalizada exprime os ideais democráticos que determinam a funcionalidade da Ordem. Aos órgãos da OAB é vedada a adoção de ideologias políticas, partidárias ou bandeiras de movimentos sociais. Seu norte é estabelecido pelo citado artigo 44, I, da referida Lei (defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas).

Ao confrontarmos os artigos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), que tratam das finalidades da Ordem (art. 44), com

os que estabelecem as regras de competências do Conselho Federal²⁸¹ (art. 54), dos Conselhos Seccionais²⁸² (arts. 57 e 58), bem como das

²⁸¹ “Art. 54. Compete ao Conselho Federal: I - dar cumprimento efetivo às finalidades da OAB; II - representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados; III - velar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia; IV - representar, com exclusividade, os advogados brasileiros nos órgãos e eventos internacionais da advocacia; V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários; VI - adotar medidas para assegurar o regular funcionamento dos Conselhos Seccionais; VII - intervir nos Conselhos Seccionais, onde e quando constatar grave violação desta lei ou do regulamento geral; VIII - cassar ou modificar, de ofício ou mediante representação, qualquer ato, de órgão ou autoridade da OAB, contrário a esta lei, ao regulamento geral, ao Código de Ética e Disciplina, e aos Provimentos, ouvida a autoridade ou o órgão em causa; IX - julgar, em grau de recurso, as questões decididas pelos Conselhos Seccionais, nos casos previstos neste estatuto e no regulamento geral; X - dispor sobre a identificação dos inscritos na OAB e sobre os respectivos símbolos privativos; XI - apreciar o relatório anual e deliberar sobre o balanço e as contas de sua diretoria; XII - homologar ou mandar suprir relatório anual, o balanço e as contas dos Conselhos Seccionais; XIII - elaborar as listas constitucionalmente previstas, para o preenchimento dos cargos nos tribunais judiciários de âmbito nacional ou interestadual, com advogados que estejam em pleno exercício da profissão, vedada a inclusão de nome de membro XIV - ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei; XV - colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos, e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos; XVI - autorizar, pela maioria absoluta das delegações, a oneração ou alienação de seus bens imóveis; XVII - participar de concursos públicos, nos casos previstos na Constituição e na lei, em todas as suas fases, quando tiverem abrangência nacional ou interestadual; XVIII - resolver os casos omissos neste estatuto. Parágrafo único. A intervenção referida no inciso VII deste artigo depende de prévia aprovação por dois terços das delegações, garantido o amplo direito de defesa do Conselho Seccional respectivo, nomeando-se diretoria provisória para o prazo que se fixar”.

²⁸² “Art. 57. O Conselho Seccional exerce e observa, no respectivo território, as competências, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal, no que couber e no âmbito de sua competência material e territorial, e as normas gerais estabelecidas nesta lei, no regulamento geral, no Código de Ética e Disciplina, e nos Provimentos.

Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional: I - editar seu regimento interno e resoluções; II - criar as Subseções e a Caixa de Assistência dos Advogados; III - julgar, em grau de recurso, as questões decididas por seu Presidente, por sua diretoria, pelo Tribunal de Ética e Disciplina, pelas diretorias das Subseções e da Caixa de Assistência dos Advogados; IV - fiscalizar a aplicação da receita, apreciar o relatório anual e deliberar sobre o balanço e as contas de sua diretoria, das diretorias das Subseções e da Caixa de Assistência dos Advogados; V - fixar a tabela de honorários, válida para todo o território estadual; VI - realizar o Exame de Ordem; VII - decidir os pedidos de inscrição nos quadros de advogados e estagiários; VIII - manter cadastro de seus inscritos; IX - fixar, alterar e receber contribuições obrigatórias, preços de serviços e multas; X - participar da elaboração dos concursos públicos, em todas as suas fases, nos casos previstos na Constituição e nas leis, no âmbito do seu território; XI - determinar, com exclusividade, critérios para o traje dos advogados, no exercício profissional; XII - aprovar e modificar seu orçamento anual; XIII - definir a composição e o funcionamento do Tribunal de Ética e Disciplina, e escolher seus membros; XIV - eleger as listas, constitucionalmente previstas, para preenchimento dos cargos nos tribunais judiciários, no âmbito de sua competência e na forma do Provimento do Conselho Federal, vedada a inclusão de membros do próprio Conselho e de qualquer órgão da OAB; XV - intervir nas Subseções e na Caixa de Assistência dos Advogados; XVI - desempenhar outras atribuições previstas no regulamento”.

Subseções²⁸³ (art. 61), percebemos que a lei atribui objetivos, princípios e tarefas comuns a todos os órgãos que compõe a estrutura organizacional da Ordem dos Advogados do Brasil, ou seja: “dar cumprimento efetivo às finalidades da OAB”. Como vimos, as finalidades primárias da Ordem dos Advogados do Brasil são aquelas relacionadas no artigo 44 da Lei.

Por força de Lei até as subseções estão imbuídas das mesmas finalidades relacionadas no artigo 44. Se assim é, a Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo seu Conselho Federal, seja pelos seus Conselhos Estaduais e pelas suas Subseções, não só recebem prerrogativas idênticas aos Conselhos Federal e Seccional, como também tem o dever, assim como os demais órgãos, de “exigir de todo e qualquer órgão público, mesmo do chefe do Poder Executivo, o respeito pela Constituição, a execução da ordem legal, o zelo pela ordem democrática e a concreção dos Direitos Humanos”²⁸⁴.

5.4 A OAB e a tutela dos direitos e interesses transindividuais

Como anotado, a Ordem dos Advogados do Brasil tem destacada atuação no fomento do Estado Democrático, pois, além de sua atuação como representante da categoria dos advogados, ela é considerada pela Lei nº 8.906/94 um “serviço público” (art. 44, *caput*), destinado, também, à defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social, bem como à pugna pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas (art. 44, I).

Com isso, fica evidente que a natureza jurídica da OAB é especial, pois tem

²⁸³ “Art. 61. Compete à Subseção, no âmbito de seu território:

I - dar cumprimento efetivo às finalidades da OAB;

II - velar pela dignidade, independência e valorização da advocacia, e fazer valer as prerrogativas do advogado;

III - representar a OAB perante os poderes constituídos;

IV - desempenhar as atribuições previstas no Regulamento Geral ou por delegação de competência do Conselho Seccional”.

²⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O papel da OAB na construção da sociedade democrática brasileira*, p. 07.

ofício de serviço público independente ou autarquia *sui generis*²⁸⁵, “cuja atuação está direcionada, para além da mera representação dos interesses da classe dos advogados, à defesa dos direitos humanos”²⁸⁶, do Estado Democrático de Direito.

É como nos ensina Paulo Luiz Netto Lôbo:

[A OAB] não é nem autarquia nem entidade genuinamente privada, mas serviço público independente, categoria *sui generis*, submetida ao direito público (exercício do poder de polícia administrativa da profissão) e ao direito privado (demais finalidades).²⁸⁷

Daí, considerando a legislação, julgados e o momento participativo pelo qual passa a democracia brasileira, veremos que a Ordem dos Advogados do Brasil tem legitimidade para ajuizar e intervir em demandas coletivas de todas as espécies, sem pertinência temática.

5.5 A OAB: pertinência temática e a representação adequada

5.5.1 A OAB e a pertinência temática

Diante desse contexto, considerando a OAB como representada adequada ao ajuizamento às demandas coletivas, estaria ela restrita aos temas específicos de sua finalidade ordinária (defesa dos interesses corporativos)? A resposta é óbvia: A

²⁸⁵ É o entendimento de GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 63. Nessa linha, igualmente, a orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça, que considera a OAB uma autarquia, especial ou *sui generis* (EDcl. no REsp. nº 963.520/RS - 1ª T. - j. 03.06.2008 - Rel. Min. Luiz Fux - DJ 18.06.2008; REsp. nº 915.753/RS - 2ª T. - j. 22.05.2007 - Rel. Min. Humberto Martins - DJ 04.06.2007; REsp. nº 447.124/SC - 2ª T. - j. 04.05.2006 - Rel. Min. João Otávio de Noronha - DJ 28.06.2006; CC nº 45.410/SC - 1ª S. - j. 28.09.2005 - Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha - DJ 12.12.2005; REsp. nº 614.678 - 1ª T. - j. 20.05.2004 - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - DJ 07.06.2004). No Supremo Tribunal Federal, RE-AgR nº 266.689/MG - 2ª T. j. - 03.11.2005 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ 10.08.2006, p. 20.

²⁸⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. v. II, p. 283.

²⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1.706, comentário ao art. 44 da Lei nº 8.906/94). No mesmo sentido, veja: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 347, nota 349. Julgado recente do Supremo Tribunal Federal acompanha referida orientação: “A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem não é um serviço público independente, categoria impar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. [...] A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’ [...] Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer de suas partes está vinculada [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2006. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 set. 2006. p. 31).

OAB, como logo veremos, não está limitada, tematicamente, ao ajuizamento de demandas coletivas.

O art. 5º da Lei nº 7.347/85 estabeleceu, nos incisos I e II, a exigência da pré-constituição pelo menos há um ano, bem como da finalidade institucional do objeto dos interesses e direitos coletivos defendidos, das pessoas jurídicas privadas, assim consideradas, também, as autarquias e demais órgãos e entidades integrantes da administração direta e indireta.

A falta de clareza do legislador quanto ao que seria as finalidades institucionais dos referidos entes, acabou por influenciar a doutrina a posicionar-se no sentido de que os entes estatais estariam legitimados à propositura de demandas coletivas que tratassem de temas próprios de suas vinculações institucionais, ou seja, conforme determinação dos seus respectivos objetos.

Como o advento da Lei nº 8.072/90, precisamente no inciso II do art. 82, a matéria se tornou inconteste. Referido diploma dispõe que as entidades e órgãos da administração direta e indireta destinadas à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, teriam legitimidade *ad causam* para defender tais interesses e direitos. Com isso, sendo norma que pertence a um microssistema, extensiva à proteção dos demais direitos difusos, assentou-se o entendimento sobre a necessidade de pertinência temática dos entes intermediários para o reconhecimento da legitimidade ativa à propositura de demandas coletivas.

A Lei nº 11.448/07 alterou substancialmente o rol dos legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, ampliando-a. A nova redação alterou o art. 5º da Lei nº 7.347/85, resultando na legitimação para a ação civil pública voltada à proteção dos interesses e direitos difusos, além dos já arrolados por ela, “a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista” (inciso IV), sem qualquer especificação, ficando as exigências da pré-constituição e da finalidade institucional restritas às ações civis (inciso V).

A ampliação do quadro dos legitimados não trouxe novidades quanto à exigência da pertinência temática. Numa análise conjugada do que dispõe do art. 5º, IV, da Lei nº 7.347/85 e do art. 82, III, da Lei nº 8.078/90, concluímos que os novos legitimados, dentre eles as autarquias, estariam atrelados à pertinência temática, considerando suas finalidades institucionais, para o ajuizamento da ação civil pública.

Não obstante, a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil ao

ajuizamento das demandas coletivas não foi atingida pelo novel diploma, de nº 11.448/85, que alterou o artigo 5º da Lei nº 7.347/85. Conforme analisado anteriormente, a OAB tem finalidade institucional da entidade, legalmente definida, de “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os *direitos humanos*, a justiça social [...]”²⁸⁸. Portanto, independentemente da compreensão que se tenha a respeito da legitimidade ativa trazida pela referida lei, que alterou a redação original do art. 5º da Lei nº 7.347/85, a OAB, como entidade autárquica voltada à defesa dos direitos humanos, do estado democrático de direito e da justiça social,

tem inquestionável legitimidade concorrente e autônoma para propor ações civis [...] e, também, para intervir nas demandas ajuizadas pelos demais legitimados ativos, dela não se exigindo nenhum outro dado comprobatório da sua representatividade adequada.²⁸⁹

5.5.2 A OAB e a representação adequada

No Processo Coletivo Americano, uma ação coletiva só poderá ser ajuizada e conduzida se todos os requisitos previstos na *Rule 23(a)* estiverem presentes. Segundo Antônio Gidi, esses requisitos visam proporcionar um processo justo:

São eles: 1) o grupo deve ser tão numeroso que o litisconsórcio de todos os seus membros seja impraticável; 2) deve haver questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo; 3) os pedidos ou defesas do representante do grupo devem ser típicos dos pedidos e defesas dos membros do grupo; 4) *os interesses do grupo devem ser adequadamente representados em juízo.*²⁹⁰

Como pontuado anteriormente (item 4.4.11), a adequada representação não foi prevista pelas leis de nºs 7.347/85 e 8.079/90, conforme o modelo estabelecido pelo direito americano, de onde ela se originou. Por aqui, a representatividade adequada é considerada se os legitimados comprovarem os requisitos objetivos

²⁸⁸ “Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”.

²⁸⁹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*, p. 285.

²⁹⁰ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 67.

exigidos (pré-constituição e pertinência temática para os legitimados citados no art. 5º, inciso V, “a” e “b” e pertinência temática para os demais legitimados intermediários).

A representação adequada do processo coletivo americano é, segundo Antônio Gidi, o mais importante requisito para admissibilidade da ação, e seu reconhecimento é feito pelo juiz, considerando o caso concreto.

[...] para que uma ação seja aceita como coletiva é que o candidato a representante proteja adequadamente (*fairly and adequately*) os interesses do grupo em juízo. Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representantes de seus interesses, conceitos básicos de justiça impõe que essa representação seja adequada.²⁹¹

Por lá, ainda na lição de Antônio Gidi, até mesmo o advogado que vai defender, em juízo, os interesses da coletividade, passa pelo crivo *ope judicis* da representação adequada. O juiz considera se o profissional que assumir a defesa dos interesses e direitos coletivos tem condições técnicas, instrumental e financeira. Lembremos, pois, que a coisa julgada no sistema *class action* é *por et contra*. O que leva o juiz a verificar, com rigor, a real condição do advogado para trabalhar a categoria.

A verificação da adequação do advogado é um fator importante na avaliação do requisito, sendo esse, na prática, o aspecto principal na aferição da presença do requisito. A adequação do advogado se mede em relação aos interesses do grupo e de seus membros e não em face dos interesses do representante. O advogado trabalha para o grupo como um todo, ainda que tenha sido o representante quem o contratou. Como a parte em juízo no processo coletivo titular da pretensão coletiva é o grupo, o cliente do advogado é o grupo e é para com o grupo que o advogado tem responsabilidade. Assim, ele deve representar em juízo os interesses da coletividade, ainda que conflitem com os do representante.

Inicialmente, dizia-se que o advogado não precisava ser necessariamente experiente na área do direito material abordado na ação coletiva, ou mesmo nas técnicas do processo coletivo, muito embora a sua prévia experiência fosse um fator a ser avaliado favoravelmente pelo juiz. Tudo dependia, na maioria das vezes, da qualidade do trabalho apresentado pelo advogado na tutela do caso. Com o tempo, porém, com uma maior concorrência entre os advogados, esses critérios passaram a ser mais importantes. Em 2003, uma emenda na Rule 23(g) (1) (C) alterou definitivamente essa regra e o juiz, na análise da adequação do representante, precisa considerar o trabalho que o

²⁹¹ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 72.

advogado realizou em identificar ou investigar a causa, a experiência do advogado em manejar ações coletivas, outros processos complexos, e processos similares, o conhecimento do advogado do direito aplicável e os recursos financeiros que o advogado vai empregar na representação do grupo.²⁹²

O juiz deverá considerar o advogado inadequado caso perceba que ele não dispõe de estrutura material e tempo para se dedicar a defesa dos interesses da coletividade. É ônus do autor provar a presença dos requisitos elencados na *Rule 23* (a), inclusive o da sua adequação.

A competência do advogado, porém, é presumida, e somente a análise do caso concreto pode destruir tal presunção. Ainda assim, o juiz deve fazer uma análise rigorosa do requisito, muito embora na prática haja certa relutância por parte de alguns juízes em emitir uma avaliação negativa da competência do advogado.²⁹³

Outra questão a se considerar são os honorários advocatícios nas demandas coletivas do direito americano. Os altos valores envolvidos nessas demandas podem dar ensejo a uma representação não adequada.²⁹⁴

A representação adequada não significa a procedência do pedido. O pedido poderá ser julgado improcedente mesmo diante de uma adequada representação, na qual o advogado defendeu, com competência e esmero, os interesses da coletividade, instruindo o feito devidamente.²⁹⁵ Até mesmo a falta de interposição de recurso das decisões de primeira instância, por si só, não poderá ser considerada como sendo caso de representação inadequada. Considerando como obrigatório o recurso, sob pena de se considerar como inadequada a representação, pode-se abrir um caminho “para que a demanda coletiva seja *relitigada ad infinitum*. Ademais, estar-se-ia incentivando a interposição de recursos desconstituídos de qualquer

²⁹² GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 110-111.

²⁹³ Idem, p. 112.

²⁹⁴ “Há certo consenso na doutrina e na jurisprudência de que a perspectiva de ganhar honorários advocatícios de alto valor funciona como um ‘natural’ incentivo a que o advogado tutele vigorosamente os interesses do grupo em juízo. Como o valor dos honorários, em geral, é calculado em função do resultado obtido para o grupo, quanto maior o valor da condenação, maior os honorários. Todavia, como veremos adiante, os altos interesses financeiros em jogo também podem ofuscar a atividade do advogado e gerar conflitos de interesse entre ele e grupo” (Idem, p. 112).

²⁹⁵ “O advogado do grupo poderá defender os direitos do grupo em juízo de forma vigorosa e competente e ainda assim perder a causa e prejudicar os membros ausentes. Afinal, como veremos adiante, a coisa julgada coletiva atinge a todos os membros do grupo, independentemente do resultado da demanda” (Idem, p. 122).

fundamento”²⁹⁶.

Quanto à *representação adequada* da OAB nas ações coletivas, a situação não é diversa daquela que envolve associações civis no que diz respeito à exigência da pertinência temática. Assim, ainda, é o que se tem como entendimento majoritário da nossa jurisprudência. Temos uma Ordem Nacional de Advocacia que não pode representar a sociedade nas demandas coletivas, salvo quando se tratar da defesa dos interesses de seus filiados.

Nos Estados Unidos, os advogados são licenciados pela federação onde irão militar. Não existe uma ordem nacional regulamentadora da profissão, com finalidades determinadas em lei para, além de promover a defesa corporativa, defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. Por lá, tanto o acesso à profissão quanto validação é feito pelo Estado.²⁹⁷ Para que possa se credenciar ao exercício da advocacia, o candidato, por óbvio, deverá ser formado em uma universidade credenciada. Nos dois últimos anos da faculdade, o aluno poderá escolher algumas disciplinas opcionais nas áreas que mais os interessam e fazer estágios em escritórios de advogados ou departamentos de contencioso de empresas. Poderá, portanto, nos dois últimos anos, optar por se especializar em processo coletivo. O que seria substancialmente considerado, quando da análise da representação adequada.

No Brasil, a representatividade adequada tem ganhado importância somente nos últimos anos. A doutrina mais autorizada sobre o assunto tem considerado a representatividade adequada como princípio do processo coletivo, bem como um dos institutos dessa espécie.²⁹⁸ A representação, portanto, no Brasil, sempre foi considerada presumida, *iuris et de iure e ope legis*, sem controle pelo juiz. Bastava o cumprimento dos requisitos formais e a pertinência temática e a legitimação se aperfeiçoava. Quando do reconhecimento da legitimidade, não se perquiri se aquele

²⁹⁶ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, p. 122.

²⁹⁷ OLIVEIRA, Oduvaldo G. Qual é a diferença entre o exame da OAB e o exame americano? *Nação Jurídica*, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://www.facebook.com/l.php?u=http%3A%2F%2Fwww.nacaojuridica.com.br%2F2013%2F04%2Fqual-e-diferenca-entre-o-exame-da-oab-e.html&h=nAQECNTXH>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

²⁹⁸ Vide tópicos acima: 4.4.8 (princípio da representatividade adequada) e 4.4.11 (instituto da representatividade adequada).

que demanda tem conhecimento técnico, condições financeiras e instrumental.²⁹⁹

Contudo, a corrente que defende o controle *ope legis* da representação adequada vem, consideravelmente, diminuindo. Por sua vez, os que pugnam pelo controle judicial (*ope judicis*) vêm ganhando força. Como assevera Cappelletti, o juiz deve ser o maior interessado na observância do devido processo legal, inserido em um contexto constitucional.³⁰⁰ Já nos idos dos anos 80, precisamente em 1986, Ada Pellegrini Grinover, já pontuava a respeito do controle judicial à legitimação do processo coletivo, “afirmando que o devido processo legal deveria ser visto não mais como individual, um direito subjetivo das partes, para transformar-se, em social, ou seja, garantia das partes e do justo processo”³⁰¹. Com isso, o magistrado brasileiro teria o controle para admissão dos legitimados, a exemplo do que ocorre no direito norte-americano, mesmo que não expressamente determinado na nossa legislação.

Argumenta-se que o juiz brasileiro não teria a formação do magistrado americano, cultural e intelectualmente prático na questão, para garantir legitimação através do seu controle. Antônio Gidi aponta que, de fato, o magistrado brasileiro não é igual ao americano. Todavia, isso não justifica a inércia quanto ao controle da representação adequada. A imposição dessa condição aos magistrados é da própria essência dos processos coletivos, com atuação marcante para o cumprimento do devido processo legal, sob pena de se macular tal garantia.³⁰²

De acordo com Susana Henriques da Costa, citada por Flávia Hellmeister Clito Fornaciari, tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo, o controle judicial dessa adequação deve ser permitido.³⁰³ O primeiro aspecto deve impor a conclusão de que não é racional deixar que a máquina judiciária seja movimentada e despenda tempo em processo que será eventualmente reproposto por outro legitimado. Isso pode ser evitado com a análise do potencial representativo do autor,

²⁹⁹ “A cooperativa preenche o requisito oriundo do Direito Anglo-Saxônico da representatividade adequada para promover ação em prol de seus cooperados posto atingir suas finalidades institucionais” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 651.064/DF. 1. T. Rel. Min. Luiz Fux, j. 15/03/2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 abr. 2005. p. 240).

³⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977. p. 151-154. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/cappelletti.pdf>>. Acesso em: 05 jul 2014.

³⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias Constitucionais do Processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 19-30, jul./set. 1986.

³⁰² GIDI, Antonio. A representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

³⁰³ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada no processo coletivo*. 2010. 188 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 60. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/es.php>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

por meio do qual se afastarão demandas inidôneas e o risco de existirem decisões contraditórias. No aspecto quantitativo, apesar de haver técnicas de extensão de coisa julgada para evitar danos a indivíduos não participantes da demanda, essas técnicas não lidam com a má redação da peça ou a má argumentação, mas apenas com aspectos de prova, de forma que essas outras atuações inadequadas fogem pelo controle judicial, se não imposta a necessidade de observância da representatividade adequada.³⁰⁴

Portanto, não há como deixar de concordar que o sistema de controle judicial para aferição da representatividade adequada, é mais eficaz e atente melhor a tutela dos interesses e direitos coletivos.

[...] Isso porque permite ao magistrado analisar a figura daquele que vem a juízo como legitimado diante do caso concreto, não se limitando a averiguação de interesse entre (entendido como relação com o objeto), mas da própria credibilidade e seriedade do ente e da postura dele diante de outras situações violadoras do mesmo objeto, circunstância que torna possível verificar também se não há mera hipótese de promoção pessoal do legitimado ou de quaisquer de seus membros.³⁰⁵

Se por lá se admite o advogado como representante da coletividade em demandas de interesse coletivo *latu sensu*, com muito mais acerto estaria representada a coletividade, por uma Ordem Nacional de Advogados com tamanha prerrogativa e história no cenário da construção dos Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito, a exemplo da que se tem no Brasil.

Para se ter uma idéia do poder de representação da Ordem dos Advogados do Brasil, atualmente ela conta com 27 Seccionais, divididas nas 27 Unidades Federativas (26 Estados-membros e o Distrito Federal), sediadas em cada uma das capitais da Federação, conta também com 987 subseções e um Conselho Federal sediado em Brasília-DF. Neste foi criada uma comissão nacional específica de Direitos Difusos e Coletivos. Em muitas das Seccionais existem diversas comissões específicas de proteção de direitos difusos (proteção ao meio ambiente, direitos do consumidor, proteção ao idoso, etc) e coletivos *strictu sensu*. Em todos os órgãos fracionárias da Ordem dos Advogados do Brasil existem um sem número de advogados especialistas, mestres e doutores de prontidão para o atendimento dos interesses e direitos difusos e coletivos, o que representaria um acesso à justiça de

³⁰⁴ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada no processo coletivo*, p. 74.

³⁰⁵ Idem, p. 60.

modo muito eficaz. Com tudo, temos, ainda, que a sociedade teria mais um legitimado, instrumentalizado, competente e estruturado para defender seus interesses transindividuais.

5.6 Legitimidade ativa *ad causam* da OAB para agir e intervir nas ações coletivas

5.6.1 Legitimidade ativa *ad causam* e *ad interveniendum* para agir da OAB na ação popular

A pessoa jurídica não possui legitimidade para ajuizar ação popular (art. 5º, LXXIII e art. 1º da Lei nº 4.717/65). A legitimidade é exclusiva do cidadão. Não obstante, a Ordem dos Advogados do Brasil poderá ajuizar ação popular em litisconsórcio ativo com a autor/cidadão.³⁰⁶ Situação idêntica tem as associações, fundações, sindicatos e entidades de classe. A OAB ainda poderá intervir na demanda ajuizada. Tem-se ainda a hipótese da união inevitável de processos, em razão da conexão, de uma ação popular e ação civil pública ajuizada pela OAB, com a mesma causa de pedir e partes. Nesse caso, bastará uma única demanda para assegurar interesse coletivo. Se prevalecer a ação popular, a OAB intervirá como litisconsorte ativo na ação.

Na ação popular, em razão da sua própria natureza, vimos que a OAB não tem legitimidade autônoma a sua propositura. Todavia, apregoamos pelas suas legitimidades concorrente e interveniente. Com isso, como temos sustentado, a OAB estará trabalhando, auxiliando o autor da ação popular, na preservação do patrimônio público contrapondo-se aos atos lesivos a ele³⁰⁷. Significa dizer que a OAB, nessas hipóteses de legitimação e interveniência, estará agindo em defesa da própria Constituição (art. 44, I), uma de suas finalidades primárias. Ademais, o autor poderá contar com a participação democrática de um dos mais instrumentalizados

³⁰⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 298-303: “A intervenção da OAB concebida, no caso, impõe-se reafirmar, é a litisconsorcial, afastada a intervenção da entidade em questão na condição de amicus curiae, ausente disposição legal expressa na Constituição ou na lei que a autorize”.

³⁰⁷ “Art. 1º [...]

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (Redação dada pela Lei nº 6.513, de 1977)”.

órgãos de proteção à ordem jurídica, cuja atuação concorrente ou interveniente representará significativa proteção aos interesses e direitos coletivos defendidos pelo autor da ação.

5.6.2 Legitimação para agir e para intervir da OAB na ação civil pública

Como pontuado (capítulo 5), não há previsão expressa nas Leis de nºs 7.347/85 e 8.078/90 a respeito da legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil ao ajuizamento de demandas coletivas, ao disciplinarem a ação civil pública para a tutela de direitos difusos, não dispuseram expressamente sobre a legitimação para agir e para intervir da Ordem dos Advogados do Brasil. Todavia, o art. 5º, inciso V da Lei nº 7.347/85 e o art. 82, inciso III, da Lei nº 8.078/90 atribuíram às autarquias legitimidade para o ajuizamento de demandas coletivas.³⁰⁸

Sendo a Ordem dos Advogados do Brasil, como remansosamente vem dizendo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça³⁰⁹, bem como a doutrina especializada³¹⁰ uma autarquia especial ou *sui generis*, sua legitimidade à propositura de demandas coletivas está devidamente reconhecida, em caráter autônomo e concorrente com os demais legitimados, discriminados nas referidas

³⁰⁸ “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).:

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).;

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).;

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

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

³⁰⁹ STF: RE-AgR nº 26.689/MG - 2º T. - j. 17.08.2004 - Rel. Min. Ellen Gracie - DJ 03.09.2004, p. 32; MS-QO nº 25.624/SP - Tribunal Pleno - j.03.11.2005 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ 10.08.2006, p. 20. STJ: EDcl. No resp. nº 963520/RS - 1ª T. - j. 03.06.2008 - Rel. Min. Luiz Fux - DJ 18.06.2008; REsp. nº 915.753/RS - 2ª T. - j. 22.05.2007 - Rel. Min. Humberto Martins - DJ 04.06.2007; REsp. nº 447.124/SC - 2ª T. - j. 04.05.2006 - Rel. Min. João Otávio de Noronha - DJ 28.06.2006; CC nº 45.410/SC - 1ª S. - j. 28.09.2005 - Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha - DJ 12.12.2005; REsp. nº 614.678 - 1ª T. - j. 20.05.2004 - Rel. Min. Teoria Albino Zavascki - DJ 07.06.2004.

³¹⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 63-64.

Leis. Da legitimação para agir da Ordem dos Advogados do Brasil, decorre, também, sua legitimação como interveniente litisconsorcial nas demandas propostas pelos demais entes legitimados, inclusive com a possibilidade de ampliação dos limites da demanda, no tocante à causa de pedir, ao pedido e à parte passiva.³¹¹

Por conseguinte, conferida legitimidade à Ordem dos Advogados à propositura da ação coletiva, conferida está também a titularidade da demanda em caso de desistência infundada ou abandono da ação, de omissão na promoção da execução do julgado favorável ou de má condução do processo por parte de qualquer outro legitimado ativo (art. 5º, § 3º, e 15 da Lei n. 7347/1985).

5.6.3 Legitimidade para agir e para intervir da OAB no mandado de segurança coletivo

A Constituição de 1988 não arrolou a Ordem dos Advogados do Brasil como sendo um dos legitimados ativo ao ajuizamento do Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX). Limitou a impetração coletiva aos partidos políticos, das organizações sindicais, das entidades de classe e das associações civis. A Lei regulamentadora, de nº 12.016/09, dispôs de forma idêntica.

Contudo, como vimos, a OAB tem natureza jurídica peculiar, é uma autarquia *sui generis*, representante corporativa da categoria profissional dos advogados, o que determina ser ela legitimada ao ajuizamento do mandado de segurança coletivo, na condição de “entidade de classe” (art. 5º, LXX, “b”, da CR/88).³¹²

Por outro lado, ao adotarmos, como temos feito, uma interpretação da Constituição no sentido de ampliar a legitimação na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos, ainda mais quando cominamos a interpretação com o que está inserido em normas infraconstitucionais, temos que OAB como admitida para a impetração do Mandado de Segurança coletiva para a tutela dos direitos difusos,³¹³ bem como intervir no mandado impetrado por outra entidade, “mormente

³¹¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*, p. 284.

³¹² O STF tem considerado a impetração do Mandado de Segurança Coletivo pela OAB, inclusive suas subseções estaduais (MS nº 21452-0/AL - j. 03.06.1992 - DJ 14.08.1992 - Rel. Min. Ilmar Galvão).

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 3.273-9/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16/04/2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

considerando-se a finalidade institucional da entidade, direcionada à defesa e à promoção dos direitos humanos, como o direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado³¹⁴. Nesse sentido:

“Circunstancias diversas, dentro as quais se destaca a atuação decisiva no processo de redemocratização do País, deram ao órgão representativo dos advogados o papel especial, com sua inserção de dispositivo autônomo, diverso daquele que cuida do direito de propositura das entidades de classe de âmbito nacional”.³¹⁵

5.6.4 Legitimidade para agir e para intervir nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade

O art. 103, VII, da Constituição da República de 1988³¹⁶, reproduzido no art. 2º, VII, da Lei nº 9.868/99, dispôs que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tem legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade o *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. Foi ele relacionado em inciso específico, sem associação com as demais entidades de classe.

O Conselho Federal da OAB, conforme anotamos anteriormente é, segundo disposto no art. 45, I, da Lei nº 8.906/94, um dos órgãos da OAB, ao lado dos Conselhos Seccionais, das Subseções e das Caixas de Assistência dos Advogados.

A Constituinte de 1988, com a ampliação dos legitimados para ajuizamento das ADI e ADC, (a constituição revogada restringia a legitimidade apenas ao Procurador-Geral da República), deixou evidente a tendência legislativa para o reconhecimento de muitos outros legitimados ao ajuizamento para demandas coletivas. Contudo, restringiu a legitimação da OAB a apenas um de seus órgãos fracionários - Conselho Federal. Com isso, o legislador procurou discriminar cuidadosamente os sujeitos adequados para representar a sociedade civil.

Mas, ao contrário do que se verifica com as demais entidades de classe e organizações sindicais, o constituinte não exigiu, na Ação Direta de

³¹⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*, p. 263.

³¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 142.

³¹⁶ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004): I - omissis; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil”.

Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, a pertinência temática entre a norma impugnada (Lei ou ato normativo) e a demonstração o ato normativo impugnado com os interesses da corporação. Assim, restou configurado que a legitimação do Conselho Federal da OAB, no caso, não comporta limitação no tocante à matéria passível de controle pela via das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, considerada a finalidade institucional da instituição: defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos e da justiça social (art. 44, I, da Lei n. 8.906/1994).³¹⁷

Nesse mesmo sentido o STF vem, invariavelmente, considerando em suas decisões. Álvaro Luiz Valery Myrra, afirma que foi a partir do voto do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, na Ação Direita de Inconstitucionalidade de nº 03-9/DF, que o STF firmou o entendimento da indispensabilidade da OAB quanto à necessidade de demonstração temática entre o objeto das ações de controle com o interesse dos advogados.

[...] em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo [103 da CF], e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, independe do requisito da pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a Ordem é entidade de classe. (ADI nº 03-9/DF – J.07.02.1992 – DJ 18.09.1992. No mesmo sentido, ADI de nº 1.231-2/ DF – J.15.12.2005 – DJ 28.04.2006 – rel. Min. Carlos Velloso).³¹⁸

Não obstante, insistimos em afirmar que, independente do reconhecimento formal do STF quanto à legitimidade da OAB para ajuizamento das ações constitucionais mencionadas, sem pertinência temática, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, muito antes do julgamento acima transcrito, já detinha, por força do que estabelece o art. 44 da Lei nº 8.906/94, legitimidade autônoma e concorrente para ajuizar referidas demandas, haja vista que, conforme reiteradamente demonstrado, o citado artigo estabelece como sendo uma das

³¹⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*, p. 289.

³¹⁸ Idem, p. 290.

finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil, a defesa da Constituição.³¹⁹

Por conseguinte, como legitimada a ajuizar ADI e ADC, de forma autônoma e concorrente, poderá o OAB intervir nas ADI e ADC propostas por outros legitimados ativos. Nesses casos, a OAB participaria, assim como outro legitimado qualquer, como assistente litisconsorcial, pois se há legitimidade para propor Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade, muito mais razão assiste permitir-se aos legitimados que possam assistir-se mutuamente. Portanto, não se estaria a mitigar as regras que vedam a intervenção de terceiros nesses casos.³²⁰

Oportuna a lição:

“De outra banda, entende-se esteja o Conselho Federal da OAB legitimado a *intervir* nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade propostas por outro legitimado ativo. A orientação, quer nos parecer, é sempre a mesma, inúmeras vezes referida: se o Conselho Federal da OAB está legitimado para agir na ADI e na ADC, dessa legitimação resulta, automaticamente, por igual, a sua legitimação para intervir, em hipótese configuradora de intervenção litisconsorcial de cotitular do poder de provocar a jurisdição constitucional”.³²¹

Assim também lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“A possibilidade de haver intervenção de qualquer dos co-legitimados da CF 103 ou da LADIn 2º, na qualidade assemelhada à do ‘assistente litisconsorcial’ (CPC 54), na ADIn ajuizada por outro co-legitimado é medida de rigor. Quem pode o mais (mover ADIn) pode, por óbvio, o menos (intervir em ADIn movida por outrem). O veto ao § 1º da norma ora comentada, que corretamente previa essa intervenção, não constitui óbice para que o STF admita a intervenção desses co-legitimados na qualidade de intervenientes assemelhados ao *assistente litisconsorcial*. A razão do veto, ao dizer que irá haver atraso na prestação jurisdicional e que o § 2º da mesma norma já autorizaria essa intervenção, *data maxima vénia* não tem o alcance que nele se apregoa. A intervenção não irá dilargar o andamento do feito e o § 2º prevê a intervenção do *amicus curiae*, a critério do relator, que tem natureza completamente diversa da que previa o vetado § 1º. O co-legitimado pode intervir, apresentando razões, documentos, memoriais etc., colaborando

³¹⁹ Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

“Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 2º O uso da sigla OAB é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil”.

³²⁰ Arts. 7º e 8º da Lei nº 9.868/99.

³²¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*, p. 289.

com o processo objetivo, de interesse público e social, da ação direta de inconstitucionalidade”.³²²

Com efeito, ainda que se adote o retrógrado entendimento quanto à vedação legal da participação como litisconsorte do Conselho da Ordem dos Advogados nas Ações Diretas de Constitucionalidade e Declaratórias de Constitucionalidade propostas pelos demais legitimados, poderá ela ingressar no feito na condição de *amicus curiae*, como ente intermediário, nos termos do que dispõe o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. Todavia, considerando serem modalidades diversas, uma de natureza participativa litisconsorcial, outra como *amicus curiae*, bem como a relevância do interesse público tratado no controle abstrato de constitucionalidade, a e a legitimidade autônoma e concorrente da Ordem dos Advogados do Brasil, entendemos que a OAB deve ser admitidas em ambas as hipóteses.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil também poderá, uma vez convocado, participar, através de um representante indicado, da instrução das referidas ADI e ADC, a fim de que preste esclarecimentos a respeito de assunto objeto da causa que, em razão de sua experiência ou autoridade, tenha relevantes conhecimentos.³²³

³²² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1.599 e 1.606.

³²³ Lei nº 9.868/99: “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. [...]

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

6. O RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA UNIVERSAL DA OAB NOS PROCESSOS COLETIVOS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é reconhecidamente um direito social fundamental e principal garantia dos direitos subjetivos. Através dele é que se promove, efetivamente, a tutela dos direitos fundamentais. “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”³²⁴.

Como anotamos no item 4.3.2, quando do estudo dos princípios próprios do processo coletivo, ressaltamos a relevância do processo coletivo como instrumento capaz de propiciar a ampliação e a democratização do acesso a uma ordem justa. Nesse ponto, é de rigor ressaltar a relevância do processo coletivo como instrumento capaz de proporcionar ampliação e democratização do acesso à ordem jurídica justa,³²⁵ na medida em que a) reúne, numa única ação, as pretensões daqueles que, individualmente, não teriam condições de ingressar em juízo; b) elimina as barreiras psicológicas, técnicas, educacionais e de ordem econômica que dificultam o acesso à justiça por parte da população considerada vulnerável; e c) possibilita a solução simultânea de uma série de litígios, e não somente de um caso particular, o processo coletivo pacifica, com justiça, uma infinidade de conflitos.

Por conseguinte, na busca de uma aplicação efetiva desse conceito, a doutrina e a jurisprudência têm caminhado no sentido de reconhecer a legitimação ativa da Ordem dos Advogados do Brasil para o ajuizamento das ações coletivas. O que já não era sem tempo, considerando o relevado objeto a ser tutelado.

O reconhecimento da Ordem dos Advogados do Brasil para o ajuizamento do processo coletivo, considerando sua história, moral, estrutura técnica e instrumental, certamente aproximará a sociedade da justiça, que por diversos fatores - de ordem

³²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 12.

³²⁵ No Brasil, a visão instrumentalista provocou reformas significativas no sistema processual, voltadas à efetivação da tutela jurisdicional. A antecipação da tutela (art. 273 do Código de Processo Civil), a tutela inibitória e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do Código de Processo Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor), a simplificação do processo de execução, excluindo-se a necessidade de cálculo por contador, a audiência prévia de conciliação e saneamento e as alterações na sistemática recursal (Leis nºs 9.139/95 e 9.756/98) são marcas da mudança teórica promovida no Direito Processual Brasileiro (CICCO, Alceu. *Evolução do direito processual*. *Revista Jurídica*, p. 112-135).

econômica, social, cultural, psicológica, legal, falta de conhecimento e etc - a mantém isolada do Poder Judiciário, em maior ou menor proporção.

Abaixo, seguem as considerações da doutrina e a jurisprudência nesse mesmo sentido.

6.1 O posicionamento da doutrina

A doutrina mais abalizada caminha no sentido de reconhecer a necessidade da ampliação da legitimação ativa à propositura das demandas coletivas. Isto em razão do próprio objeto que se pretende tutelar (direitos difusos, coletivo *strictu sensu* e individuais homogêneos). Ada Pellegrini Grinover disserta sobre essa tendência:

A tendência é sem dúvida no sentido da abertura dos esquemas da legitimação a amplos segmentos da sociedade e a seus representantes: a pessoa física, as formações sociais, os entes públicos vocacionados para a defesa dos direitos transindividuais, outros entes públicos a quem compete a tutela dos mais diversos bens referíveis à qualidade da vida - incluindo as pessoas jurídicas de direito público. Paradigmáticos, nesse campo, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e o Projeto de Código brasileiro.³²⁶

Com esse considerando da festejada doutrinadora, revela-se a OAB como legitimada irrestrita à propositura de ações coletivas, posto que, segundo suas finalidades (art. 44, I, da Lei nº 8.906/94), é ela, também, legítima representante da sociedade.

Hugo Nigro Mazzilli, em nome desse mesmo fundamento, pontua nesse sentido, apresentando a OAB como representante adequado dos interesses da coletividade:

Quando a OAB zela pela observância de interesses transindividuais de expressão social (como os do meio ambiente, os das pessoas com deficiência, os dos consumidores em geral), está não apenas defendendo garantias fundamentais das próprias pessoas (sejam elas ou não advogados ou estagiários), como também está zelando por direitos fundamentais de toda a coletividade; desta forma, tal tutela se insere duplamente dentro dos objetivos da entidade (art. 44, I e II, do EOAB). De qualquer forma, é necessário que haja compatibilidade entre a defesa judicial do interesse e as finalidades da entidade.³²⁷

³²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 237-238.

³²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 302.

Luiz Manoel Gomes Junior, entre outras considerações que justifica a legitimidade da Ordem, argumenta que ela tem natureza jurídica, *sui generis*, de autarquia.³²⁸ Portanto, se sujeita aos preceitos dispostos no art. 37 da Constituição da República de 1988. Com isso, ao pontuar sobre o inciso I do art. 44 da Lei nº 8.906/94, considera que a OAB não está sujeita aos limites restritivos da pertinência temática e muito menos aos impostos pelos arts. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/85, 82³²⁹, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, como também do art. 210, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente.³³⁰

Oportuna ainda a lembrança que nos traz Luiz Manoel Gomes Junior, na mesma obra citada, que o inciso III do art. 81 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03)³³¹ legitimou a OAB para o ajuizamento de ações coletivas cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos. Com efeito, se as leis que ordenam o processo coletivo formam um microssistema legal, de aplicação solidária e subsidiária - umas com as outras - razoável que se reconheça a legitimidade da OAB para o ajuizamento de quaisquer espécies de direitos coletivos *latu sensu*.

A natureza da personalidade jurídica da OAB é assunto ainda em discussão, não há uma resposta definitiva a respeito disso. O Decreto-Lei nº 200/67, dispôs, no art. 4º, II, “a”, que a autarquia compõe o quadro da Administração Indireta. Portanto, o Estado delega, por meio de lei específica, poderes também específicos que serão desempenhados. É, por conseguinte, pessoa de direito público. A autarquia é fiscalizada pelo Ente da Administração direta que a criou, verificando se ela - autarquia - tem cumprido com sua finalidade. Atua desvinculada no desempenho da (s) finalidade (s) pela qual foi criada; ou seja, não há responsabilidade subsidiária da administração direta que a criou. Goza de autonomia financeira. Somente poderão

³²⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, p. 63-64.

³²⁹ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...] V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção 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”.

³³⁰ “Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

[...] III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária”.

³³¹ “Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

[...] III - a Ordem dos Advogados do Brasil”.

ser delegadas finalidades de interesse público, de atividades típicas do Estado. Assim preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Sinteticamente, mas com precisão, as autarquias podem ser definidas como pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa. [...] Exatamente por serem pessoas de Direito Público é que as autarquias podem ser titulares de interesse público, ao contrário de empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais, sendo pessoas de Direito Privado, podem apenas receber qualificação para exercício de atividade pública; não, porém, para titularizar as atividades públicas.³³²

Para Hely Lopes Meirelles as entidades de classe profissionais são autarquias, posto que entes fiscalizadores de profissões, criadas por lei federal, detendo poder de polícia eminentemente de caráter público, com receita e autonomia financeira. Com isso, não tem como equiparar entidade de classe profissional com empresas privadas.³³³

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³³⁴ e do Supremo Tribunal Federal (STF)³³⁵ alinham-se no mesmo entendimento de que a Ordem é uma entidade peculiar, pois não é uma autarquia ou entidade vinculada à Administração Pública, pois não está sujeita a prestação de contas com o Estado, não está sob a ingerência contábil do Tribunal de Contas, seus filiados pagam anuidades e não tributos a ela, não pode ser subvencionada com dinheiro público e é incabível a assunção aos seus cargos por concurso público.

No nosso entender, a natureza da personalidade jurídica da OAB deve ser considerada como uma Autarquia. Pois, como visto, se a sua atuação vai além da defesa dos interesses corporativos, prevista como defensora *da Constituição, da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos, da justiça social e ainda pugna pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas* (art. 44, da Lei

³³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 160-161.

³³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 333.

³³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 42.599/SP. 5. T. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11/02/2014. *Diário de Justiça*, Brasília, 19 fev. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303791554&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

³³⁵ ADIn nº 3.026/DF pelo STF, em 2006, no qual se afirmou não ser a OAB autarquia ou entidade vinculada à administração pública federal. O Min. Gilmar Mendes, relator da ADIn, citou a aplicação do “the public function cases”, onde a Corte Norte-Americana reconheceu que entes privados exercessem funções públicas.

de nº 8.906/94), não estando submetida a controle estatal e tem legitimidade constitucional à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, outro enquadramento não lhe pode ser dado senão o de uma autarquia, ainda que *sui generis*, haja vista a sua evidente finalidade pública primária, prevista em Lei Federal.

Nesse sentido, elucidativo o magistério do professor José Cretella Junior:

A natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil é a de corporação pública ou corporação de direito público, espécie do gênero autarquia, ao lado da fundação pública ou fundação de direito público. Pelo substrato, pela índole estrutural, a Ordem dos Advogados do Brasil é corporação, porque constituída de um conjunto de pessoas. A corporação é constituída de membros, associados ou corporados, de indivíduos que se agrupam formando o corpus. Na realidade, a OAB é uma constelação autárquica, verdadeira federação de autarquias corporativas. Trata-se de federação de corporações públicas menores, que são as Seções da Ordem dos diversos Estados. Constelações autárquicas corporativas são conjuntos ou federações de corporações de direito público que se subordinam à autarquia corporativa maior de direito público. A OAB é, antes de tudo, uma ordem profissional. O substrato estrutural das ordens profissionais é o de um todo, organismo ou corpus, formado de pessoas tituladas de uma coletividade territorial, com estatuto e atribuições próprias, corporação que reúne coativamente os membros de determinada profissão, interdito aos membros não escritos. As ordens, para atingir seus objetivos, recebem do poder público um status bem definido, que lhes permite a cobrança de anuidades dos profissionais associados, a aplicação de penalidades aos membros faltosos, a admissão dos profissionais e a estruturação da profissão.³³⁶

No amparo desse entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca as principais autarquias segundo estudos por ela apontados. São elas: a) econômicas destinadas ao controle e incentivo à produção, circulação e consumo de certas mercadorias, como o Instituto do Açúcar e do Alcool; b) de crédito, como as Caixas Econômicas (hoje transformadas em empresas públicas); c) industriais, como as Estradas de Ferro (hoje também transformadas em empresas); d) de previdência e assistência, como o INAMPS e o IPESP; e) *profissionais ou corporativas, que fiscalizam o exercício das profissões, como a OAB*; f) as culturais ou de ensino, em que se incluem as Universidades.³³⁷

Não obstante, é irrelevante a falta de uma definição segura a respeito da natureza jurídica da personalidade da Ordem dos Advogados do Brasil para que se

³³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 615.

³³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 362.

reconheça sua legitimidade à propositura de ação coletiva. Vejamos que se for ela considerada autarquia, legitimada ativa *ad causam* estará, *ope legis* (art. 5º, inciso V, da Lei nº 7.347/85), para propor ação coletiva, sem fazer restrições quanto ao tema, posto que, em relação às autarquias, o legislador não restringiu à legitimação à pertinência temática; caso se afirme não ser a OAB autarquia ou entidade vinculada à administração pública federal, como vendo entendendo o STJ e o STF, ainda assim, nos termos do que dispõe a Constituição da República de 1988 e a Lei nº 8.906/94, estará a OAB legitimada ao ajuizamento de ações coletivas e, também, independente de que o objeto tutelado esteja restritamente relacionado com a defesa dos interesses corporativos. Ressalte-se ainda que se formos considerar a *representação adequada* como requisito formal à admissibilidade do legitimado, à OAB não se negaria o reconhecimento como entidade devidamente preparada para representar, em juízo, interesses e direitos coletivos.³³⁸

6.2 O entendimento dos nossos Tribunais

Uma tendência jurisprudencial de ampliação à legitimidade ativa *ad causam* para o processo coletivo vem ganhando corpo no Poder Judiciário. A corrente interpretativa que restringe a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura do processo coletivo, ainda é a predominante.

O entendimento quanto à ampliação da legitimação se propaga pelos Tribunais Regionais Federais do país e pelo Superior Tribunal de Justiça, e já conta com algumas decisões incisivas, fundamentadas numa interpretação cominada da Constituição com a Lei nº 8.906/94.

A corrente jurisprudencial que reconhece a legitimidade da OAB, também a reconhece como entidade sem vínculos com a Administração Pública direta ou

³³⁸ “A ação civil pública é um avançado instrumento processual introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (com as alterações promovidas pelo Código de Defesa do Consumidor), para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (por exemplo, meio ambiente, consumidor, patrimônio turístico, histórico, artístico). Os autores legitimados são sempre entes ou entidades, públicos ou privados, inclusive associação civil existente há mais de um ano e que inclua entre suas finalidades a defesa desses interesses. O elenco de legitimados foi acrescido da OAB, que poderá ingressar com a ação não apenas em prol os interesses coletivos de seus inscritos, mas também para tutela dos interesses difusos, que não se identificam em classes ou grupos de pessoas vinculadas por uma relação jurídica básica. Sendo de caráter legal a legitimidade coletiva da OAB, não há necessidade de comprovar pertinência temática com suas finalidades, quando ingressa em juízo” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia*, p. 203).

indireta (§ 1º do Art. 44: A OAB não mantém com órgão da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico).

A legitimação universal da OAB para ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103 da CR/88) tem sido relevante no fomento do entendimento à ampliação de sua legitimidade às demais demandas coletivas, sem pertinência temática. Ainda mais quando se observa as suas finalidades primárias arroladas no inciso I, do art. 44 da Lei nº 8.906/94, cominando com a autorização expressa do artigo 54, inciso XIV do mesmo diploma, que legitima a OAB para ajuizar demandas coletivas.

Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

[...]

XIV - ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação para agir lhe seja outorgada por lei;

E é a lei que dispõe quais são os direitos e interesses que podem ser defendidos em juízo por meio da ação civil pública: a) meio ambiente; b) consumidor; c) ordem urbanística; d) bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico; e) qualquer outro interesse difuso ou coletivo; e) infração da ordem econômica e da economia popular (art. 1º, incisos I a VI da Lei da Ação Civil Pública - Lei nº 7.347/85). Como visto anteriormente, a ação civil pública é a espécie mais comum de ação coletiva.

Porquanto, a conclusão a que se chega é lógica e nos conduz a uma concepção teleológica da OAB como legitimada a propor demandas coletivas. Ora, se a OAB pode propor ação civil pública, e se a ação civil pública é uma espécie da demanda coletiva e pode ser proposta para a defesa dos interesses e direitos coletivos, tem-se que legitimada está a Ordem dos Advogados do Brasil para propor ação coletiva em defesa de interesses difusos e coletivos, independentemente de que objeto esteja vinculado as suas finalidades institucionais. A legitimidade que vem sendo reconhecida ao Conselho Federal da OAB ao ajuizamento das ações coletivas também alcança os Conselhos Seccionais, uma vez que o art. 57 da Lei nº 8.906/94 estabelece que os Conselhos Seccionais *exercam*, no seu respectivo território, as competências atribuídas ao Conselho Federal.

Art. 57. O Conselho Seccional exerce e observa, no respectivo território, as competências, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal, no que couber e no âmbito de sua competência material e territorial, e as normas gerais estabelecidas nesta lei, no regulamento geral, no Código de Ética e Disciplina, e nos Provimentos.

Transcrevemos alguns julgados que reconhecem a legitimidade da OAB, seja do Conselho Federal ou das Seccionais, à propositura de ação coletiva, em defesa dos interesses difusos da sociedade:

[...] Inquestionável a legitimação autoral para a propositura da ação civil pública, na espécie, pois o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SE, nos termos dos artigos 54, inciso XIV e 57 da Lei nº 8.906/94, pode figurar como acionante na espécie versada nos autos, além do que, em tese, age, no caso, a OAB, em defesa dos interesses difusos da sociedade, caracterizado no legítimo provimento dos cargos públicos, especialmente os cargos políticos (o de Secretário de Estado), bem assim no correto exercício, pelos membros do Ministério Público, de suas funções, inclusive a observância às vedações constitucionais, todos titularizados difusamente, por toda a sociedade e administrados sergipanos; enfim, atua o Ministério Público na defesa da Ordem Jurídica, sobretudo a Ordem Constitucional, cuja supremacia é indeclinável.³³⁹

É de ver-se, ainda, que, na hipótese dos autos, a OAB atua amparada na regra do art. 1º da Lei nº 7.347/85, especialmente nos seus incisos II, IV e V, pois, em tese, pretende salvaguardar o erário e os princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência e legalidade administrativas, bem assim, a igualdade de oportunidades de acesso aos cargos públicos, à exigência de licitação para contratação de serviços públicos, interesses esses, indiscutivelmente, titularizados difusamente por toda a sociedade. No particular, comungo inteiramente com o ponto de vista adotado pela Procuradoria da República no Estado de Sergipe, exarado no Parecer já mencionado acima, onde sua Excelência o Dr. Procurador oficiante assevera, com muita felicidade, quanto à atuação da OAB no pólo ativo da relação processual que: 'a meu ver a iniciativa tende claramente à defesa do interesse difuso, para não dizer público, à lisura administrativa e à obediência dos governantes e agentes públicos ao princípio da igualdade.³⁴⁰ A OAB tem legitimidade para propor ação civil pública, nos termos do art. 54 da a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e, além do mais, no caso concreto dos autos, age a OAB em defesa dos interesses difusos da sociedade, conforme art. 1º, V, da Lei nº 7.347/85, buscando, em tese a proteção do patrimônio público e do erário, pugnano pela prevalência dos princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, inclusive o princípio da igualdade de regime jurídico entre os agentes administrativos. A OAB, na hipótese aventada nos autos, atua na defesa da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito e da proteção dos interesses difusos e

³³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Processo nº 2005.85.00.001626-5. Classe 05023. 3. V. Juiz Federal Substituto Edmilson da Silva Pimenta, j. 30/08/2005. *Diário de Justiça*, Aracaju, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://consulta.jfse.jus.br/Consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Processo nº 2004.85.00.1754-0. Classe 02000. 3. V. Juiz Federal Substituto Edmilson da Silva Pimenta, j. 23/08/2004. *Diário de Justiça*, Aracaju, 30 ago. 2004. Disponível em: <<http://consulta.jfse.jus.br/Consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

coletivos e, quanto a isso, nenhuma outra instituição social está mais habilitada que a OAB para promover a presente ação civil pública, face ao seu caráter de entidade integrada no contexto nacional e estadual, inclusive exercendo o controle social e político sobre as instituições e agentes públicos, cumprindo-lhe propugnar pela constitucionalidade, legalidade e moralidade da gestão pública. A pertinência temática com direitos difusos e coletivos de interesse dos advogados não é exigida como requisito para a propositura da ação civil pública pela OAB, face à sua natureza de entidade que atua nas áreas e interesses acima expostos, não se podendo restringir onde a lei não estabeleceu limitações.³⁴¹

Portanto, não obstante ainda prevalecer retrógrado entendimento que somente reconhece a legitimidade para ajuizar demandas coletivas daqueles que estão previamente determinados em lei, vemos que vem ganhando corpo a corrente interpretativa que reconhece a legitimidade da OAB para defender, em juízo, interesses e direitos coletivos *latu sensu*.

Para a defesa dos interesses corporativos, a OAB já dispõe do mandado de segurança coletivo, legitimidade que lhe é outorgada no mesmo dispositivo legal que lhe confere a legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública (art. 54, inciso XIV da Lei nº 8.906/94). Certamente não quis o legislador atribuir à OAB legitimidade em duas frentes, tendo como tutela o mesmo objeto (no caso, a defesa dos interesses da classe). Para tanto, bastaria atribuir legitimidade à OAB para impetrar mandado de segurança coletivo.

O que o legislador não restringe não cabe ao intérprete fazê-lo. Assim, se a lei expressamente atribui a OAB legitimidade à propositura da ação civil pública e do mandado de segurança coletivo, é porque reconheceu sua importância histórica e independente na atuação em defesa da sociedade, autorizando-a a propor ação coletiva em nome da defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos de toda espécie.

Por outro lado, a restrição da OAB para o ajuizamento de ação coletiva à tutela de direitos individuais representa um contrassenso, indo na contramão dos interesses da sociedade, vedando a ela um forte representante, adequadamente instrumentalizado para defendê-la e falar por ela em juízo.

Algumas decisões nesse sentido:

³⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Processo nº 2008.85.00.004610. 3. V. Juiz Federal Substituto Edmilson da Silva Pimenta, j. 30/08/2010. *Diário de Justiça*, Aracaju, 07 ago. 2010. Disponível em: <<http://consulta.jfse.jus.br/Consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB ostenta legitimidade para ajuizar ação civil pública destinada à defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores (art. 5º da Lei 7.347/85 c/c art. 44, I, da Lei 8.906/94 c/c art. 170, V, da Constituição). Precedente.

1. A entidade da advocacia é legítima para o aforamento desta ação civil pública, nos termos do artigo 44 da Lei nº 8.906/1944, que estabelece entre suas finalidades precípua a defesa da Constituição e da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, hipóteses em que se amolda a alegação de edição de lei municipal com vício de inconstitucionalidade por ofender os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Ademais, o empreendimento cuja paralisação se requer afetará de modo direto as condições de habitabilidade do prédio da Seccional da OAB, donde também exsurge seu interesse e legitimidade.³⁴²

O Desembargador Fagundes de Deus do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos da Apelação Cível de nº 190867720104013900/PA, não obstante o indeferimento do pedido aviado pela OAB, reconheceu sua legitimidade para propor demanda coletiva, inclusive em tutela aos direitos individuais homogêneos. Vejamos sua decisão, sintetizada:

De início, consigno meu entendimento pessoal de que a OAB ostenta legitimidade para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos nas relações de consumo, conforme dicção dos arts 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição da República; art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor; combinados com o art. 44, I, da Lei 8906/94, o qual incumbe a OAB, entre seus fins institucionais, defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. Estabelecida a premissa de que a Ordem dos Advogados do Brasil e, na espécie, legitimada ativa, cumpre entender que tal legitimação é também extensível aos Conselhos Seccionais, em face do que dispõe o art. 105, V, letra b, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, que lhes confere atribuição jurídica para aforar ações civis públicas em defesa de interesses difusos de caráter geral, coletivos e individuais homogêneos.³⁴³

Segundo entendimento atual da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), autorizam a OAB a ajuizar demandas na defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos. Inclusive pelos Conselhos Seccionais. Decidiu ainda o STJ que a legitimidade da OAB deve ser entendida de forma ampla quanto ao direito material a

³⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação Cível nº 2004.39.305-3/PA. 5. T. Rel. Des. Federal João Batista Moreira. *Diário de Justiça*, Brasília, 14 jun. 2007. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

³⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação Cível nº 190867720104013900/PA. 5. T. Rel. Des. Federal Souza Prudente, j. 05/07/2010. *Diário de Justiça*, Brasília, 07 jul. 2010. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

ser tutelado, em razão de suas finalidades primárias, que extrapolam, e em muito, a defesa da classe dos advogados.

No caso, a Seccional da OAB de Pernambuco ajuizou processo coletivo (ação civil pública) na Justiça Federal de Recife, visando evitar a demolição de um imóvel no bairro do Poço da Panela, localizado na cidade de Recife. Bairro conhecido naquela cidade como tendo diversas construções do século XVIII, da época do engenho da cana de açúcar. A casa, segundo a OAB, pertence ao patrimônio urbanístico, cultural e histórico do Recife. A Justiça Federal decidiu julgar o feito sem resolução do mérito, sob o fundamento que a OAB carece de legitimidade à propositura de demandas coletivas que extrapolam a defesa dos interesses da classe.

O Tribunal da 5ª Região ratificou o entendimento proferido pela Justiça Federal de Primeira Instância. Da decisão, a OAB interpôs Recurso Especial no STJ, autuado que foi sob o nº 1.351.760, distribuído à 2ª Turma, defendendo que a Ordem tem caráter de autarquia e possui finalidades institucionais (Art. 44, I, Lei nº 8.906/94) que vão muito mais além da defesa dos interesses da corporação e de seus filiados, não se sujeitando, pois, a demonstração da pertinência temática para justificar sua legitimação.

A decisão da 2ª Turma do STJ retificou a jurisprudência do próprio tribunal, que entendia que a OAB, seja pelos seus Conselhos Federal ou Seccional, não detinham legitimidade ativa *ad causam* à propositura de ações coletivas, salvo em defesa dos interesses corporativos.³⁴⁴ As subseções, por sua vez, por faltar-lhe personalidade jurídica, não poderiam ajuizar demandas coletivas.

O ministro Humberto Martins, relato do referido REsp, citou que o artigo 59 do Estatuto da Advocacia, inclusive, atribui competência às Seccionais em relação aos temas que afetem a sua esfera local.

Oportuna a transcrição da decisão proferida no Recurso Especial nº 1.351.760:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO SECCIONAL. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO URBANÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO. LIMITAÇÃO POR PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INCABÍVEL. LEITURA SISTEMÁTICA DO ART. 54, XIV, COM O ART. 44, I, DA LEI 8.906/94. DEFESA DA

³⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 331.403/RJ. 2. T. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07/03/2006. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 maio 2006. p. 207.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO ESTADO DE DIREITO E DA JUSTIÇA SOCIAL.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que manteve a sentença que extinguiu, sem apreciação do mérito, uma ação civil pública ajuizada pelo conselho seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em prol da proteção do patrimônio urbanístico, cultural e histórico local; a recorrente alega violação dos arts. 44, 45, § 2º, 54, XIV, e 59, todos da Lei n. 8.906/94.

2. Os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas - inclusive as ações civis públicas - no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei n. 8.906/84.

3. A legitimidade ativa - fixada no art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94 - para propositura de ações civis públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade - que possui caráter peculiar no mundo jurídico - por meio do art. 44, I, da mesma norma; não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos. Recurso especial provido.³⁴⁵

Voto do Ministro Humberto Martins, acompanhado unanimemente:

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Deve ser dado provimento ao recurso especial.

Bem descrevem os autos que o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de Pernambuco ajuizou ação civil pública com o intento de proteger o patrimônio histórico no Município de Recife. A Seccional se insurge contra a demolição de imóvel no bairro do Poço de Panela.

A magistrada federal de primeira instância extinguiu a ação civil pública sem apreciação do mérito, porquanto considerou que as seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não possuiriam o *ius postulandi* em relação às ações civis públicas, bem como que somente poderiam versar sobre tema afeto às finalidades institucionais da advocacia ou da Administração da Justiça. O Desembargador Federal relator, no seu voto vencedor, consignou (fls. 541-542, e-STJ):

‘A questão da legitimidade para a causa da Ordem dos Advogados do Brasil é o centro, é o fulcro da matéria sob apreciação neste recurso. Eu trago, aqui, no meu voto escrito, diversos precedentes, deste Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça (Relator, o Ministro João Otávio de Noronha), no sentido da exigência da demonstração da pertinência temática para que a Ordem dos Advogados do Brasil se considere legitimada para a propositura da ação civil pública. [...]

Inclusive, eu fiz uma pesquisa aqui e não encontrei, mas tive já a oportunidade de pesquisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito de diversas ações que foram ajuizadas pelo Ministério Público, por

³⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.351.760. 2. T. Rel. Min. Humberto Martins, j. 26/11/2013. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 dez. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24803984/recurso-especial-resp-1351760-pe-2012-0229361-3-stj/inteiro-teor-24803985>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

diversas entidades ambientalistas, e a OAB - inclusive a OAB da Bahia - tratando da questão da transposição das águas do rio São Francisco. E o Supremo- Tribunal Federal, nessas ações, só admitiu a legitimação do Ministério Público para a propositura dessas ações, excluindo as demais entidades. 'Então, diversas entidades ambientalistas o Supremo Tribunal Federal não legitima.'

Todavia, a apelação foi negada por maioria, pelo Desembargador federal vogal Edilson Nobre, que abriu voto de divergência com o seguinte teor (fls. 547-548, e-STJ):

'[...], eu vou pedir licença para discordar de V.Exas. O art. 44, I, é bem claro à defesa da Constituição e da ordem jurídico no estado democrático. O art. 54 dá legitimidade à OAB para o ajuizamento de ação civil pública. O argumento da pertinência temática me parece contrariar o entendimento que o Supremo Tribunal Federal tem na matéria de ação direta. A OAB não tem pertinência temática em ação direta. Tal coisa é muito mais relevante que ação civil pública, com o devido respeito.

[...] A questão de o Ministério Público ter. E a Constituição ter escolhido o Ministério Público. Eu penso que não priva outras entidades da tutela coletiva, principalmente, como no caso concreto, em que a OAB está agindo em caráter supletivo ao Ministério Público. Eu acho que não é uma atribuição exclusiva. Eu penso até o seguinte: que a restrição, nesse caso - há uma pertinência temática - seria, primeiro, inócua, porque torna inócua a atividade do legislativo.

O que haveria de garantia da ordem jurídica - no Estado que trouxe não só direito fundamentais de primeira geração, mas direito fundamentais de segunda e de terceira gerações - se fosse só para assegurar prerrogativas dos advogados? O legislador, na sua liberdade de conformação, certa ou errada, fez essa opção. [...] Eu vou pedir vênias. Eu estou discutindo a opção política. Na hora em que se deu legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal disse que não tinha pertinência temática. Eu acho que também aqui, no caso, não há pertinência temática. Eu vou pedir vênias à V.Exa. e também ao Des. Domingos para acolher a pretensão e abrir a divergência'.

Transcrevo os dispositivos indicados como violados, ao passo que relaciono os argumentos trazidos pela Seccional pernambucana da Ordem dos Advogados do Brasil.

No tocante ao art. 45 da Lei n. 8.906/94, considera que teria sido violado o dispositivo, uma vez - defende - ter a referida lei equiparado os conselhos seccionais ao Conselho Federal da OAB, no mesmo sentido do art. 59 do mesmo diploma legal federal. Com tal interpretação, postula que os conselhos seccionais da OAB teriam *ius postulandi* em relação às ações civis públicas.

Transcrevo os dispositivos:

'Art. 45. São órgãos da OAB:

I - o Conselho Federal;

II - os Conselhos Seccionais;

[...]

§ 2º Os Conselhos Seccionais, dotados de personalidade jurídica própria, têm jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios.

[...]

Art. 59. A diretoria do Conselho Seccional tem composição idêntica e atribuições equivalentes às do Conselho Federal, na forma do regimento interno daquele'.

Ainda, por meio da alegação de violação do art. 44, em especial, no seu inciso I, combinado com o art. 54, XIV, todos da Lei n. 8.906/94, defende a

seccional que os conselhos poderiam ajuizar ações civis públicas sobre qualquer tema. Eis os dispositivos:

‘Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

[...]

Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

[...]

XIV - ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei;’

Em suma, o recurso especial versa sobre dois pontos. O primeiro é que os conselhos seccionais teriam legitimidade ativa *ad causam* para manejar ações civis públicas. O segundo tema seria que tais ações civis públicas poderiam versar sobre qualquer tema dentre aqueles listados nos incisos do art. 1º da Lei n. 7.347/85, que transcrevo:

‘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’.

Deve ser reformado o acórdão recorrido.

Inicialmente, deve ser considerado que o art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94 outorgou o manejo de várias ações especiais ao Conselho Federal da OAB (ações diretas de inconstitucionalidade, ações civis públicas, mandados de segurança coletivos, mandados de injunção e outras) sem necessariamente prever tal prerrogativa aos conselhos seccionais. O paralelismo de atribuições, previsto no art. 59 da Lei n. 8.906/94 - entre o Conselho Federal e os conselhos seccionais - existe, porém deve ser lido com temperamento. Assim, um conselho seccional somente pode ajuizar as ações previstas no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringida pelo art. 45, § 2º, da Lei n. 8.906/84.

Dessa forma, em princípio é imperioso admitir que os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil possuem competência legalmente fixada para o ajuizamento de ações civis públicas.

Feita essa consideração preliminar, cabe analisar o empecilho da pertinência temática, que foi fixado no Tribunal de origem.

De fato, esse entendimento está fixado na jurisprudência do STJ por um precedente da Segunda Turma, cuja ementa abaixo indico:

‘PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. ILEGITIMIDADE DA SUBSEÇÃO DA OAB. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ART. 54 DA LEI N. 8.906/94. 1. As Subseções da OAB, carecendo de personalidade jurídica própria, não possuem legitimidade para propositura de ação coletiva. 2. A OAB (Conselho Federal e Seccionais) somente possui legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados, e não de todos os munícipes. 3. Recurso especial provido’. (REsp 331.403/RJ, Rel. Ministro João Otávio

de Noronha, Segunda Turma, julgado em 7.3.2006, DJ 29.5.2006, p. 207.)

Creio que o entendimento, embora louvável, merece ser superado.

A doutrina contemporânea sobre a Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB -- Ordem dos Advogados do Brasil) tem defendido e tratado como possível o ajuizamento das ações civis públicas, na defesa dos interesses coletivos e difusos, sem indicar restrições temáticas:

‘O Conselho Federal tem também legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e ação pública para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais, entre outras medidas judiciais, em defesa da sociedade e na defesa da ordem jurídica, dos direitos humanos e dos dogmas constitucionais’. (Flávio Olímpio de Azevedo. Comentários ao Estatuto da Advocacia. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010, p. 276.)

Com mais detalhes, leciona Paulo Lôbo:

‘Uma das mais importantes inovações do Estatuto sobre a competência da OAB, especialmente do Conselho Federal, é a legitimidade para ajuizamento de ações coletivas, além da ação direta de inconstitucionalidade. São elas, essencialmente: ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações assemelhadas. Essas ações coletivas podem ser propostas não apenas pelo Conselho Federal, mas pelos Conselhos Seccionais (art. 57 do Estatuto) e Subseções quando contarem com Conselho próprio (art. 61, parágrafo único, do Estatuto).

[...]

A ação civil pública é um avançado instrumento processual introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (por exemplo, meio ambiente, consumidor, patrimônio turístico, histórico, artístico). Os autores legitimados são sempre entes ou entidades, públicos ou privados, inclusive associação civil existente há mais de um ano e que inclua entre suas finalidades a defesa desses interesses. O elenco de legitimados foi acrescido da OAB, que poderá ingressar com a ação não apenas em prol dos interesses coletivos de seus inscritos, mas também para tutela dos interesses difusos, que não se identificam em classes ou grupos de pessoas vinculadas por uma relação jurídica básica. Sendo de caráter legal a legitimidade coletiva da OAB, não há necessidade de comprovar pertinência temática com suas finalidades, quando ingressar em juízo’. (In: Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 290-291.).

Tenho que é feliz o entendimento exposto pelo autor, pois a Ordem dos Advogados do Brasil foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como algo mais do que um conselho profissional. Ela foi alçada a uma categorização jurídica especial, compatível com a sua importância e peculiaridade no mundo jurídico. Ou, na expressão do Ministro Eros Grau, ela é uma ‘entidade prestadora de serviço público independente; categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro’, como se depreende do voto vencedor da ADI 3.026/DF, cuja ementa transcrevo abaixo:

‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO

DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos 'servidores' da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.12. Julgo improcedente o pedido." (ADI 3.026/DF, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 8.6.2006, publicado no DJ de 29.9.2006, p. 31, no Ementário vol. 2249-03, p. 478 e na RTJ vol. 201-01, p. 93.)

Em linha de consequência, cabe notar que as finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) são fixadas por meio de lei federal, o que bem demonstra a sua peculiaridade em relação aos entes associativos.

Ora, se a pertinência temática é exigida de associações, é porque as mesmas podem alterar seus estatutos, para ampliar competências, na medida em que ampliem sua capacidade de atuação. São entes privados e, de tal forma, são muito diferentes da OAB em sua natureza jurídica. A analogia construída em prol da pertinência temática é, portanto, incabível.

Basta ler o inciso I do art. 44 da Lei n. 8.906/94 para notar que o legislador federal outorgou para essa entidade a defesa da Constituição, Ordem jurídica, Estado Democrático de Direito, Direitos Humanos e Justiça Social.

Pergunto: é possível considerar a defesa do patrimônio urbanístico como fora do conceito de defesa da justiça social e da Constituição Republicana?

Pergunto, ainda, os demais direitos coletivos e difusos podem ser excluídos, conceitualmente, do rol de objetos passíveis de proteção pela atuação da Ordem dos Advogados do Brasil?

Tenho certeza que não.

Como bem expõe Luiz Werneck Vianna, em obra recente sobre as relações entre direito e política, não é possível ler a competência ao ajuizamento de

ações civis públicas pela Ordem dos Advogados do Brasil, senão como pelo adensamento da cobertura da vida social pelo direito. Ou seja, pela ampliação da proteção da sociedade, em atenção aos ditames da Constituição Federal de 1988.

Transcrevo o autor:

‘Com a democratização do país, o legislador constituinte de 1988 inverte o sentido dessa relação entre Direito e sociedade. Mais do que erradicar a cultura política autoritária presente em nossas instituições, como nas que exerciam jurisdição sobre o mundo do trabalho, mobiliza o Direito como médium estratégico para o cumprimento do seu programa, pondo à disposição da sociedade instrumentos com os quais possa demandar judicialmente a sua efetivação. Promulgada a Constituição, o legislador ordinário deu seqüência ao espírito de sua obra, ampliando a cobertura da vida social pelo Direito. Do seu empenho legislativo resultou, entre tantas a que trata dos deficientes físicos, dos idosos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a do Estatuto da Cidade, o Código de Defesa do Consumidor, esse último, responsável pela massificação das ações civis públicas e pelo adensamento do papal institucional do Ministério Público.

[...] Por trás do movimento expansivo do direito nas modernas democracias está o poder político, que o favorece tanto nas Constituições que elabora, quanto em suas leis ordinárias, quanto age responsivamente às demandas e pressões que lhe vêm da sociedade, inclusive ao franquear o acesso da cidadania, como nas ações civis públicas e nas ações diretas de inconstitucionalidade das leis, ao próprio processo de produção do Direito’. (Luiz Werneck Vianna. A judicialização da política. In: Leonardo Avritzer et alli. Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 211-212.)

Como resta claro, a expansão das ações civis públicas, ausente de limitação temática, é uma consequência lógica do paralelismo da competência para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade pela OAB. Ambas, são respostas legais ao marco constitucional de 1988, definido pela expansão da defesa dos direitos.

Assim como ocorre com as ações diretas de inconstitucionalidade, não é cabível a limitação ao ajuizamento das ações civis públicas pela OAB em razão de pertinência temática, pelo que se interpreta das suas finalidades, fixadas no art. 44 da Lei n. 8.906/94, e, em especial, no seu inciso I.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

Contudo, nossos julgados, em sua maioria, ainda revelam a adoção pela corrente interpretativa restritiva quanto à legitimação ativa da OAB. Todavia, o futuro breve que se espera é uma mudança de paradigma quanto ao reconhecimento da legitimação para o ajuizamento de demandas coletivas, com reflexo imediato no lado empírico do acesso à justiça. Ressalte-se que essa é a tendência. Menos mal, considerando que a defesa e os interesses dos direitos e garantias fundamentais não pode, a meu ver, ficar a mercê de *tendências* quanto à legitimação daqueles que podem lhe representar.

6.3 A OAB E OS ANTEPROJETOS DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS E PROJETO DE LEI Nº 5.139/09

Como visto, o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), bem como o seu antecessor (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939) cuidaram de regulamentar os procedimentos de conflitos que envolvam direitos subjetivos individuais, com indicação precisa dos titulares dos interesses posto no litígio. Modelo clássico de Codificação processual, onde a demanda é movida, diretamente, pelo titular do direito subjetivo contra o demandado. No magistério de Teori Albino Zavascki:

O Código de Processo Civil brasileiro, de 1973 foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Assim, como regra, 'ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei' (CPC, art. 6º). Não se previu, ali, instrumentos para a tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo, ainda assim sujeito, quanto ao número de litisconsortes, a limitações indispensáveis para não comprometer a defesa do réu e a rápida solução do litígio (art. 46, parágrafo único, do CPC). Não se previu, igualmente, instrumentos para a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os chamados 'interesses difusos e coletivos'.³⁴⁶

Mas, como já pontuado, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, os direitos das coletividades (também chamados de direito de massas), notadamente após a segunda grande guerra, começaram a ser reivindicados pelas sociedades (segurança, saúde, ambiente, educação, etc). Tais reivindicações encontraram amparo no direito material. Contudo, o processo civil clássico, de regulamentação quase que exclusiva das demandas subjetivas, revelou-se como instrumento inadequado a garantir o devido processo legal necessário à solução conflituosa de tais demandas.³⁴⁷

³⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 17-18.

³⁴⁷ "[...] são comuns e cada vez mais freqüentes, no mundo atual, as situações em que se configura o nascimento de direitos subjetivos que, pertencentes a um grande número de pessoas diferentes, derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relação de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhes servem de base. A sua defesa coletiva em regime de litisconsórcio ativo é, conforme reconhece o próprio Código de Processo, inviável do ponto de vista prático. E a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é ainda mais acabrunhadora: do ponto de vista do titular do direito, pelo custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido mais amplo - financeiro, emocional, profissional, social -, incompatível, não raro, com o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência; do ponto de vista do Estado, pela enxurrada de demandas que cada uma dessas lesões coletivas pode produzir, aumentando o custo e reduzindo a eficiência da máquina judiciária; e do ponto de vista social, pelo desestímulo à busca dos direitos lesados, pela potencial desigualdade de tratamento produzida por sentenças contraditórias, pela impunidade dos infratores e o conseqüente estímulo à infração, pelo descrédito da função jurisdicional, pela desesperança dos cidadãos" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 165-166).

Diante desse novo cenário, o legislador acatou as reivindicações à criação de leis específicas destinadas à tutela dos interesses e direitos coletivos, tais como as Leis nºs 7.347/85 (Ação Civil Pública) e 8.078/90 (Código do Consumidor), que, dentre outras³⁴⁸, formaram um subsistema processual específico, alcunhado pela doutrina como sendo *microssistema* de processo coletivo.³⁴⁹

Esse microssistema serviu de lenitivo, e ainda assim temporariamente, às necessidades para a tutela de direitos transindividuais, uma vez que não apresentaram respostas seguras a diversas dúvidas que foram ocorrendo, tais como à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), a legitimidade ativa *ad causa*, a propositura de nova demanda em face de prova superveniente e a *de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no pólo passivo da demanda*.³⁵⁰ Situação que acabou por conduzir eminentes doutrinadores a redigir anteprojetos de um Código de Processo Coletivo. Desse trabalho tivemos os seguintes resultados: 1) O Modelo de Código Processual Civil Coletivo para Países de Direito Escrito, da lavra de Antônio Gidi; 2) O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, redigido por comissão composta pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Aníbal Quiroga León, Antônio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vasquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia; 3) O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, fruto de estudos conduzidos pelo professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, no seio dos Programas de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

³⁴⁸ Habitação e Urbanismo (Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/2001 e Parcelamento do Solo - Lei nº 6.766/79); ao Meio Ambiente (Código Florestal - Lei nº 4.771/65; Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental; - Lei nº 6.902/81; Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei nº 6.938/81; Lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - Lei nº 9.985/2000; Proteção do Bioma Mata Atlântica - Lei nº 11.428/2006; Política Nacional de Biossegurança PNB - Lei nº 11.105/2005 etc.); aos Portadores de Deficiência (Política nacional da pessoa com deficiência - Lei nº 7.853/89; Prioridade de atendimento; - Lei nº 10.048/2000; Promoção da acessibilidade - Lei nº 10.098/2000; Direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais - Lei nº 10.216/2001 etc.); à Saúde (Lei Orgânica do SUS - Lei nº 8.080/90); à proteção do Patrimônio Público (Lei de Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/92; Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei nº 8.666/93), dentre outras.

³⁴⁹ “[...] o subsistema do processo coletivo tem, inegavelmente, um lugar nitidamente destacado no processo civil brasileiro. Trata-se de subsistema com objetivos próprios (a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos), que são alcançados à base de instrumentos próprios (ações civis públicas, ações civis coletivas, ações de controle concentrado de constitucionalidade, em suas várias modalidades), fundados em princípios e regras próprios, o que confere ao processo coletivo uma identidade bem definida no cenário processual” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 27).

³⁵⁰ Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.

e Universidade Estácio de Sá (UNESA); e 4) O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, tem recebido um maior destaque. Já foi pelo Congresso e também pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), juízes das Varas especializadas existentes no país, membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados, a Casa Civil e a Secretaria de Assuntos Legislativos da Presidência da República, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Fundo dos Interesses Difusos e, recentemente, a Advocacia-Geral da União.³⁵¹ A última versão data de janeiro de 2007.

O Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, estabelece os seguintes legitimados concorrentes.

Art. 20 São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I - qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a - a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b - seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c - sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II - o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV - a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hiposuficientes;

V - as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;

VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus

³⁵¹ PARENTONI, Leonardo Netto. Mudanças no horizonte do processo coletivo brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6466>. Acesso em 10 jul. 2014.

fins institucionais;

IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte;

§ 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação;

§ 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo);

§ 5º Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 22, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 22, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação;

§ 6º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados;

§ 7º Em caso de relevante interesse social, cuja avaliação ficará a seu exclusivo critério, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei;

§ 8º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3º deste artigo;

§ 9º Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 8º deste Código.

O Código Modelo proposto por Antonio Gidi, o Código de Processos Coletivos para a Ibero-América e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos por Aloísio Gonçalves de Castro Mendes, também adotam essa mesma postura quanto à legitimação.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO. UM MODELO PARA PAÍSES DE DIREITO ESCRITO. ANTONIO GIDI.

Artigo 2º. Legitimidade coletiva

2. São legitimados concorrentemente para a propositura da ação coletiva: (legitimados coletivos)

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados ou Províncias, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica;

IV - as associações sem fins lucrativos, legalmente constituídas há pelo menos dois anos.

2.1 O grupo como um todo e seus membros são a parte no processo coletivo, representados em juízo pelo legitimado coletivo.

2.2 Sempre que possível, o grupo será representado em juízo por mais de um legitimado coletivo, de forma a promover uma representação adequada dos direitos do grupo e de seus membros. (Vide arts. 6, 9, IV e 10.2)

2.3 O Ministério Público, se não ajuizar a ação ou intervier no processo como parte, atuará como fiscal da lei.

2.4 As associações e as entidades e órgãos da administração pública somente poderão propor ações coletivas relacionadas com os seus fins institucionais (pertinência temática).

2.5 O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição e da pertinência temática ou atribuir legitimidade coletiva a membros do grupo, quando não houver legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses do grupo em juízo.

PROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA

Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Anibal Quiroga León; Antonio Gidi; Enrique M. Falcon; José Luiz Vázquez Sotelo; Kazuo Watanabe; Ramiro Bejarano Guzmán; Roberto Berzonce; Sergio Artavia.

Art. 3º Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I - qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II - o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

IV - as pessoas jurídicas de direito público interno;

V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

VI - as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;

VII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear;

VIII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

Par. 1º. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 3º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par. 4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade

adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par. 5º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Professor Doutor de Direito Processual Civil na UERJ e UNESA

Juiz Federal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual.

Art. 9º. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

- I - qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;
- II - o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;
- III - o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;
- IV - a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;
- V - as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;
- VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;
- VII - as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;
- VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;
- IX - as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2º Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

Com estudado anteriormente, a OAB tem norma própria, específica, que a legitima a propositura de ação coletiva, sem restrição temática. Em todos esses

anteprojetos de processo coletivo não se vê a legitimação expressa da Ordem dos Advogados do Brasil, a exemplo do que acontece na Constituição para o controle de constitucionalidade. E ainda, o sistema de legitimação ainda será *ope legis* ainda é o mais considerado, não obstante todos privilegiarem a representatividade adequada, que, no caso, somente será analisada se a demanda for proposta por um dos elencados na lei.

À exceção do Código Modelo proposto por Antonio Gidi, os demais inovaram ao reconhecerem a legitimação ativa da pessoa física. O Projeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Processo ousou ao considerar que a pessoa física estará legitimada a defender interesses coletivos de determinada categoria, em juízo, desde que representada adequadamente, considerando com tal critério - tanto de ordem subjetiva quanto objetiva - como credibilidade, capacidade, experiência, histórico e conduta.

Somente o anteprojeto do IBDP disse, expressamente, que as entidades de classe profissionais (inciso VII, art. 20) são legitimadas à propositura de ações em defesa dos interesses e direitos coletivos. Os demais falam em associações. Todos incluíram somente as associações de classes como legitimadas. A se considerar A OAB com associação de uma classe profissional, estará ela legitimada. E ainda, todos os Anteprojetos legitimam órgãos e entidades da administração indireta ao ajuizamento do processo coletivo. Portanto, para aqueles que, assim como aqui nos posicionamos, entenderem ser a OAB uma autarquia, estaria ela legitimada por isso também.

Com efeito, o que se percebe é que todos os anteprojetos evoluíram para o controle judicial à aferição da legitimidade ativa *ad causam*, o que já não era sem tempo, considerando o caráter de urgência dos interesses e direitos coletivos tutelados. Contudo, ainda persiste, como vimos, a legitimação ordenada e formal, *ope legis*, dos que poderão ajuizar demandas coletivas. Cumprido este primeiro momento, ou seja, a demanda sendo ajuizada por quem está arrolado nos rol dos legitimados, de imediato se passará a análise de requisitos objetivos e subjetivos do representante. O juiz ao concluir como cumpridas ambas as exigências (legitimidade formal + adequação da legitimidade), dará como aperfeiçoada a representação

adequada. É o que Hermes Zaneti Junior chama de “legitimação conglobante”,³⁵² transcorrendo, agora nas palavras do citado autor, que deverá ocorrer em duas fases. Na primeira, “verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo”; na segunda, “o juiz faz o controle in concreto da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela”³⁵³.

Sob o ponto de vista da representação adequada, considerando essa como um dos elementos da legitimação conglobante apregoada pelos anteprojetos de processo coletivo, entendo que qualquer jurista ou estudioso do direito não temeria em concordar que a Ordem dos Advogados do Brasil representaria muito bem esse papel na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos de quaisquer espécies. Todavia, ela não está arrolada expressamente como legitimada nos retro citados diplomas. Por conseguinte, a se interpretar o anteprojeto que vier a ser aprovado como regra especial, revogada estará a(s) regra(s) geral, o que poderá excluir a OAB como legitimada ao ajuizamento de ações voltadas à defesa dos interesses e direitos coletivos. Teremos andado em círculos, ao desconsiderar a maior entidade jurídica do país de participar das transformações que ela mesmo germinou.

A boa notícia fica por conta do recente convertido anteprojeto em Projeto de Lei, de nº 5.139/09, tendo como signatários os doutores Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto, que no inciso IV do art. 6º traz, expressamente, a Ordem dos Advogados do Brasil como um dos legitimados à propositura de ação coletiva, extensivo à seccionais e as subseções. *In verbis*:

Art. 6.º. São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e

³⁵² ZANETI JUNIOR, Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Videre*, Dourados, ano 2, n. 3, p. 101-116, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/884/pdf_26>. Acesso em: 05 jul. 2014.

³⁵³ Hermes Zaneti Junior citado por DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, p. 54.

subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de 1 (um) ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive formado por Ministérios Públicos entre si, por Defensorias Públicas entre si, ou por uns e outros.

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público cujos atos sejam objeto de impugnação poderão se abster de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que a medida se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. (destacamos).

Houve propostas de emendas, firmadas pelos Deputados José Carlos Aleluia e Bonifácio de Andrade, de nºs. 35 e 74, com o mesmo propósito e conteúdo, para conferir legitimidade à propositura de ação coletiva apenas ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e não às suas seções e subseções.

Segundo seus proponentes, a justificativa das emendas reside no cuidado que se deve ter em “evitar a sobreposição de medidas ajuizadas por diferentes seções ou subseções da OAB, e também evitar a possibilidade de manifestação de posições divergentes desses órgãos”. Situação já prevista, segundo apontam, pelo art. 54, XIV, da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da OAB -, que confere ao Conselho Federal da OAB a competência para propor ação civil pública.

O Relator do Parecer, Deputados Antônio Carlos Biscaia, rejeitou as emendas, ao acertado fundamento de que, segundo o art. 45, § 1º, da Lei n.º 8.906/94, o Conselho Federal, com personalidade jurídica própria, é o órgão supremo da OAB. Contudo, o § 2º desse mesmo artigo dispõe que os Conselhos Seccionais da OAB, também dotados de personalidade jurídica própria, têm jurisdição sobre os territórios dos Estados-membros, Distrito Federal e dos Territórios. E seu § 3º estabelece que as Subseções são partes autônomas do Conselho Seccional, na forma do Estatuto e de seu ato constitutivo.

De acordo com os arts. 53 e 54, V, o Conselho Federal da OAB possui autonomia e independência para definir sua estrutura e funcionamento no Regulamento Geral. Nos termos do art. 58, I, a mesma competência é afeta aos Conselhos Seccionais.

Por sua vez, a Subseção, que tem sua área territorial e limites de competência e autonomia fixados pelo Conselho Seccional que a criar (art. 60, *caput*), é administrada por uma diretoria, com atribuições e composição equivalentes às da diretoria do Conselho Seccional (art. 60, § 2.º), e tem suas competências próprias, inclusive para editar seu próprio regimento interno (art. 61, parágrafo único, 'a').

Ainda, o Estatuto dispõe, em seu art. 49, *caput*, que os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Seu parágrafo único estabelece que tais autoridades têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

Diante de inúmeros dispositivos que permitem aos órgãos componentes da OAB a possibilidade de atuar de forma autônoma e independente na defesa de seus direitos e interesses, afigura-se impróprio restringir a legitimidade para a propositura de ação civil pública somente ao Conselho Federal da OAB, sob pena de se vedar o acesso à justiça das coletividades representadas por seus Conselhos Seccionais e respectivas Subseções.

Por serem órgãos dotados de personalidade jurídica própria e atuação desvinculada, tenha-se por saudável e, sobretudo, democrática, a eventual existência de manifestações divergentes entre eles.

Ademais, tenha-se que as discussões porventura trazidas à apreciação do Poder Judiciário, ainda que suscitadas por diferentes órgãos da OAB, estarão centradas em somente uma ação coletiva.

Isso porque, a teor do art. 5.º do substitutivo, a distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas.

Há de se concluir, pois, pela rejeição das Emendas n.ºs 35 e 74.³⁵⁴

O referido Projeto de Lei constrói novel forma de legitimação ao processo coletivo, considerando, para isso, a própria natureza dos bens a serem tutelados, bem como os interesses dos legitimados e das coletividades. Para os autores que o firmaram, os interesses coletivos sobrepujam a relação hoje existente entre interesse protegido com a pertinência temática. O que está proposto e sob análise da Câmara é a previsão de uma proteção coletiva com legitimados coletivos, independente dos interesses próprios, à exceção ficaria por conta de previsão legal. Como no caso da ação popular e da Ação de Improbidade Administrativa. Os autores, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto, esclarecem:

³⁵⁴ Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Projeto de lei nº 5.139, de 2009*. Relator: Deputado Antonio Carlos Biscaia: parecer às emendas ao substitutivo.

A nosso ver, nas Ações Coletivas estará sempre presente uma legitimação processual coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos lato sensu (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada. Haverá assim, no caso dos entes legitimados para atuar no polo ativo das Ações Coletivas, sempre, uma legitimação processual coletiva. Esta é a denominação que propomos, afastando a classificação fundamentada no tipo de interesse protegido. Em primeiro lugar, desde já deve ser destacado que a Comissão, nomeada pelo Ministro da Justiça Tarso Genro, visando a elaboração do Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública (Portaria nº 2.481/08 - DOU 10.12.08) optou pela mais ampla legitimidade para a defesa dos direitos coletivos. Caso haja a opção por alguma forma de restrição, em princípio, deve a mesma ser apresentada pela doutrina e pela jurisprudência, salvo quando houver expressa limitação na própria lei. A Comissão, na verdade, ratificou a anterior posição no sentido de manter o amplo rol dos entes legitimados para o ajuizamento das Ações Coletivas de um modo geral. De todas as Ações Coletivas, a duas únicas que possuem legitimação restrita continuaram sendo mesmo a Ação Popular, já que somente o cidadão é quem pode se utilizar de tal meio de impugnação ao menos de início, pois pode haver o seu prosseguimento pelo MP na hipótese do art. 9º da Lei nº 4.717/65 e a Ação de Improbidade Administrativa, restrita ao MP e à pessoa jurídica de direito público interessada (art. 17 da Lei nº 8.429/92). Nas demais, estarão legitimados desde os entes de direito público interno, como associações, MP, autarquias, fundações e sociedades de economia mista. Assim, a regra na exegese dos textos que disciplinam as Ações Coletivas - e a do Projeto de Lei - é ampliativa, pois evidente é o interesse em ampliar o rol daqueles que podem ajuizar tais demandas, posição esta que foi ratificada pela Comissão na elaboração do anteprojeto. Restou ratificada a legitimidade ampla da Defensoria Pública, com a ampliação daquela anteriormente conferida à OAB, com maior destaque aos partidos políticos, que passam a poder atuar na defesa dos direitos coletivos de forma mais abrangente.³⁵⁵

O que se percebe é que o projeto nos trouxe, com clareza, uma preocupação com a legitimidade adequada, sob o ponto de vista dos interesses da coletividade e do bem a ser tutelado. Com isso, por óbvio, não poderia restringir a legitimidade da OAB a ente legitimado à propositura de ação coletiva.

O projeto ainda traz novidades no processo coletivo, adequando-o, tanto sob o ponto de vista dogmático como principiológico, a fim de tornar mais efetivo à garantia dos interesses coletivos. Estrutura o Sistema Único Coletivo ('com a proposta, a futura LACP passará a ser a norma disciplinadora de todo o Sistema Único Coletivo, atuando como regra geral e, salvo regra específica em outros diplomas (Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança) terá aplicação ampla de forma integradora e sistemática'); amplia

³⁵⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. A nova Lei da Ação Civil Pública e do Sistema Único de Ações Coletivas Brasileiras - Projeto de Lei nº 5.139/2009. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, ano V, n. 27, p. 5-21, jun./jul. 2009. p. 11.

Direitos Coletivos Tuteláveis pela Ação Civil Pública, (“diversas outras categorias de direitos coletivos poderão ser defendidas através da ACP”); adéqua e estrutura o Rol de Legitimados, com inclusão, além da OAB, da Defensoria Pública (de forma ampla) e dos Partidos Políticos (de forma mais abrangente); modifica regras de competência (do local do ilícito - a nível nacional, competência das capitais); revisita a coisa Julgada Coletiva, com ponto polêmico quando a considera *pro et contra* nas demandas individuais homogêneas; readequação do Ônus da Prova, com participação efetiva do juiz no contraditório; Cadastros Nacionais - Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta (CNMP) e Ações Cíveis Públicas (CNJ), para evitar ajuizamento em duplicidade de demandas.

7. CONCLUSÕES - NOSSA PROPOSTA

Com efeito, considerando o que até aqui foi estudado, concluímos que não há mais dúvidas de que estamos diante um novo ramo de direito processual brasileiro - *direito processual coletivo* -, que tem fundamentos, princípios e institutos próprios, com previsão constitucional (direito processual constitucional). Divide-se em direito processual coletivo comum e direito processual coletivo especial. O primeiro diz respeito à realidade fática, objeto da proteção coletiva a ser tutelada. São os conflitos coletivos existentes no caso concreto, de natureza subjetiva quanto a sua proteção. Por sua vez, o processo coletivo especial busca tutelar, objetivamente, os desvios que eventualmente o legislador, quando ou na confecção da norma, a faça em detrimento da Constituição, formal ou materialmente; seu objeto é o controle em abstrato da constitucionalidade.

Seus institutos e princípios apontam para um processo que busca dar ao direito material uma maior efetividade e proteção, considerando que o objeto que visa tutelar transcende o direito individual, alcançando os interesses de *massas*, sobrepujante. A Constituição da República de 1988 trouxe um novo paradigma jurídico na construção à proteção dos direitos coletivos, cujas previsões estão insertas no art. 5º XXXV; na tutela aberta, não enumerativa, prevista no art. 129, III, art. 133, na ampliação da legitimação concorrente quanto ao controle abstrato de constitucionalidade (art. 103), criou as ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão e de argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental (art. 103, § 2º e 102, § 1º respectivamente).

Essa construção, tanto principiológica quanto dogmática do processo coletivo, tem sua gênese e fundamento na formação do Estado Democrático de Direito. Sem ele - o Estado Democrático de Direito - seria impossível a inserção social e democrática das coletividades como protagonistas à proteção dos interesses e direitos coletivos.

O Estado Absolutista trazia consigo a operacionalização dos três poderes; o que significa que não estava submetido a nenhum deles. Sobre o domínio do absoluto, administrava-se o Estado, fazia-se as leis e as aplicava. No Estado liberal de direito, não obstante ser ele o marco da tripartição dos poderes, onde o judiciário surge como um dos formadores de sua estrutura, os conflitos e as tutelas previstas eram exclusivamente individualistas. As tutelas coletivas não eram conhecidas no

Estado Liberal. No Estado Social de Direito já vimos um ganho significativo no que diz respeito ao bem-estar social, com as políticas públicas voltadas aos trabalhadores, a previdência e saúde pública de massa. Contudo, desconsiderava o acesso à justiça como instrumento eficaz de proteção e efetivação dos direitos fundamentais das coletividades. O Estado Democrático de Direito significa um avanço em relação às outras formas de Estado, à medida que pugna pela inserção do indivíduo e da sociedade como elementos indispensáveis à transformação da realidade social, oferecendo-lhe, para tanto, o acesso à justiça.

No Brasil, como visto, nossos juristas, desde as nossas primeiras Constituições, de 1823 (abortada pelo Imperador) e a de 1824 (que, efetivamente, vigeu) vêm lutando pela inserção de um estado que garantisse, ao indivíduo e à sociedade, uma proteção efetiva contra os abusos do Estado. Num primeiro momento, a Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), considerando a formação inicial do Estado Brasileiro, poucos anos após o Brasil se desvencilhar de Portugal, deixando de ser sua colônia, foi precursora e fomentadora da criação de uma Ordem Nacional representativa da classe; iniciavam-se, com isso, as lutas contra o patrimonialismo estamental, voltado a beneficiar a aristocracia e a sociedade burguesa. A OAB, criada pelo Decreto nº 19.408, datado de 18 de novembro de 1930, durante um momento conturbado no país (revolução de 1930), trabalhou, efetivamente, na construção do Estado Democrático de Direito. Os seus primeiros regimentos institucional e organizacional, editados imediatamente após sua criação (1931), regulamentaram a sua estrutura disciplinar e de poder e contribuíram para a desconstrução do Estado patrimonial e oligárquico brasileiro.

O cenário histórico que se sucedeu após a Constituição de 1937, conturbado por influências ideárias vindas da Europa, com viés de extrema esquerda, serviram para que a OAB se aproximasse ainda mais do seu projeto quanto à construção de um Estado de Direito, regido pela liberal democracia. Estas variantes históricas levaram a OAB a se definir como uma entidade sem bandeira política e desassociada de qualquer ente da administração pública. Seu comprometimento era, e é, com a construção e a proteção ao Estado Democrático de Direito. Comprometimento que foi sacramentado desde 1994 pelo art. 44. I, da Lei nº 8.906 e que acabou por refletir no seu importante papel nas Constituições de 1937, 1946 e 1988, sendo que, nesta última, foi fundamental sua participação como cooperadora na elaboração no novo ideário de Estado, mais aberto, participativo e garantidor dos

direitos e garantias fundamentais.

Mesmo tendo esse histórico moral, ético e sendo uma entidade instrumentalizada ao ponto de poder representar os interesses das coletividades, ainda persiste o discurso, quase sacralizado, renitente, por alguns juristas, de que a OAB só pode ajuizar demandas coletivas quando comprovar a pertinência entre as finalidades corporativas e a matéria objeto da lide. Entendimento que, sob nossa ótica, não representa uma definição segura quanto à busca de uma proteção aos direitos e garantias fundamentais. Portanto, deve ser reconsiderado.

Os interesses e direitos coletivos, como vimos, visam tutelar interesses públicos, sobreposto aos individuais e patrimonialistas. São os chamados direitos de *massa*, posto que alcançam um sem número de lesados, sem que eles tenham firmado seus interesses pessoais na demanda. O acesso à justiça aos detentores desses direitos, quando devidamente representados, pode significar a efetivação, a materialização dos direitos e garantias fundamentais quanto à natureza da tutela pretendida. É cediço, o acesso à justiça, sem contrariante, é considerado um direito fundamental, assim como o direito a tutela coletiva. E mais, é erigido como Princípio Constitucional de direito fundamental.

A locução “acesso à justiça” confunde-se com as expressões “direito aos tribunais”, “direito de ação”, “acesso ao processo” e “acesso ao Judiciário”. Contudo, como estudamos anteriormente, esses conceitos não representam a profundidade do significado do princípio. O reduz a um movimento único e não a uma garantia. Teleologicamente, o termo transcende à noção de acesso à relação jurídica processual. É certo que uma das importâncias práticas de se garantir o acesso à justiça é impedir que matérias relevantes à sociedade sejam sonegadas aos tribunais. De modo especial, o crivo imparcial e inafastável do Poder Judiciário limita o poder dos governantes, evitando o arbítrio, mas a discussão aqui proposta vai muito mais além, não envolve apenas a polêmica da tripartição e independência de poderes.

Como anunciamos, considerando o entendimento de Rosemiro Pereira Leal, uma das formas de se ter acesso à justiça é através do direito-de-ação incondicionado de movimentar o aparato estatal na sua atividade jurisdicional. O direito de ação (subjetivo e autônomo) é essencial ao direito. Todavia, a compreensão de acesso à justiça não fica restrita, e nem pode, à idéia de se poder acionar a máquina judiciária. Se o ato de peticionar realizasse plenamente o direito

de acesso à justiça, os níveis de pacificação e satisfação social seriam, certamente, altíssimos. Muito menos, por óbvio, não podemos cingir o acesso à justiça à possibilidade de ingresso no prédio do Poder Judiciário, nas suas dependências físicas, nas salas de audiência, gabinetes e secretarias. Por conseguinte, o acesso à justiça é um princípio que tem início, meio e fim, dentro de um conceito processual. Inicia-se com as portas abertas para o cidadão, prossegue concedendo-lhe a condição de defesa ampla, eficaz, com efetivo direito ao contraditório e finaliza com uma decisão judicial.

No processo coletivo os interesses e direitos de uma coletividade são levados, através de um substituto processual, à presença do Juiz. Nesse momento não se sabe se aquela coletividade estará devidamente representada pelo substituto, se terá ele condições técnicas e instrumentais para ajuizar a demanda, bem como prosseguir, eficazmente, na defesa de seus interesses. Dúvida que, a nosso ver, não persistiria caso a Ordem dos Advogados do Brasil estivesse como representante da coletividade. A Ordem dos Advogados do Brasil mantém na sede de seu Conselho Federal (Distrito Federal) uma comissão exclusiva para estudos de proteção dos direitos difusos e coletivos (Comissão Nacional de Direitos Difusos e Coletivos). Através dela, mesmo com resistência, tem sido propostas ações coletivas diversas dos interesses corporativos, bem como tem orientado as suas Seccionais para que ajuízem demandas coletivas, quando perceberem afrontas e agressões a direitos fundamentais. E, como vimos, para o bem da sociedade, têm logrado êxito. A Ordem dos Advogados do Brasil conta ainda com 27 Seccionais, muitas delas devidamente instrumentalizadas à defesa dos interesses difusos e coletivos.

Ressaltemos que a contextualização dos princípios e institutos próprios do processo coletivo não guarda relação com o processo de cunho individual. Neste, o que se vê são interesses individuais, demandados por aqueles que se julgam detentores deles, de cunho patrimonialista e disponível. Naquele, o detentor de direitos será 'representado' por outra pessoa, é de interesse público e, uma vez ajuizado o pedido coletivo, dele não se pode desistir sem que se motive justificadamente. O arquivamento do feito passará pelo poder discricionário do Juiz. Entendendo ele que não há motivos que justifiquem o arquivamento, nomeará outro representante para continuar a frente do feito. São, portanto, direitos indisponíveis, pertencentes a uma coletividade. Por essa razão, os princípios e institutos desse ramo de processo, sob todos os aspectos, se revelam mais parcimoniosos em

relação às coletividades. Contudo, a aplicação deles no caso concreto também passa por uma representação técnica adequada. Fazer valer em juízo a aplicação dos princípios e institutos norteadores do processo coletivo pode representar a vitória na demanda. Competência que a Ordem dos Advogados do Brasil, considerando toda sua estrutura técnica, instrumental, histórica, moral e ética, certamente tem em sobeja.

A legitimidade ativa nas ações coletivas, de modo geral, estabelece diferença entre a legitimação universal e a legitimação não universal, com destaque para a exigência de demonstração de pertinência temática pela Ordem dos Advogados do Brasil quando da propositura das referidas demandas. Acontece que, como demonstrado, há uma leitura restritiva que a impede em ajuizar demandas coletivas diversas dos interesses em defesa da classe de advogados. O art. 44, I e o art. 54, XIV e art. 59 da Lei nº 8.906/94, são conclusivos quanto à legitimação da OAB, seja pelo seu Conselho Federal, seja pelas suas Seccionais ou até mesmo pelas suas subseções, de ajuizar ação coletiva, independente da pertinência temática.

Ora, a legitimação *ope legis* da forma como se encontra e da que poderá vir, segundo consta dos atuais anteprojetos, salvo se vingar o Projeto de Lei de nº 5.139/09, tendo como autores Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto, é simplista quando contraposta com a natureza jurídica dos interesses e direitos da coletividade e dos bens tutelados pelo processo coletivo. A exclusão da OAB como legitimada à propositura de ação coletiva além dos interesses corporativos, não representa os interesses da coletividade, nem tampouco aos objetivos da Constituição (art. 3º) e também à efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais. A bem da verdade é um retrocesso, um contrassenso, cuja maior perdedora é a sociedade.

Contudo, o reconhecimento da legitimidade ativa universal da OAB, como mecanismo de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, vem ganhando posicionamento de destaque da doutrina e dos nossos Tribunais. Ainda que os anteprojetos que tramitam no Congresso não tragam expressamente a legitimação da OAB para o ajuizamento das ações coletivas, por tudo que se viu conclui-se imprescindível a atuação da OAB na tutela dos direitos e interesses transindividuais, para fins de concretização dos mandamentos constitucionais.

Funcionalmente, a Ordem dos Advogados do Brasil sempre esteve ligada à defesa e interesses de seus afiliados. Mas, como seu viu, essa não é, e nem deve

ser, sua mais importante prerrogativa. Reduzir a Ordem dos Advogados do Brasil à mera defensora dos advogados da República e espectadora da Justiça, com prerrogativas idênticas àquelas inerentes às demais classes fiscalizadoras, é condicioná-la a um papel, histórico e jurídico, bem aquém de sua existência/finalidade e real importância. Óbvio, a defesa dos advogados é missão inafastável de suas obrigações, temos como certo que, dentro do contexto social e jurídico, está reservada à Ordem dos Advogados do Brasil a condição de agente defensora da Constituição, da ordem jurídica, dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos humanos, da justiça social, dentre outros valores que prefaciam os interesses da sociedade e/ou da dignidade humana.

Nossos Tribunais afirmam, remansosamente, que a Ordem dos Advogados do Brasil não pode e nem deve estar locada no mesmo lugar dos demais órgãos de fiscalização profissional. Isto porque, se por um lado detém prerrogativas na luta pelos interesses corporativos de seus afiliados (posição comum quanto aos demais órgãos de fiscalização), por outro lado, suas funções institucionais estão relacionadas, originariamente, com a Constituição, que lhe outorga a proteção do interesse público primário.

Em amparo a esta ordem de pensamento, que reconhece a Ordem dos Advogados do Brasil como legitimada ao ajuizamento de toda e qualquer demanda que envolva direitos transindividuais, pode ser apontado o art. 103, inciso VII, da Constituição da República de 1988, que confere legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Cediço é que toda e qualquer ação de Controle de Constitucionalidade diz respeito, também, à defesa de interesses difusos. São espécies de ações do processo coletivo especial. Como podemos considerar a OAB não legitimada à propositura de processo coletivo comum sendo que ela pode ajuizar ação coletiva que tutele controle de constitucionalidade? Pode ela discutir constitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo e não pode requerer, da Justiça, que ordene a reparação de um dano ambiental local? A discussão da inconstitucionalidade de Lei via ação civil pública também vem ganhando corpo, tanto na doutrina como na nossa jurisprudência. Considerando, hipoteticamente, que dentre de alguns dias o STF pacifique o entendimento a respeito da possibilidade de questionar constitucionalidade de lei ou ato normativo através de uma ação civil pública, poderia a OAB ajuizar um pedido

dessa natureza? Poderia ser negado a ela o direito a demandar, por ilegitimidade ativa, o controle de constitucionalidade no caso concreto, sendo que detém legitimidade constitucional para o controle abstrato no Supremo Tribunal Federal? Por mais esse motivo, revela-se inconcebível o afastamento da Ordem dos Advogados do Brasil à legitimidade da defesa dos interesses e direitos coletivos.

Nesta linha de raciocínio, trabalhamos para demonstrar que por razões históricas, sociais, jurídicas e de direito, a OAB, dentre outras prerrogativas, está legitimada em ajuizar demandas de natureza coletiva, seja através de seu Conselho Federal, seja através de suas Seccionais ou Subseções, sem necessidade de comprovação de pertinência temática. O não reconhecimento da prerrogativa em comento à OAB, em última análise, representa uma violação à Constituição, vez que impede o acesso à justiça, agride a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, aos direitos humanos e a justiça social.

Com essas considerações, esperamos que, em curto tempo, a comunidade jurídica reveja seus pontos de vista quanto à proteção dos interesses e direitos de massa, precisamente quanto à legitimação da Ordem dos Advogados do Brasil, que significará uma aplicação devida ao direito de acesso à justiça, às coletividades e significativo avanço no processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição e dos objetivos fundamentais nela definidos no art. 3º de nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der grundrechte*.

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

_____. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os direitos ou interesses coletivos no estado democrático de direito brasileiro. In: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direitos fundamentais e a função do estado nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p. 209-245.

ALVIM, Arruda. *Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ANDRADE Adriano; MASSON Cléber; ANDRADE Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

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

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Substituição processual*. São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1ea13/1ea6a/1ec18?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 10520: informação e documentação - apresentação de citações em documentos*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. *O microssistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras*. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 2, p. 111-130, 2012.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional das políticas públicas*. 2005. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/pedido.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BERTOLDI, Thiago Moraes. Objeto das Ações Coletivas: Causa de pedir, pedido e interesse de agir. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 01 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/23-volume-2-numero-1-trimestre-01-01-2011-a-31-03-2011/113-objeto-das-acoes-coletivas-causa-de-pedir-pedido-e-interesse-de-agir>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6513.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

_____. Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 dez. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7913.htm>. Acesso em: 03 maio 2014.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 03 maio 2014.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 03 maio 2014.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 03 maio 2014.

_____. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 03 maio 2014.

_____. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 03 maio 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. 3ª edição. 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O papel da OAB na construção da sociedade democrática brasileira*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível in: <<http://blog.jornalterceiravia.com.br/advogados/o-papel-da-oab-na-construcao-da-sociedade-democratica-brasileira>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Direito de acesso à justiça constitucional*. Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa. Luanda, jun. 2011. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/cjcplp/presidencia/GomesCanotilho_Junho2011.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/cappelletti.pdf>>. Acesso em: 05 jul 2014.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 81, p. 112-135, out./nov. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 02 maio 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CORNÉLIO, Fernanda Marques; OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa de. A legitimidade da defensoria pública para propor ação civil pública. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13415>. Acesso em: 29 jun. 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 4: Processo coletivo.

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

_____. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. Processo Coletivo. *Carta Forense*, São Paulo, 04 jan. 2011. Entrevista. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/processo-coletivo/6436>>. Acesso em: 05 maio 2014.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 136-143.

FERREIRA, Emanuel de Melo. A evolução da solidariedade das sociedades clássicas à principiologia constitucional. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. *Anais ...* Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 5985-5993.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada no processo coletivo*. 2010. 188 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/es.php>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. Da defesa do consumidor em juízo. In: CRETELLA JUNIOR, José; DOTTI, Renê Ariel (Org.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 325-366.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

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

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____; FAVRETO, Rogério. *A nova Lei da Ação Civil Pública e do Sistema Único*

de Ações Coletivas Brasileiras - Projeto de Lei nº 5.139/2009. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, ano V, n. 27, p. 5-21, jun./jul. 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 331, Separata, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). *Tutela coletiva: 20 anos da LACP e do fundo de defesa de direitos difusos*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1, p. 302-308.

_____. O processo coletivo do consumidor. In: TUBENCHLAK, James (Org.). *Livro de estudos jurídicos nº9*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. v. 1, p. 142-151.

_____. As garantias Constitucionais do Processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 19-30, jul./set. 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11-15.

_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

HOBBSAWN, Eric J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). *Tutela coletiva: 20 anos da LACP e do fundo de defesa de direitos difusos*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

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

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Teoria do Direito Coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? *Revista Eletrônica VirtuaJus*, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, jul. 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/1_2004/TEORIA%20DO%20DIREITO%20COLETIVO%20DIREITO%20OU%20INTERESSE%20DIFUSO%20COLETIVO%20E%20INDIVIDUAL%20HOMOGENEO.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014.

MAGNA Carta. In: Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta>. Acesso em: 03 maio 2014.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 207-233.

_____. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MARQUES, Alberto Carneiro. *Acesso à justiça e processo coletivo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva. 3ª Edição. 2008.

_____. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MILARÉ, Edis. *Tutela jurisdicional do ambiente*. São Paulo: Justitia, 1992.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0702.03.083613-5/001. Rel. Desemb. Edivaldo Jorge dos Santos, 17/04/2007. *Diário de Justiça*, Belo Horizonte, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5919758/100030601996620021-mg-1000306019966-2-002-1/inteiro-teor-12055616>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. v. II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, n. 187, p. 187-200, jan./mar. 1991.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1, p. 200-221, 1992.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, António Castanheira. Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXIV, p. 1-44, 1998.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de; LIMA NETO, Francisco Vieira. O modelo constitucional do Processo Civil brasileiro, o litisconsórcio e processos coletivos. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 1579-1607, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1579_1607.pdf>. Acesso em: 03 maio 2014.

OLIVEIRA, Oduvaldo G. Qual é a diferença entre o exame da OAB e o exame americano? *Nação Jurídica*, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://www.facebook.com/l.php?u=http%3A%2F%2Fwww.nacaojuridica.com.br%2F2013%2F04%2Fqual-e-diferenca-entre-o-exame-da-oab-e.html&h=nAQECNTXH>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *História do conselho federal*. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. *Processo coletivo: direito processual civil*. 2012. (Apostila). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/147340170/Apostila-de-Processo-Coletivo>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

PAOLIELLO, Patrícia Brandão. A limitação do rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas em contraposição ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3107, 3 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20784>>. Acesso em: 21 maio 2014.

PARENTONI, Leonardo Netto. Mudanças no horizonte do processo coletivo brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6466>. Acesso em 10 jul. 2014.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (Coord.). *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. Coimbra: CES, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0035145-64.2013.8.19.0000. 21. C. C. Rel. Des. Celia Maria Vidal Meliga Pessoa, j. 21/10/2013. *Diário de Justiça*, Rio de Janeiro, 08 nov. 2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300225154>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direitos fundamentais e a função do estado nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. A simultaneidade de ações coletiva e individuais em face da garantia constitucional do acesso à justiça. In: SAMPAIO, Aurisvaldo Melo; CHAVES, Cristiano (Coord.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2005. p. 37-61.

_____; CHAVES, Cristiano (Coord.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O acesso à justiça. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org.). *Justiça, promessa e realidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. p. 405-420.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais da perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SAVIO, Manuela Pereira. Ação civil pública e ação coletiva: problema terminológico. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/component/jcomments/feed/com_content/83>. Acesso em: 30 jun. 2014.

SCARPARO, Eduardo. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 125-146, 2012.

SILVA JUNIOR, Aldo Ferreira da. *Novas linhas da coisa julgada civil*. Da “relativização” da coisa julgada e os mecanismos de rescindibilidade. Campo Grande: Editorial Futura/ Editora Contemplan, 2009.

SILVEIRA, Gabriela Arruda da. Direitos coletivos e fundamentais: as formas processuais e a tutela dos direitos transindividuais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9687&revista_caderno=21>. Acesso em: 10 abr. 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TENÓRIO, Thiene. *Teoria geral do processo coletivo*. 2010. Disponível em: <<http://meucadernodedireito.blogspot.com.br/2010/09/teoria-geral-do-processo-coletivo.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A irregularidade da petição recursal não assinada.

Academia Brasileira de Direito Processual Civil, Belo Horizonte, mar. 2004.
Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo50.htm>>. Acesso em: 12 maio 2014.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A 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*. (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 191-234.

_____. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o código de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processo coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 309-320.

_____. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VILLAR, Fabricia. *Pertinência temática*. 2013. Disponível em: <<http://fabriciavillar.blogspot.com.br/2013/06/pertinencia-tematica.html>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

WATANABE, Kazuo. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. Da defesa do consumidor em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Videre*, Dourados, ano 2, n. 3, p. 101-116, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/884/pdf_26>. Acesso em: 05 jul. 2014.

_____. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.